



**CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA - UNIALFA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**MESTRADO STRICTO SENSU EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO**

**FABÍOLA PEREIRA GOMES RIMOLI**

**MECANISMOS JURÍDICOS DE REGULAÇÃO DO PREÇO**  
**DO COMBUSTÍVEL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO:**  
**ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DE GOIÂNIA-GO À LUZ DA**  
**CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Goiânia  
2021

**FABÍOLA PEREIRA GOMES RIMOLI**

**MECANISMOS JURÍDICOS DE REGULAÇÃO DO PREÇO  
DO COMBUSTÍVEL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO:  
ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DE GOIÂNIA-GO À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro  
Universitário Alves Faria – UNIALFA como pré-requisito para  
a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional  
Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Magalhães Bambirra

Goiânia  
2021

Catálogo na fonte: Biblioteca UNIALFA

R577m

Rimoli, Fabíola Pereira Gomes

Mecanismos jurídicos de regulação do preço do combustível e a atuação do poder judiciário: análise crítica do caso de Goiânia-Go à luz da Constituição Federal de 1988 / Fabíola Pereira Gomes Rimoli. – 2021.

103 f. : il.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Magalhães Bambirra.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) - Mestrado em Direito – Goiânia, 2021.

1. Regulação. 2. Combustível. 3. Fiscalização. I. Rimoli, Fabíola Pereira Gomes. II. UNIALFA – Centro Universitário Alves Faria. III. Título.

**CDU: 338.51(817.3)**

**FABÍOLA PEREIRA GOMES RIMOLI**

**MECANISMOS JURÍDICOS DE REGULAÇÃO DO PREÇO  
DO COMBUSTÍVEL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO:  
ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DE GOIÂNIA-GO À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário Alves Faria - UNIALFA como pré-requisito para a obtenção do título de MESTRE em Direito Constitucional Econômico, sob a orientação do professor doutor Felipe Magalhães Bambirra.

Aprovada em: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca examinadora

---

Prof. Dr. Felipe Magalhães Bambirra (orientador)  
Centro Universitário Alves Faria – UNIALFA

---

Prof. Dr. Rodrigo de Camargo Cavalcanti (examinador)  
Centro Universitário Alves Faria - UNIALFA

---

Prof. Dr. Luciano Ferreira Dornelas (examinador)  
Centro de Ensino Unificado de Brasília - UniCEUB

*A Deus, fonte de vida. Aos meus pais, por demonstrarem a importância da busca incessante por aprendizado para o engrandecimento pessoal e profissional. Ao querido Paulo Henrique, pelo amor sincero e recíproco, além do apoio em todos os momentos. Aos meus filhos, Romeu, pela inspiração no sentido de me tornar uma pessoa cada dia melhor e ao meu segundo filho, Enrico, que ainda no ventre me proporcionou determinação na reta final dessa empreitada.*

## AGRADECIMENTOS

Ao Paulo Henrique, pelas demonstrações diárias de carinho e atenção, destacando, em especial durante essa jornada de estudos, mormente por compreender a minha abdicação de momentos de lazer, especialmente, nos nossos tão esperados finais de semana, negativas de viagens e gozo de férias no último ano voltadas à dedicação à escrita da dissertação.

Com apreço e admiração, agradeço ao Prof. Dr. Felipe Magalhães Bambirra pela orientação sempre profícua e pelo estímulo na condução da realização do meu melhor neste trabalho, iluminando-me nos momentos de dúvida e apontando as correções de maneira sempre construtiva e polida. Sua postura sempre assertiva representa para mim um verdadeiro exemplo de sabedoria e vocação à docência.

Ao Prof. Henrique Gaberllini Carnio, quem, primeiramente, realmente, inspirou-me nos estudos a serem desenvolvidos neste mestrado acadêmico, abrindo caminhos e novas perspectivas logo no primeiro semestre do programa, desembocando no despertar para a consecução deste trabalho.

Aos professores examinadores, pelas contribuições prestadas na Banca de Qualificação para melhoria do trabalho e disposição para auxílio com material e clareamento de eventuais dúvidas com intuito de auxiliar na entrega de um estudo que possa efetivamente contribuir para a melhoria da atuação administrativa e judicial do mercado de revenda de combustível.

Agradeço também às amigas sinceras que fiz no mestrado, Andrya Ferreira, Raquel Mendonça e Thais Assunção, pela troca de incentivos, apoio na logística e nas agruras suportadas pela primeira turma. Cabível a extensão desse agradecimento a todos os demais colegas da turma 2019.1, diante da contribuição com materiais, ideias e compartilhamento de momentos de alegria e cansaço.

Aos meus pais, irmãos, sogra, cunhadas, cunhado e sobrinhos que contribuíram em muitos finais de semana na logística com o entretenimento e cuidados com meu pequeno Romeu.

À Isa, querida colaboradora do lar, avançando muitas vezes sua jornada de trabalho em horas extras e finais de semana, amparando-me em todos os momentos necessários para que pudesse dar concretude a este trabalho, especialmente no cansaço da reta final, ocasião em que me encontrava também na reta final da gravidez e de home office.

A todos que, direta ou indiretamente, participaram desta jornada, com incentivos, apoios, fornecimento de material e até mesmo cobranças.

E, ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pela concessão da bolsa de estudos.

## RESUMO

O trabalho, inserido na linha de pesquisa “Regulação econômica, Direito Concorrencial e políticas de fomento empresarial”, tem como escopo de lançar luz sobre a regulação do mercado de combustíveis na cidade de Goiânia, no estado de Goiás, partindo do pressuposto de sua ineficiência diante do recorrente questionamento acerca da ocorrência da cartelização de preços decorrente da permanente similaridade daqueles praticados na capital, levando à atuação do Procon e judicialização da questão, bem como a necessidade de regular inspeção pelo INMETRO no que tange à qualidade e quantidade do produto comercializado. Visa-se, dando enfoque ao setor de revenda, com base no estudo das normas que o regulam, bem como do papel fiscalizador exercido pelos principais órgãos atuantes na defesa do consumidor e análise da formação de preço do combustível, delinear a complexidade do referido mercado e as nuances que o envolvem à luz de uma visão crítica entre o liame da livre iniciativa e do intervencionismo estatal e, assim, investigar o controle da atuação jurisdicional na falha da regulação, via estudo de obras que versam sobre o Direito Constitucional Econômico, os aspectos do fornecimento de combustíveis automotivos, a regulação do setor, o Direito Concorrencial e o controle judicial do preço do combustível via atuação ativista ou deferente.

**Palavras-chave:** Regulação; Combustível; Fiscalização; Preço; Cartel; Controle Judicial.



## **ABSTRACT**

The work, inserted in the research line “Economic regulation, Competition Law and business development policies”, aims to shed light on the regulation of the fuel market in the city of Goiânia, in the state of Goiás, based on the assumption of its inefficiency before the recurring questioning about the occurrence of the price cartelization due to the permanent similarity of those practiced in the capital, leading to the action of Procon and judicialization of the issue, as well as the need for regular inspection by INMETRO regarding the quality and quantity of the product sold. It is intended, focusing on the resale sector, based on the study of the rules that regulate it, as well as the supervisory role played by the main bodies active in consumer protection and analysis of the formation of fuel prices, to outline the complexity of that market and the nuances that surround it in the light of a critical view between the link between free enterprise and state interventionism and, thus, investigating the control of jurisdictional action in the failure of regulation, through the study of works dealing with Constitutional Economic Law, the aspects of the supply of automotive fuels, sector regulation, competition law and judicial control of fuel prices via activist or deferential action.

**Keywords:** Regulation; Fuel; Price; Cartel; Free Enterprise; State Interventionism.

## LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDPM	Coeficiente Desvio Padrão/Média
CADE	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CNPE	Conselho Nacional de Política Energética
CONMETRO	Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
CNP	Conselho Nacional do Petróleo
CF	Constituição Federal
DF	Distrito Federal
EPE	Empresa de Pesquisa Energética
FHC	Fernando Henrique Cardoso
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
GO	Goiás
IDEC	Instituto de Defesa do Consumidor
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
INPM	Instituto Nacional de Pesos e Medidas
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LINDB	Lei de Introdução ao Direito Brasileiro
LPC	Levantamento de Preços de Combustíveis
LPMCC	Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis
MG	Minas Gerais
MP/GO	Ministério Público do Estado de Goiás
OSCIP	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PRC	Posto Revendedor de Combustíveis
PMPF	Preço Médio Ponderado Final
PND	Programa Nacional de Desestatização
RE	Recurso Extraordinário
SP	São Paulo
SDE/MJ	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça

SEAE/MF	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SCP	Sistema de Comercialização de Produtos
SINMETRO	Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial
SINDIPETRO	Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCC	Termo de Cessação de Conduta

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>2 REGULAÇÃO DO MERCADO DE COMBUSTÍVEL</b> .....	18
2.1 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DEFESA DO CONSUMIDOR.....	18
2.2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A REGULAÇÃO NO BRASIL.....	21
2.3 REGULAÇÃO DO MERCADO DE COMBUSTÍVEL NO BRASIL.....	25
2.4 NEORREGULAÇÃO.....	29
2.5 ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS NA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	31
<b>2.5.1 CADE</b> .....	32
<b>2.5.2 ANP</b> .....	35
<b>2.5.3 INMETRO</b> .....	38
<b>2.5.4 PROCON Goiás</b> .....	41
<b>3 INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA</b> .....	43
3.1 CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS.....	43
<b>3.1.1 Conceito</b> .....	43
<b>3.1.2 Tipos</b> .....	44
3.2 ESTABELECIMENTO DE PREÇO.....	47
<b>3.2.1 Considerações Gerais</b> .....	47
<b>3.2.2 Preço do combustível</b> .....	48
<b>3.2.3 Preço do Etanol na cidade de Goiânia</b> .....	56
<b>3.2.4 Preço do Etanol na cidade de São Paulo</b> .....	58
3.3 CONTEXTO FÁTICO E PEDIDOS APRESENTADOS NOS PRINCIPAIS CASOS PARADIGMAS JUDICIALIZADOS NO SEGUNDO SEMESTRE DE 2017.....	59
3.4 TESES JURÍDICAS DO PROCON NO CASO DOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS... ..	62
3.5 TESES JURÍDICAS APRESENTADAS PELOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS.....	64

3.6 DECISÕES PROFERIDAS NO CASO PARADIGMA.....	66
3.7 CASO DE CARTEL NA CIDADE DE BELO HORIZONTE – MG.....	67
3.8 CASO DE CARTEL NA CIDADE DE BRASÍLIA – DF.....	68
3.9 PARÂMETROS PARA IDENTIFICAR OCORRÊNCIA DE CARTEL RELATIVO AO PREÇO DE COMBUSTÍVEL.....	69
3.10 OPERAÇÃO PESOS E MEDIDAS E FIEL DA BALANÇA DEFLAGRADAS PELA POLÍCIA FEDERAL NO ESTADO DE GOIÁS.....	71
<b>4 INTERVENÇÃO DO ESTADO VIA DECISÃO JUDICIAL.....</b>	<b>74</b>
4.1 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA DIANTE DA FALHA DA REGULAÇÃO NO MERCADO DE COMBUSTÍVEL NA CIDADE DE GOIÂNIA – GO..	74
4.2 ATIVIDADE REGULATÓRIA X ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	77
<b>4.2.1 Discricionariedade.....</b>	<b>78</b>
<b>4.2.2 Interpretação prospectiva das Agências Reguladoras.....</b>	<b>82</b>
<b>4.2.3 Ativismo judicial x Atuação Deferente.....</b>	<b>83</b>
<i>4.2.3.1 Ativismo Judicial.....</i>	<i>83</i>
<i>4.2.3.2 Atuação Deferente.....</i>	<i>88</i>
<b>4.2.4 Intervenção judicial sobre o preço do combustível.....</b>	<b>89</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>92</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>96</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 optou pelo sistema econômico capitalista, no qual os meios de produção estão nas mãos da iniciativa privada, que visa primordialmente à obtenção de lucro. Não obstante, isso permite a possibilidade de atuação estatal de forma a regular o domínio econômico, a fim de proteger a integridade do interesse social e os demais valores e princípios estabelecidos nos incisos do art. 170.

Como visto, um dos princípios que devem ser observados é o da defesa do consumidor, a qual é feita de forma direta pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90, Título IV), formado por órgãos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, além da Defensoria Pública, Ministérios Públicos, Procons e entidades civis.

Ao analisar esse sistema, é possível verificar que há, em nossa legislação, uma preocupação do legislador com práticas abusivas que podem ser feitas pelos fornecedores. E, dentre elas, tem-se a vedação de se elevar sem justa causa o preço de produtos e serviços, o que está disposto no art. 39, inc. X do Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Igualmente, eis o teor do art. 36 da Lei Federal nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, no bojo do qual se considera como infração à ordem econômica atos que visem aumentar arbitrariamente os seus lucros (inc. III), bem como alinhar os preços dos produtos vendidos (§3º, inc. I, a).

Interessante observar que tais legislações conferem possibilidades de atuação e aplicação de sanções administrativas, “sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas”, a fim de balizar tais situações, tal como estabelece a legislação consumerista em seu art. 56<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

Vale ressaltar que tais sanções são aplicadas pelas próprias autoridades administrativas, conferindo, assim, uma maior independência, celeridade e efetividade estatal na busca dos seus objetivos de regulamentar a economia, não sendo dessa forma, à primeira vista, necessário o uso do Poder Judiciário nesses casos.

Especificamente acerca do mercado de combustíveis, tem-se que, especialmente nos centros de médio porte, como na capital goiana, a temática referente ao questionamento dos preços praticados pela grande maioria dos postos é bastante frequente em decorrência da sua similaridade e, como consequência, a suposta ocorrência de cartel ou alinhamento de preços ou colusão tácita.

Afirmado que tal prática é recorrente em Goiânia, um órgão de defesa do consumidor, qual seja, Procon Goiás, no final do ano de 2017, ingressou judicialmente com duas ações civis públicas, ambas em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual da capital, sob os números 5428221.62.2017.8.09.0051 e 5436609.51.2017.8.09.0051, ajuizadas contra dezenas de postos revendedores de combustíveis, a fim de coibir tais aumentos.

Oportuno destacar que em ambas as demandas o magistrado liminarmente determinou a redução do preço do etanol com identidade de fundamentos (mov. 6 dos autos nº 5428221.62<sup>2</sup> e mov. 5 dos autos nº 543609.51).

Ao receber a mencionada lide, o magistrado deferiu o pleito liminar e determinou que os postos de gasolina, réus nas ações, retornassem, imediatamente, à margem de lucro bruto

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

<sup>2</sup> “Não é concebível, numa primeira análise, portanto, entender como razoável o aumento na margem de lucro das Rés de mais de 100% na comercialização do etanol hidratado, em curto espaço de tempo, em pleno período da colheita anual da safra, sem qualquer justificativa, mormente se for levado em consideração que no mesmo período as distribuidoras não aumentaram o preço do etanol hidratado em percentual superior a 3,55%. Assim, entendo, em que pese o exercício na presente fase de uma cognição apenas sumária, estar presente no caso em tela o *fumus boni juris*, requisito indispensável para a concessão da liminar requestada na peça inaugural. Por outro lado, a não concessão da liminar terá o condão de permitir a perpetuação dos danos sociais gerados pelo aumento abusivo praticado pelas Rés, com efeitos negativos para toda a sociedade, o que tem a aptidão de fazer exsurgir na espécie o *periculum in mora*, tornando-se imperiosa a concessão da liminar postulada, como forma de ser estabelecido o necessário equilíbrio no preço final ao consumidor do etanol hidratado. Na confluência do exposto, defiro, inaudita altera parte, a liminar requestada na inicial (com a emenda constante do evento de nº 5), para o fim de determinar às Rés que retornem, imediatamente, à margem de lucro bruto médio praticada em julho do fluente ano, correspondente a 10,2% (dez vírgula dois por cento) sobre o preço do litro de etanol adquirido das distribuidoras de combustíveis. Fixo, para o caso de descumprimento da liminar ora concedida, multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para cada uma das Rés, sem prejuízo da implementação, caso necessário, das demais medidas coercitivas e indutivas (artigo 139, IV, do Código de Processo Civil).”

médio praticada em julho de 2017, que correspondia a 10,2% (dez vírgula dois por cento) sobre o preço do litro de etanol adquirido das distribuidoras de combustíveis, sob pena de, em caso de descumprimento, sofrerem a incidência de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um daqueles, sem prejuízo da implementação, caso necessário, das demais medidas coercitivas e indutivas (art. 139, IV, do Código de Processo Civil).

Tal decisão culminou com uma avalanche de agravos de instrumentos naquele ano, num total de quarenta e dois (42)<sup>3</sup>, todos ajuizados no final do ano de 2017 (novembro e dezembro) e início de 2018 (janeiro e fevereiro), nos quais foram deferidos os efeitos suspensivos, resultando, posteriormente, na revogação da liminar pelo próprio magistrado, mas, ainda, pendente de sentença de mérito.

Não se pode olvidar que, na mesma época, no final do ano de 2017, descortinou-se também na cidade de Goiânia-GO, operação da Polícia Federal com foco no referido mercado, denominada “Pesos e Medidas”, para investigar condutas criminosas por parte de funcionários do Inmetro, que, no início do ano seguinte, desdobrou-se na operação “Fiel da Balança”, centrada na seara anticoncorrencial, pois, em ambas, visou-se apurar fraudes em fiscalizações do Inmetro ao identificar fiscais recebendo propina de donos de postos de combustíveis para omitirem a adulteração na venda de gasolina e álcool em alguns estabelecimentos que ofereciam quantidade do produto inferior à paga pelo consumidor, bem como para fiscalizar outros estabelecimentos a mando de empresários para dificultar a concorrência, gerando a formalização de ações penais no âmbito da Justiça Federal nas cidades de Goiânia e Anápolis<sup>4</sup>.

Diante da grande repercussão midiática à época, informalmente sempre replicada como atual pela população goianiense, a problemática, que, sem dúvida, descortina falha do sistema de regulação do setor, merece que lhe seja lançada luz sobre as deficiências na fiscalização pelos principais órgãos administrativos atuantes no setor em defesa do consumidor, sob o enfoque da intervenção do Estado no mercado de combustível em Goiânia, a fim de averiguar, diante da constatação de sua necessidade, o limite da atuação do Poder Judiciário nessa seara,

<sup>3</sup> 5448699-50; 5441253-93; 5458071-23; 5443763-79; 5488976-11; 5501986-25; 5490527-26; 5495169-42; 5516798-72; 5516814-26; 5516827-25; 5494342-31; 5496761-24; 5001891-18; 5516606-42; 5516776-14; 5003627-71; 5487235-33; 5498737-66; 5516673-7; 5486475-84; 5495214-46; 5004024-33; 5516640-17; 5516686-6; 5516703-42; 5516732-92; 5482206-2; 5501948-13; 5502176-85; 5001705-92; 5492014-31; 5509601-66; 5001445-15; 5495119-16; 5001534-38; 5481085-36; 5516718-11; 5046046-9; 5037275-42; 5059205-19; e 5066095-71.

<sup>4</sup> Autos nº 32407-74.2017.4.01.3500 e 0025808-22.2017.4.01.3500 (ambos na 5ª Vara de Goiânia); e 0005472-88.2017.4.01.3502 (1ª Vara de Anápolis).



com intuito de proteção da livre concorrência, inserindo, assim, o estudo proposto na linha de pesquisa escolhida, qual seja, “Regulação econômica, Direito Concorrencial e políticas de fomento empresarial”.

Isso porque a intervenção indireta estatal no mercado de combustível, por meio de fiscalização honesta, de preços e qualidade-quantidade do produto posto à venda, constitui uma ferramenta de defesa da ordem econômica constitucionalmente tutelada, mas se mostra ineficiente, desembocando na judicialização da temática.

Assim, no primeiro capítulo, tecem-se considerações sobre a regulação do mercado de combustível, passando pela aderência do tema no Direito Constitucional Econômico, aspectos gerais do Estado Regulador, aspectos específicos da regulação do mercado de combustível e linhas gerais sobre a neorregulação. E, por fim, focando no setor de revenda, a atuação de órgãos administrativos federais e estadual na fiscalização das condutas anticoncorrenciais praticadas pelos donos de postos de combustíveis.

No segundo, traçam-se linhas gerais sobre as condutas anticompetitivas, dando-se destaque ao cartel, bem como sobre o estabelecimento de preços, em especial do combustível; prosseguindo com esclarecimentos sobre as questões fáticas e jurídicas envolvendo o mercado de combustível na cidade de Goiânia-GO no segundo semestre de 2017, momento em que a celeuma destacou-se na capital em decorrência do ajuizamento de ações civis públicas voltadas à redução do preço do etanol e da deflagração de operação da Polícia Federal tendo, como alvo de investigação, servidores do Inmetro e empresários do ramo de combustíveis, no sentido de demonstrar a importância do esclarecimento da complexidade que envolve o referido setor à luz da falha da regulação, com apontamento de dois casos de condenações em outras duas grandes capitais, quais sejam, Belo Horizonte-MG e Brasília-DF. Além disso, demonstra a necessidade de regulação não só do preço, como também da regularidade de inspeção dos estabelecimentos no que tange à qualidade e quantidade do produto comercializado, relatando importante operação da Polícia Federal na capital no mesmo período.

No terceiro, sem a pretensão de esgotar o tema ou resolver as falhas delineadas, trata-se sobre a intervenção do Estado via decisão judicial, tendo como marco teórico a intervenção estatal via controle judicial no preço do combustível, perpassando por temas como a discricionariedade técnica, a interpretação prospectiva, a aplicação de atuação deferente pelo Poder Judiciário ou a utilização do ativismo judicial.

Para tanto, observando todos os aspectos citados, utiliza-se como metodologia de estudo e pesquisa a análise do caso concreto do estado de Goiás, em especial a cidade de Goiânia,

diante da eclosão de ações tanto em nível estadual quanto federal no segundo semestre de 2017 e início de 2018 acerca da suposta elevação de preço sem justa causa e da prisão de fiscais do Inmetro por denúncias de organização criminosa e concussão, com escopo de delimitar a abrangência do tema.

A judicialização de questões relacionadas à falha na regulação do mercado de combustível em solo goianiense é bastante comum e o Poder Judiciário Goiano não se furta ao embate, seja via postura deferente seja ativista.

A linha de raciocínio adotada decorre de pesquisa bibliográfica no âmbito jurídico e do estudo de decisões administrativas e judiciais sobre a intervenção do Estado no mercado de combustível, sem olvidar o emprego da pesquisa empírica jurídica, via análise de legislação e julgados e utilização do método indutivo.

Para a consecução desse fim, estabelece-se, assim, como problema central, a existência de falha na regulação do setor diante do permanente questionamento, seja em âmbito administrativo ou judicial, do preço do combustível na cidade de Goiânia-GO, para, a partir daí, investigar quais os principais fatores causadores dessa falha e qual o limite da atuação do Poder Judiciário na apreciação de hard case envolvendo questão econômica desse setor.

Assim sendo, pretende-se com o estudo desse tema tratar dos principais gargalos da regulação do mercado de combustível e como tem se desdobrado a atuação judicial diante da atuação de órgãos públicos e análise de demandas que impactaram a ordem econômica em determinado período, à luz do Direito Constitucional Econômico, Direito Administrativo no que tange ao viés do Estado Regulador/Dirigente, fechando a análise com as Teorias de Controle Judicial Deferente e Ativismo Judicial.

## 2 REGULAÇÃO DO MERCADO DE COMBUSTÍVEL

Antes de adentrar-se à regulação do mercado de combustível propriamente dito, enfocaremos a adesão do tema ao Direito Constitucional Econômico, bem como pelo contexto em que surgiu o Estado Regulador no Brasil, iniciando pela incorporação do liberalismo nas Constituições Federais e pelo papel do Estado brasileiro, para, posteriormente, trazer o principal arcabouço legislativo do período inaugurado pela era Vargas até o neoliberalismo no que tange ao tema.

Ademais, serão traçadas linhas gerais sobre a neorregulação<sup>5</sup> sob o aspecto da governança pública, fechando com o papel dos principais órgãos administrativos na defesa do consumidor, nessa seara fortemente marcada por constantes denúncias de práticas colusivas e de adulteração da volumetria e qualidade do produto comercializado, com escopo de delinear a necessidade de regulação mais eficiente do setor.

### 2.1 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Em nossa sociedade capitalista, as empresas legalmente constituídas podem ter, como objetivo lícito, o lucro, isto é, a produção de excedente, a reprodução do capital investido e empreendido no negócio, como finalidade individual da empresa e de seus gestores ou proprietários.

Por certo, a empresa irá se estabelecer na história como a forma ou instrumento melhor equipado e mais bem adaptado a fim de realizar os postulados capitalistas da acumulação do capital. Neste sentido, a livre iniciativa empresarial torna-se rapidamente um elemento de transformação social, impondo-se como força motriz do mercado (TAVARES, 2018, p. 4).

A presença do liberalismo nas Constituições Federais nacionais inaugura-se com a chegada da Corte portuguesa (1808), ocasião em que ocorre a transição da monarquia absoluta para a constitucional (PAIM, 2018, p. 80), levando ao texto promulgado em 1824 – Constituição do Império (art. 179, inciso XXIV), de caráter híbrido com elementos liberais e conservadores (BONAVIDES, 2014, p. 104). Este, diante do contraponto evidenciado pela

<sup>5</sup> Por neorregulação entenda-se o processo de 'desintervenção' do Estado na economia ocorrido no Brasil na década de 90, marcado pelo incremento da função regulatória via criação das agências reguladoras.

presença do poder moderador, tendo estabelecido em seu texto que uma vez não se opondo aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos, nenhum trabalho, cultura, indústria ou comércio poderia ser proibido.

Após o ingresso do liberalismo na Constituição Política do Império do Brasil de 1824, pode-se dizer que o ideal consolidou-se com a primeira Constituição Republicana de 1891, que, no § 4º do art. 172, garantiu o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial, bem como ainda manteve o Estado fortemente presente, direta e indiretamente, na vida econômica e social.

Já na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, a qual recebeu influência das Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, passou-se a efetivamente tratar de ordem econômica organizada, conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existências dignas – art. 115.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, surgiu a proteção sobre a iniciativa individual como o “poder de criação, organização e inovação do indivíduo” (art. 135), como também a legitimidade do Estado “para suprir as deficiências da iniciativa individual de coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado”.

Em 1946, na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, no Título V “Da Ordem Econômica e Social”, consagrou-se a proteção dos princípios da justiça social, bem como a expressão “liberdade de iniciativa” a ser conciliada com a “valorização do trabalho humano” - art. 145.

Mais tarde, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, o referido termo consolidou-se como um dos princípios da ordem econômica – art. 157, inciso I, referendado após a Emenda Constitucional nº 1/69, tendo sido historicamente importante entre as décadas de 1950 e 1970, imbuído do escopo desenvolvimentista, necessário para a criação de infraestrutura para o progresso do país.

Na Constituição atual, de 1988, a livre iniciativa vem como “fundamento da República Federativa do Brasil” - art. 1º, inciso IV, e como princípio da atividade econômica – art. 170, caput, além de englobar todas as formas de organizações econômicas, individuais ou coletivas, confirmando, assim, a opção pelo sistema econômico capitalista, no qual os meios de produção estão nas mãos da iniciativa privada, a qual visa, com isso, à obtenção de lucro,

nos moldes do modelo neoliberal, cujo núcleo é o interesse privado, gerando maior riqueza e melhor distribuição de renda entre a população.

Todavia, perfilha-se da lição de André Ramos Tavares (2011, p. 44) no sentido de que o Estado é corresponsável no que se refere à economia nacional, sendo sua intervenção, apesar de complexa, essencial e natural, especialmente com fins de defesa do consumidor.

Diante das falhas dos ideais liberais, hábeis a causar malefícios aos consumidores, impõe-se a atuação estatal com vistas a garantir o primado da livre concorrência e o bem-estar social, ou seja, na busca do equilíbrio econômico por intermédio de um Estado dirigente (capitalista com inserções sociais), situação que destaca a importância da legislação concorrencial e consumerista a ser aplicada pelo Poder Judiciário diante da judicialização da temática.

Daí a relevância do Direito Constitucional Econômico ao traçar diretrizes para conciliação das medidas de política econômica públicas e privadas, a fim de implementar a ideologia proposta pela Constituição Federal, em especial os Direitos Sociais, pois, como salientado por Eros Roberto Grau, essa legislação define um modelo de bem-estar (GRAU, 2015, p. 46), não se olvidando também da defesa do consumidor, prevista expressamente no inciso XXXII do art. 5º e inciso V do art. 170, ambos do aludido diploma legal, que, segundo o mesmo autor: “A sua promoção há de ser lograda mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo” (Ibid., 2015, p. 249).

Para Vital Moreira, a “constituição econômica é o necessário complemento integrador da ordem jurídica na economia” (MOREIRA, 1976, p. 36).

Seguindo tais premissas, cruza-se com a proteção da livre concorrência sob o viés da atenção ao consumidor e sua inegável vulnerabilidade na relação jurídica, pretendendo-se a harmonização do sistema jurídico entre a livre iniciativa e o abuso do poder econômico, fazendo-se imperiosa a aplicação da legislação concorrencial, uma vez que, na linha tecida por Tavares: “O sentido coletivista conferido à livre concorrência não tem como objetivo manter a liberdade individual de cada um dos competidores, mas sim manter a instituição concorrencial nos patamares desejados.” (TAVARES, 2011, p. 258), nos termos do paradoxo de Bork (The antitrust paradox), explicado pelo mesmo doutrinador no sentido de promover-se a intervenção estatal na medida do necessário para manter a liberdade econômica, pois paradoxal seria permitir o exercício da livre concorrência com abuso (Ibid., p. 261).

## 2.2 ASPECTOS GERAIS SOBRE A REGULAÇÃO NO BRASIL

A consolidação da teoria liberal nas Constituições brasileiras não impediu a necessidade de regulação. Porquanto, após a chamada década perdida (1980), que trouxe profunda crise econômica, fiscal e política, decorrente da crise do regime militar, surgiu a necessidade de transformação do papel do Estado na vida econômica e social (PECI, 2014, p. 57). Assim sendo, ela foi feita via regulação de forma subsidiária, fazendo-se necessário sopesar e coexistir o espaço de atuação entre os interesses público e privado.

A situação levou o país à reforma neoliberal, com a sucessão do modelo social pela desregulação dos serviços, momento em que se promulgou a Constituição Federal vigente (1988), a qual possui a livre iniciativa como pilar da ordem econômica (art. 170). Ademais, ela prevê expressamente em seu texto a regulação econômica, reconhecendo o papel do Estado como agente normativo, com vistas a atingir melhores resultados diante do fenômeno da globalização e da influência da Escola de Chicago, no sentido de busca pela eficiência econômica, que se desdobra em dois aspectos principais: a produtiva (produzir mais com menos recursos) e alocativa, aferida por critérios como o de Pareto<sup>6</sup> e o de Kaldor-Hicks<sup>7</sup>, (FRAZÃO, 2017, p. 40).

A referida legislação permite a possibilidade de atuação estatal de forma a regular o domínio econômico, a fim de proteger a integridade do interesse social e nos demais valores e princípios estabelecidos nos incisos do art. 170 da CF, que, em situações excepcionais, não implica ofensa à livre iniciativa e concorrência.

A propósito, eis o que prevê o art. 173, também da Constituição Federal, in verbis:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

<sup>6</sup> Eficiência ou ótimo de Pareto é um conceito desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto como um critério de avaliação do bem-estar social, entendido como um ponto de equilíbrio que define um estado de alocação de recursos em que é impossível realocá-los para melhorar a situação de um agente sem piorar a situação individual de outro (NEID, 2011, online).

<sup>7</sup> Uma melhoria de Kaldor-Hicks, assim designada devido aos autores Nicholas Kaldor e John Hicks, também conhecida como *critério de Kaldor-Hicks*, segundo a qual admite-se a existência de uma mudança social eficiente mesmo quando o aumento do bem-estar de uma parte resulta na redução do bem-estar de outra, e, assim, atingir um resultado de melhoria de Pareto (NEID, 2011, online).

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Importante, nesse contexto, ter em vista as influências sofridas pelo papel exercido pelo Estado mínimo, como no modelo americano vinculado ao sistema common law ou máximo como no europeu ligado à civil law. Em seu artigo sobre o tema, Soares (2015, p. 231) bem define a questão:

Na tradição de civil law, as utilidades são organizadas por meio de serviços públicos de titularidade estatal prestados direta ou indiretamente, ao passo que na tradição de common law, a organização é feita em torno das chamadas public utilities, sem titularidade estatal. Assim, enquanto nesta última a regulação estatal é externa, naquela regulação pode ser vista como interna, uma vez que o próprio Estado Regulador é o titular do serviço.

No Brasil, pode-se dizer que se segue o modelo europeu, com serviços públicos definidos e titularizados pelo Estado, chamado, assim, de poder concedente (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), via agências reguladoras e criação de empresas públicas na instância normativa e pelo Estado atuando diretamente na instância operacional, consoante dispõe o art. 174 da Constituição Federal.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei (1988, online).

Tem-se aqui, então, a regulação como intervenção estatal (SUNDFELD, 2014, p. 113) manifestando-se tanto:

por poderes e ações com objetivos diretamente econômicos (o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado, o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica) como por outros com justificativas diversas, mas reflexos também econômicos (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc).

Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 113) afirma que não há conceito jurídico exato de regulação pública, ideia de contornos relativamente incertos e flutuantes, inclusive na legislação, mas a expressão tem servido para designar o conjunto de intervenções.

No Brasil, sua ampliação e fortalecimento ocorreram no governo Fernando Henrique Cardoso, com a intensificação das privatizações na década de 90, tendente a superar a já mencionada crise econômica de fins da década de 80 e início dos anos 90, elaborada e liderada pelo extinto Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), cujas diretrizes foram definidas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRE), imbuído dos paradigmas do Estado Regulador como alternativa para a moderna conjuntura social.

Sérgio Guerra indica seis principais formas de intervenção estatal para operacionalizar a regulação: i) direta (Ministérios e Secretarias); ii) autarquias comuns (vinculadas aos Ministérios, mas não subordinadas); iii) agências executivas (INMETRO); iv) autarquias especiais (não são subordinadas, com autonomia administrativa, financeira e independência decisória, ex.: ANP); v) conselhos profissionais; e vi) autorregulação (OAB, entidade sui generis) (GUERRA, 2014, p. 382,383).

Importante para este estudo destacar as Agências Reguladoras, que objetivam fiscalizar os mercados regulados e perseguir a satisfação dos usuários para os quais os serviços públicos são dirigidos (MELLO, 2010).

Segundo o Instituto de Defesa do Consumidor – IDEC, as agências reguladoras:

são órgãos governamentais que exercem o papel de fiscalização, regulamentação e controle de produtos e serviços de interesse público tais como telecomunicações, energia elétrica, serviços de planos de saúde, entre outros. Além disso, devem garantir a participação do consumidor nas decisões pertinentes do setor regulado (2020, online).

As referidas agências foram criadas por lei com as principais funções de promover (Ibid.):

- o levantamento de dados sobre o mercado de atuação;
- elaboração de normas disciplinadoras para o setor regulado;
- fiscalização dessas normas;
- defesa de direitos do consumidor;
- gestão de contratos de concessão de serviços públicos delegados; e



- incentivo à concorrência, minimizando os efeitos dos monopólios naturais e desenvolvendo mecanismos de suporte à concorrência.

Tratam-se de autarquias. Na conceituação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A autarquia é pessoa jurídica de direito público, o que significa ter praticamente as mesmas prerrogativas e sujeições da Administração Direta; o seu regime pouco difere do estabelecido para esta, aparecendo, perante terceiros, como a própria Administração Pública; difere da União, Estados e Municípios – pessoas públicas políticas – por não ter capacidade política, ou seja, o poder de criar o próprio direito; é pessoa pública administrativa porque tem apenas o poder de autoadministração, nos limites estabelecidos em lei (2018, p. 587).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 169), por sua vez, faz alusão à nomenclatura “autarquia especial” no sentido de denominar as agências reguladoras, ou seja, autarquias sob regime especial, que devem ser entendidas como aquelas que exercem função típica de Estado e, portanto, devem gozar das prerrogativas da Administração Pública Direta.

Recentemente, alteração legislativa tratou do tema, sendo oportuno destacar a nova lei federal geral, nº 13.848 de 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, trazendo no seu art. 3º que a natureza especial caracteriza-se:

pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas ... disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação (2019, online).

Nos capítulos III, V e VI da Lei Federal supramencionada, respectivamente, o estabelecimento da “interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência”, a “articulação das agências reguladoras com os órgãos de defesa do consumidor e do meio ambiente” e a “interação operacional entre as agências reguladoras federais e as agências reguladoras ou órgãos de regulação estaduais” exprimem o escopo de se evitar conflitos regulatórios.

O desafio desta dissertação consubstancia-se em compreender a atuação do Estado na economia via regulação, sem desnaturar a lógica econômica, gerando falhas e quiçá influenciando negativamente a formação dos preços, não podendo ser abusiva tampouco arbitrária, motivo pelo qual não há como falar em modelo hermético, pois nosso modelo constitucional mescla liberalismo e intervenção do Estado a depender do cenário econômico e político vivenciado.

Nesse contexto, importante apontar a crítica de André Luiz Santa Cruz Ramos no sentido de que o uso do antitruste como instrumento para implementação de políticas públicas

demonstra a essência antiliberal, uma vez que apesar de o direito da concorrência basear-se na livre concorrência e na livre iniciativa sujeita-se também a imperativos que gravitam em torno do Estado, como por exemplo o desenvolvimento econômico e necessidade de intervenção na esfera privada, vulnerável portanto a manipulações possíveis ao sabor de conveniências ideológicas e políticas, porquanto nos termos da teoria econômica da “captura regulatória” a despeito de corrigir “falhas de mercado” produz “falhas de governo” (2011, p. 188, 196). Para ele:

Outra forma comum de o Estado solapar a concorrência é criando as chamadas agências reguladoras, que ou concedem diretamente privilégios monopolísticos (como no caso dos monopólios naturais), ou acabam fechando os mercados regulados com inúmeras barreiras regulatórias, criando verdadeiros monopólios, duopólios, oligopólios e cartéis.

Mostra-se, assim, razoável que o Poder Público tenha uma margem negocial, dentro dos parâmetros legais, para compor litígios, visando ao equilíbrio entre a Administração, eficiência do mercado regulado e os interesses dos administrados (GUIMARÃES, 2002, p. 228). Contudo, não se pode olvidar que uma vez judicializada a questão, consistente em hard case, deve a atuação jurisdicional, à primeira vista, também se nortear de forma parcimoniosa.

Para o estudo proposto, é importante estabelecer, como ponto de partida, o período do Estado Novo, marcado por uma regulação concentrada, inaugurado pela era Vargas e encerrada com o neoliberalismo (1930 a 1990), descortinando a transformação de uma administração burocrática para um modelo gerencial.

### 2.3 REGULAÇÃO DO MERCADO DE COMBUSTÍVEL NO BRASIL

Segundo S. Neto (2018, p. 11), a história do petróleo no Brasil pode ser dividida em quatro fases distintas: a primeira até 1938, com as explorações sob o regime de livre iniciativa; a segunda a partir de 1938, caracterizada pela nacionalização das riquezas do subsolo pelo Governo e a criação do Conselho Nacional do Petróleo; a terceira instituiu o monopólio estatal na era Vargas, com a criação da Petrobras pela Lei Federal nº 2004/1953<sup>8</sup>; e a quarta com a flexibilização do monopólio por intermédio da Emenda Constitucional nº 09/1995, complementada pela Lei Ordinária nº 9.478/1997, conhecida como Lei do Petróleo.

<sup>8</sup> Fruto da campanha “O petróleo é nosso”, surgindo a constituição da sociedade de economia mista executora do monopólio da União - Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás (SAMPAIO, 2014, p. 301).

Nesse contexto, apesar da Constituição Federal de 1937 ter se mantido silente quanto à repressão ao abuso de poder econômico, merece destaque a edição do Decreto-Lei nº 395, de 1938, que instituiu o Sistema de Abastecimento Nacional de Petróleo, assinalando-se como principais medidas: i) a declaração de tal atividade como utilidade pública; ii) definição como atribuições “a produção, a importação, o transporte, a distribuição e o comércio de petróleo bruto e seus derivados; e bem assim a refinação de petróleo importado ou de produção nacional, qualquer que seja neste caso a sua fonte de extração” (art. 1º e parágrafo único); iii) nacionalização da indústria da refinação do petróleo (art. 3º) e iv) criação do Conselho Nacional do Petróleo – CNP para cuidar do abastecimento nacional.

Contudo, diante da ineficácia dos dispositivos trazidos na aludida legislação, promulgou-se o Decreto-lei nº 7.666/1945, conhecido como Lei Malaia, revogado no mesmo ano, tendo o Direito da Concorrência no Brasil ganhado relevo apenas com a Constituição Federal de 1946, culminando, posteriormente, com a Lei Federal nº 4.137/62, no bojo da qual se criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com atribuição para apurar e reprimir abusos do poder econômico, mostrando-se ineficaz perante o período militar vindouro (FRAZÃO, 2017, p. 35-37).

Em continuidade, na Constituição Federal de 1967, o monopólio do petróleo foi constitucionalizado e, em seguida, com intuito de enfrentar a crise internacional de fornecimento e altos preços do referido produto, criou-se o Programa Nacional do Álcool e a Comissão Nacional do Álcool via Decreto Presidencial Federal nº 76.593/1975 (NETO, 2018, p. 118).

Como esclarece Sayeg (2002, p. 54), naquela época, o etanol não era combustível automotivo utilizado isoladamente nos veículos, sobrevivendo a obrigatoriedade de sua adição à gasolina pelo Decreto-Lei nº 737/1938, e, como combustível autônomo, apenas na década de 70, culminando com o lançamento do Programa Nacional do Álcool supramencionado. Ademais, acrescenta que, ao longo da década de 90, o álcool foi perdendo gradativamente seus subsídios, tendo seu preço se aproximado ao da gasolina, desestimulando sua utilização e a do referido programa (Ibid., p. 56).

Chegando-se na Constituição Federal de 1988, tem-se, no art. 20, o arrolamento dos bens da União, dentre eles, os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (inc. V); além dos recursos minerais, inclusive os do subsolo (inc. IX) e,

especificamente, assegurada a participação dos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União no resultado da exploração de petróleo ou gás natural (§ 1º).

Na Constituição Federal (Op. Cit.) vigente, mantém-se o monopólio 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;

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.

Note-se que as atividades de transporte que não sejam marítimas ou por dutos, assim como a distribuição e revenda, foram excluídas do monopólio, sendo, portanto, atividades afetas à iniciativa privada, sujeitas à regulação estatal na forma dos arts. 170 e 174, ambos da Constituição Federal.

Para o estudo proposto, destaca-se a revenda, atividade final da cadeia do mercado de combustível que desemboca no consumidor, realizada via autorização administrativa anteriormente emitida.

Imbuído no contexto do Estado Democrático de Direito, fertilizou-se campo para aproximação entre o Direito da Concorrência e a Constituição Federal, culminando paradoxalmente com a promulgação da Lei Federal nº 8.884/94, “progressivamente interpretada e aplicada a partir dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago” (FRAZÃO, 2017, p. 38), abrindo caminho para desenvolvimento da teoria da “desconstitucionalização do Direito da Concorrência no Brasil” em alinhamento com a doutrina de Robert Bork, na obra *The antitrust paradox*, uma vez que a aproximação do direito antitruste com a eficiência distancia-se da proteção do consumidor (Ibid., p. 39).

Contudo, efetivamente em meados de 1995, na onda das reformas neoliberais e da política de desestatização inaugurada no governo Fernando Henrique Cardoso (FHC), via Programa Nacional de Desestatização (PND), promulgou-se a Emenda Constitucional nº

9/1995, alterando tão somente o art. 177 da Constituição Federal no sentido de autorizar a União a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do referido art. (§1º) com a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional e as condições de contratação, além de determinar a criação da agência reguladora federal (§2º).

Dando concretude à emenda constitucional supramencionada, promulgou-se a Lei Federal nº 9.478/97 – conhecida como Lei do Petróleo, por meio do qual se institui no art. 2º o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e no art. 7º a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), como também alterou o regime jurídico da Petrobrás no sentido de que suas atividades econômicas passariam a ser desenvolvidas “em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado” (§ 1º do art. 61).

Como visto, no século XX, o Brasil despontou como Estado liberal, passou para intervencionista e finalizou como regulador, mantendo, na economia, o modelo capitalista, consolidando o ideal de promover o bem-estar social e prestigiando a dignidade da pessoa humana, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Importantes considerações sobre o tema são encontradas no Caderno de Varejo de Gasolina lançado pelo CADE (2014, online), apontando-se a necessidade de regulação com relação à aquisição do combustível a partir do distribuidor; ao acesso ao mercado discriminando as atividades de revenda e de distribuição e à qualidade do produto, estabelecendo obrigações relativas à coleta, análise de amostra do caminhão tanque, manutenção do registro das análises dos últimos seis meses e averiguação quando solicitado pelo consumidor. Calha destacar do referido documento as consequências diretas sobre a concorrência nesse setor:

A vedação à verticalização indica que a distribuidora de combustível somente pode atuar no varejo indiretamente; ou seja, por meio de revendedores de combustíveis autônomos, ainda que vinculados à distribuidora por meio de um contrato de exclusividade. A impossibilidade de a distribuidora atuar diretamente na revenda é decorrente do art. 12º da Portaria ANP nº 116, que veda “ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista”. Essa regulação estabelece ainda que os varejistas de combustível podem transacionar com qualquer distribuidora, não estando obrigados a operar em uma franquia ligada à marca da distribuidora de gasolina. Criam-se, assim, duas categorias de postos:

(i) Posto bandeirado : Quando opta por exibir a marca comercial de um distribuidor, o posto vende somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida aos consumidores.

(ii) Posto bandeira branca : Quando opta por não exibir marca comercial de nenhuma distribuidora, o posto deve identificar, de forma destacada e de fácil visualização pelos consumidores, em cada bomba abastecedora, o distribuidor fornecedor do respectivo combustível.

Esses mecanismos regulatórios visam diminuir o poder de mercado das distribuidoras, pois se tratam de empresas de maior porte e escala, no intuito de permitir acesso equânime dos varejistas ao insumo e aumentar a concorrência no segmento de postos de combustíveis.

Outro exemplo de Lei Federal que interfere no funcionamento dos postos é a Lei no 9.956, de 12/01/2000, que veda a existência de postos autosserviço, nos quais o próprio consumidor manipula a bomba de combustíveis. Aqui o interesse, além da proteção à segurança, é preservar o emprego no setor.”

O estudo proposto neste trabalho visa identificar, a partir da inegável existência de falhas do sistema regulatório, deficiência na fiscalização pelos principais órgãos federais ou estaduais de regulação do setor, que auxiliam na influência da formação do preço do combustível, situação que exige a proteção do consumidor, figura também em destaque no modelo regulador vigente, como se vê pela promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990.

Assim, busca-se, dando enfoque à atividade de revenda pelos postos de combustíveis, tentar diagnosticar as situações que possam influenciar na formação de cartel e, com isso, apontar soluções no sentido de verificar a hipótese segundo a qual a mão invisível idealizada por Adam Smith seria capaz de equilibrar o mercado com mínima atuação do Estado.

E, uma vez judicializadas as questões relativas a esse tema, analisar a discussão do controle judicial nos casos complexos à luz do contraponto entre a atuação deferente ou ativista.

## 2.4 NEORREGULAÇÃO

Como visto, nas últimas décadas, verificou-se, no Brasil, um processo de “desintervenção” do Estado na economia, o qual foi acompanhado pelo incremento da função regulatória, importando, neste trabalho, seu objetivo de sustentar a concorrência e proteger os consumidores via definição de políticas públicas seja por intermédio de leis que tratam de práticas anticoncorrenciais ou criação de mecanismos com escopo de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados.

Considerando a característica do mercado de combustível, como visto, monopolístico-oligopolístico, devido à exclusividade no que tange ao refino<sup>9</sup> e concentração da exploração e distribuição<sup>10</sup> sob o controle de poucas empresas, sendo pulverizado apenas em relação à revenda, em que pese a existência de oligopólios também neste setor, ressalta-se a sua complexidade e a necessidade de sua regulação, descortinando-se numa concorrência imperfeita.

Para José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 359-360), os dois principais problemas da regulação pública são a informação e a adesão, de forma que, para aquela, a saída é buscar a sua centralização ou assumir a sua dispersão e desta é a inclusão dos regulados no processo de elaboração do ato regulatório, via audiências e consultas públicas, dentre outras medidas.

Esse mesmo autor pondera a importância da informação derivada do know how, como sendo a Nova Governança, atribuindo autoridade regulatória ao menor nível no sentido de que as empresas devem criar mecanismos de melhoria na qualidade da prestação do serviço a partir de sua expertise ou por intermédio de negociações com o Poder Público, focando em resultados (MENDONÇA, 2018, p. 377).

Diante da crise do Estado Social, surge a necessidade de melhoria do setor público, sendo oportuno destacar que, no Brasil, em novembro de 2017, sob o governo do Presidente Michel Temer, deu-se um importante passo rumo à melhoria das instituições públicas federais ao instituir a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional por intermédio do Decreto nº 9.203, culminando, em 2018, com a publicação, pela Casa Civil da Presidência da República, do Guia da Política de Governança Pública (2018, online). Desse guia, extrai-se o conceito de governança como um conjunto inicial de referências de boas práticas e a delimitação de um objetivo.

A regulação do setor de distribuição e revenda ao varejo permanecem sujeitas a várias exigências regulatórias, pelo fato de o produto constituir-se como insumo básico para diversas atividades econômicas, necessitando também, em nível macro, a defesa do interesse público, tais como a preservação do bem estar social e da eficiência.

<sup>9</sup> “Em relação ao setor de refino de petróleo o setor desde o ano 2000, é formado por 13 refinarias de petróleo das quais 11 estão sob o controle da Petrobrás, sendo então a firma dominante no mercado nacional, possuindo 98,76% do mercado de refino de combustíveis no Brasil (...)” (AYRES; FREITAS. 2007, online).

<sup>10</sup> “Já o setor de distribuição de gasolina, é menos concentrado, pois existem uma infinidade de empresas no setor, mas conforme visto na TABELA 4, as três maiores empresas representam 50,06% de todo o mercado nacional” (AYRES; FREITAS. 2007, online).

Especificamente sobre o mercado de revenda de combustível, apesar do fim do tabelamento de preços, faz-se imperiosa a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos, variáveis decorrentes da regulação do setor por intermédio de órgãos administrativos específicos, como CADE, ANP e INMETRO, como também por órgãos de defesa do consumidor locais, como o PROCON.

Isso porque o consumidor final cotidianamente lida com problemas de adulteração do produto, fraude na volumetria ofertada na bomba de combustível e formação de preços via conduta colusiva de cartel, necessitando de uma neorregulação por parte do Estado, modernizando as políticas públicas nesse setor, com intuito de equilibrar as relações entre os players, e, dessa forma, evitar que tais questões econômicas sejam dirimidas pelo Poder Judiciário.

## 2.5 ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS NA DEFESA DO CONSUMIDOR

Considerando que o combate às práticas anticoncorrenciais é medida que se insere, concomitantemente, nos microssistemas do consumidor (CDC) e da concorrência (Lei Federal nº 12.529/11), decorrente do diálogo das fontes. Nesse contexto, forçoso reconhecer a legitimidade concorrente e competência *ratione materiae* dos órgãos de defesa do consumidor para, em favor da incolumidade das relações jurídicas de consumo, exercer o poder de polícia que a lei lhes confere.

Desse modo, tanto o CADE, a ANP, o PROCON municipal/estadual e o Ministério Público podem adotar as medidas voltadas à responsabilização administrativa, cível e, para este último, criminal cabível diante da infração por determinada empresa.

Neste sentido, não se pode olvidar o importante papel que o INMETRO desempenha na fiscalização técnica dos postos de combustíveis, ao fazer testes de qualidade e volumetria nos bicos das bombas de combustíveis para evitar prejuízos aos consumidores.

Calha destacar que, apesar de no âmbito federal ter optado pela criação de agências unissetoriais (ANP, ANEEL, ANS, INMETRO, por exemplo), que possuem como objetivo macro a defesa do consumidor, por sua vez, no estadual, em regra, o modelo é plurissetorial, como ocorre no Estado de Goiás por intermédio da Agência Goiana de Regulação, Controle e



Fiscalização de Serviços Públicos, jurisdicionada à Secretaria de Economia do Estado de Goiás.

A referida Agência atua nas áreas de Transporte (rodoviário intermunicipal), Energia (recursos hídricos e minerais), Gás Canalizado, Terminais Rodoviários, Saneamento, Parcerias Público Privadas e Contratos de Gestão (Organizações Sociais) e Termos de Parceria (OSCIP), de acordo com a estrutura exposta no site oficial da Agência Goiana de Regulação (online) e na Lei Estadual nº 13.569/1999 (online).

Para o estudo proposto, mostra-se relevante destacar o papel do CADE, da ANP, do INMETRO e do PROCON – Goiás.

### **1.5.1 CADE**

No contexto de resguardar um ambiente economicamente saudável baseado na concorrência leal e defesa do consumidor, surge espaço para uma legislação nacional antitruste mais robusta.

Importante destacar que as origens da legislação antitruste no Brasil, assim como ocorreu com o *Sherman Act*<sup>11</sup> nos Estados Unidos, surgiram com claro viés nacionalista e protecionista, apadrinhado por Agamenon Magalhães, em que pese embasado no liberalismo (RAMOS, 2015).

No Brasil, o Decreto-Lei nº 869/1938 definiu os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego, com caráter penal concorrencial (arts. 2º e 3º), tratando-se de marco na história do Direito da Concorrência no Brasil (CABRAL, 2018) por ser a primeira legislação nacional a trazer dispositivos antitruste. Referida norma foi complementada por outras duas que tratavam a questão do abastecimento e altos preços, quais sejam, Decreto-Lei nº 1.607/39 (criou a Comissão de Abastecimento) e Decreto-Lei nº 1.716/39 (Configuração e Julgamento dos Crimes Contra a Economia Popular).

Em seguida, promulgou-se o Decreto-Lei nº 7.666/45 (Lei Malaia), criando a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, revogada meses depois.

Posteriormente, na Constituição Federal de 1946, introduziu-se a repressão ao abuso do poder econômico. Mas, apenas com a Lei Federal nº 4.137/1962 veio a regulação e repressão,

<sup>11</sup> Promulgado em 1890, nos Estados Unidos, no sentido de reagir contra a concentração de poder e garantir a livre concorrência (FORGIONI, 2014, p. 65).

com criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (art. 8º), portanto, inicialmente, despido do controle preventivo.

Passado o período ditatorial, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988, expandiu-se o direito antitruste, com a Lei Federal nº 8.884/1994 (Lei de Defesa da Concorrência), inclusive, com atribuição de natureza autárquica ao CADE (art. 3º) e, por fim, a atual Lei Federal nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (PEREIRA, 2018).

Nesse cenário, atualmente, a política geral de defesa da concorrência é levada a cabo por três instituições da Administração Pública Federal, direta e indireta, a saber: Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE-MJ), Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE-MF) e Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor – CADE.

Essas instituições têm como atribuições preventivas controlar a excessiva concentração de mercado decorrente, dentre outros, de fusões e aquisições entre empresas (controle de estruturas) e, repressivamente, identificando e punindo infrações contra a ordem econômica (controle de condutas).

Com relação à ação repressiva, cabe à SDE instaurar, tanto por iniciativa própria (ex officio) quanto motivada por representação, e instruir as averiguações preliminares e processos administrativos. À SEAE cabe emitir um parecer econômico sobre o fato investigado e ao CADE, julgar de forma definitiva, no âmbito administrativo, os processos instruídos pela SDE.

Oportuno destacar a vigente configuração do CADE (Op. Cit.):

Art. 4º O CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

Art. 5º O CADE é constituído pelos seguintes órgãos:

I – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

II – Superintendência-Geral; e

III – Departamento de Estudos Econômicos.

Rodrigo de Camargo Cavalcanti (2015, p. 41) bem define a função do CADE no sentido de:

Dinamizar o ambiente concorrencial em busca da concreção dos ditames, princípios, fundamentos e objetivos da ordem econômica, consoante exposto na Constituição Federal, na forma de um Estado de Intervenção Necessária, garantindo a todos existência digna mediante o viés da proporcionalidade.

A partir da década de 90, diante dos impactos da globalização, o referido órgão passou a ter um papel de maior relevância.

Acerca da situação do varejo de combustíveis, o CADE (Op. Cit.) elaborou, por intermédio do Departamento de Estudos Econômicos, o Caderno do Varejo de Gasolina, inaugurando o primeiro de uma série de estudos com objetivo de “consolidar, sistematizar e divulgar a jurisprudência” do Conselho sobre o tema, por se tratar o setor de combustíveis automotivos de segmento com alto número de denúncias de cartéis.

Neste estudo, destaca-se que “a regulação governamental se justifica por razões associadas à defesa do interesse público, tais como a preservação do bem estar social e de eficiência”, uma vez que: “As atividades da cadeia de combustíveis têm consequências e impactos sobre outros setores da economia e sobre a sociedade em geral e requerem supervisão e intervenção do poder público” (Ibid. p. 14).

Destarte, tem-se por ainda tímida a atuação repressiva do CADE no setor de combustível, devido à expressiva quantidade de denúncias e à reduzida de condenações, uma vez que, segundo Gustavo Dantas Carrijo (2019, p. 9):

o setor de combustíveis representa 25% do total de inquéritos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Entretanto, apenas 20% desses casos são transformados em processo administrativo. Até 2013, o CADE havia feito 15 condenações, todas no varejo (SILVA, 2016). Entre 2014 e 2018 outros oito casos de cartel foram julgados e condenados (CONJUR), resultando em 23 condenações de cartel em postos de combustível.

Do Caderno de Varejo de Gasolina elaborado pelo CADE (p. 18), evidencia-se que centenas de denúncias de práticas anticompetitivas envolvendo referido mercado foram recebidas, sendo que, delas, 168 foram investigadas pela SDE mediante instauração de representação, averiguação preliminar ou processo administrativo, mas a maioria foi arquivada devido à ausência de provas suficientes.

Todavia, referido órgão mostra-se imprescindível na cadeia regulatória do setor de combustível, diante do seu poder judicante na esfera administrativa, a ser exercido em parceria com a ANP e órgãos locais para a defesa do direito concorrencial, especialmente diante da dimensão continental do Brasil com diversidades regionais tão marcantes.

### 2.5.2 ANP

O poderio econômico da indústria do petróleo encontra-se diretamente associado à essencialidade do produto no cotidiano mundial, desde o nível doméstico mais singelo ao mais sofisticado industrial, de forma que se mostra salutar a regulação desse mercado para que funcione de forma saudável para o bem não só do consumidor, mas da sociedade e da ordem econômica.

É cediço também que, desde o início de sua exploração, a tendência sempre foi de concentração econômica de todas as etapas de produção por demandar vultosos investimentos, situação que, como consequência, igualmente exigiu a intervenção do Estado, seja direta ou indiretamente, sobre tais atividades.

Para melhor contextualizar a temática em âmbito internacional, valiosos os esclarecimentos tecidos em breve artigo sobre a ANP, intitulado “Regulação, livre concorrência e defesa do consumidor na indústria do petróleo: o papel da ANP”, publicado no 2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás, (BRITO; ANDRADE, 2003, p. 2) do qual se extrai a experiência norte-americana no controle estatal sobre as atividades petrolíferas que repercutiu na América Latina, levando a:

acentuado processo de nacionalização das atividades petrolíferas, com intervencionismo direto do Estado, não apenas no aspecto regulatório e normativo, mas a partir da criação de empresas Estatais. Apontam-se três objetivos determinantes para este processo: i) reduzir a dependência do país em relação ao cartel internacional; ii) possibilitar ao país desenvolver sua própria indústria do petróleo e; iii) assegurar o suprimento de petróleo em bases confiáveis e menos onerosas (MARINO JR., 1989) (apud Ibid.).

Embalado nessa linha intervencionista, como já dito anteriormente, criou-se, no Brasil, na era Vargas, o Sistema de Abastecimento Nacional de Petróleo e, posteriormente, no panorama de liberação do mercado, surgiu a Agência Nacional do Petróleo – ANP, com a promulgação da Lei do Petróleo, em 1997.

A agência reguladora foi efetivamente implantada pelo Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1998, possuindo natureza jurídica de autarquia federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, bem como trazendo, de acordo com a Lei Federal nº 9.478/97, no inc. III do art. 1º, como política nacional para o aproveitamento racional das fontes de energia, a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos. Ademais, no inc. I do art. 8º, dispõe como finalidade da ANP implementar, em sua esfera de

atribuições, a política nacional de petróleo e a proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos.

Em seguida, por intermédio da Lei Federal nº 9.847/99, o abastecimento nacional de combustível foi considerado de utilidade pública (§ 1º do art. 1º).

Nesses termos, considerando que o foco da referida agência reguladora também abarca a tutela do consumidor (art. 1º, inc. III da Lei Federal nº 9.847/99) “quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos”, mira-se na problemática relativa ao mercado de revenda de combustíveis, cabendo destacar a Portaria nº 111/2000, que criou o Centro de Relações com o Consumidor da ANP e aprovou seu Regimento Interno. O referido regimento tem como finalidade coordenar a execução das atividades relacionadas com a comunicação e a proteção dos interesses dos consumidores das indústrias do petróleo e do gás natural.

Assim sendo, como bem destacado por Alírio Maciel Lima de Brito e Ronald Castro de Andrade no artigo supramencionado, cumpre à ANP um papel subsidiário, preventivo e de fomento, assim como ocorre no tocante à proteção dos interesses do consumidor (BRITO; ANDRADE, 2003).

Importante destacar o teor da Portaria nº 202/2000, que regulamenta os procedimentos para levantamento de preços e margens de comercialização de combustíveis praticados em estabelecimentos de agentes econômicos autorizados pela ANP, definindo como obrigação do agente econômico autorizado franquear o acesso da pesquisadora ao seu estabelecimento, para execução da pesquisa de levantamento de preços e margens de comercialização de combustíveis (art. 2º, inc. II c/c art. 3º, inc. I), podendo ter sua autorização cancelada caso se recusar em submeter-se ou dificultar a pesquisa (art. 4º).

Destarte, como salientado anteriormente, mostra-se de grande importância a atuação da ANP promovendo a livre concorrência, a garantia do abastecimento nacional e a defesa do consumidor.

De forma preventiva, via encargo legalmente estatuído, atua na fiscalização por meio de pesquisa semanal de Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis (LPMCC), bem como realizando cursos para esclarecimentos e orientação de órgãos requisitantes, contribuindo para a capacitação de membros e servidores, visando evitar o surgimento de estruturas de mercado que afetem o processo concorrencial.

Forçoso ainda esclarecer que a ANP não dispõe de informações sobre a margem de lucro líquida praticada pelas distribuidoras e, na revenda, utiliza-se a margem média bruta

(diferença entre preço de aquisição e preço de venda) como uma proxy<sup>12</sup> da margem líquida, já que o preço de aquisição é o principal componente do custo do revendedor.

Seu principal papel regulatório relacionado à revenda de combustível encontra-se disciplinado nas Resoluções nº 41 de 2013 e 57 de 2014 (online), que estabelecem os requisitos necessários à autorização para o exercício de atividade de revendedor varejista de combustíveis automotivos, não se olvidando da confecção da Cartilha do Posto Revendedor de Combustíveis (PCR), cuja sexta edição foi publicada em 2017 (online).

Desse arcabouço legislativo, calha apontar a vedação do PRC comprar combustível diretamente do produtor (art. 14, inc. I da Resolução nº 41) por se tratar de atividade afeta ao distribuidor, bem como proíbe-o do exercício da revenda varejista e/ou participação do quadro societário (art. 26 da Resolução nº 41), medida cunhada de proibição de verticalização. É oportuno lembrar que aquela negativa foi temporariamente suspensa na recente greve dos caminhoneiros de 2018 em prol da necessidade de abastecimento nacional.

Todavia, no que tange à repressão ao aumento abusivo de preços e à formação de cartéis não lhe compete a regulação da cadeia de distribuição e revenda de combustíveis, mas apenas comunicar ao CADE, órgão responsável pela aplicação da Lei de Defesa da Concorrência (Lei Federal nº 12.529/11), fatos que possam configurar infrações contra a ordem econômica, nos termos do art. 10 da Lei Federal nº 9.478/97, que culminou com a celebração de Acordo de Cooperação Técnica nº 006/2013 com o CADE.

O referido acordo estabeleceu mecanismos para a agilização dos procedimentos relativos à prevenção e à repressão de infrações da ordem econômica no setor de petróleo, seus derivados e gás natural, tendo, inclusive, sido objeto de aditivo no ano de 2019 “com vistas ao intercâmbio de informação sobre infrações à ordem econômica e ao aprimoramento das ações do CADE e da ANP no seu combate”. (CADE, 2019, p. 3).

O mencionado documento confirma a complexidade desse mercado mesmo para os órgãos com expertise sobre o setor, sendo salutar o compartilhamento de pareceres técnicos, dados, relatórios, bem como a realização de estudos e pesquisas em conjunto, com o intuito de

<sup>12</sup> No jargão econômico referência para se estimar valor de uma variável.

identificar indícios de práticas anticompetitivas, podendo atuar em colaboração também com os Estados, seja via Ministério Público ou PROCON através de ações de monitoramento. Além disso, possui papel de extrema importância como apoio para as demandas regionais e, como consequência, para a defesa da concorrência, instruindo tanto processos administrativos quanto judiciais.

Registre-se que, recentemente, em 14/12/2020, a ANP lançou o Painel Dinâmico de Preços de Combustíveis e Derivados de Petróleo (online), por intermédio do qual informa os preços de revenda e distribuição de combustíveis oriundos do Levantamento de Preços de Combustíveis (LPC) e do Sistema de Informações de Movimentação de Produtos (SIMP), além dos preços de produtores e importadores de derivados declarados à Agência pelo Sistema de Comercialização de Produtos (SCP), com intuito de aumentar a transparência das informações sobre o setor.

Dias após, em 17/12/2020, publicou a segunda edição do relatório denominado “Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos” (online), abarcando período de 2014 a 2019. Como aqui importa o mercado de revenda, destaca-se desse documento a redução dos postos bandeirados com intuito de o posto revendedor de combustível angariar maior competitividade.

Considerando o momento de crise econômica, agravada pela pandemia mundial, imperioso que a ANP acompanhe os desafios da gestão regulatória e do apoio a esse mercado com escopo de defesa dos interesses dos consumidores quanto a preços, segurança e qualidade dos combustíveis, na busca de constante aprimoramento e adequação das transformações do mercado, quiçá evitando a judicialização de questões afetas a esse mercado.

### **2.5.3 INMETRO**

Do site oficial do Inmetro denota-se que o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia conceitua-se como “uma autarquia federal, vinculada à Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade, do Ministério da Economia”, bem como que “atua como Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro), colegiado interministerial, que é o órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro)” (2020,

online), sistema criado pela Lei Federal nº 5.966 de 1973, cabendo ao referido órgão substituir o então Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INPM).

Trata-se de uma agência executiva vinculada ao Poder Executivo federal, imbuída da função de acreditador oficial do país, decorrente da atribuição de avaliação da conformidade de determinado produto ou instalação com as respectivas normas.

Em 1999, foi editada a Lei Federal nº 9.933, dispondo sobre as competências do Conmetro e do Inmetro, instituindo a taxa de serviços metrológicos, além de outras providências, destacando-se entre estas a possibilidade de delegação de atividades de sua atribuição a entidades públicas (art. 4º).

Posteriormente, o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, por intermédio da Portaria nº 2/2017, aprovou o Regimento Interno do Inmetro, constando, logo no art. 1º, dentre suas finalidades, “XIII – designar entidades públicas ou privadas para a execução de atividades técnicas nas áreas de metrologia e de avaliação da conformidade, no âmbito de sua competência regulamentadora;”, culminando com alteração da Lei Federal nº 9.933/99 pela Lei Federal nº 12.545/11, prevista no art. 12 desta, no sentido de autorizar a realização por terceiros de atividades materiais e acessórias da metrologia legal e da avaliação da conformidade compulsória.

A depender do grau de governança de cada região cabível então a descentralização não só em nível de delegacias regionais do Inmetro, como também a execução de fiscalização por entidades privadas, todavia, a esse segundo grupo, é vedada a transferência do poder de polícia (Lei Federal nº 9.933/99).

Em que pese sua missão institucional consistir no reconhecimento do padrão de qualidade e segurança de produtos e serviços, presta-se, assim, não só a garantir credibilidade às empresas fiscalizadas, mas também proteção ao consumidor.

Especificamente quanto ao mercado de combustíveis, o Inmetro editou a Portaria nº 486 de 16 de outubro de 2018 (online), estabelecida também para evitar o impacto social decorrente de práticas enganosas ao comércio, prevendo padronização das normas fiscalizadoras quanto às irregularidades identificadas nas bombas medidoras.

Cumprido destacar que o serviço prestado pela referida autarquia é cobrado quando ocorre a inspeção do posto de combustível em decorrência da natureza de taxa<sup>13</sup> do valor cobrado

<sup>13</sup> STJ. REsp nº 1.347.502. Decisão monocrática. Rel. Min. Gurgel de Faria. Publicado em 01/12/2017 (online).



pela fiscalização, nos termos do art. 7º, alínea b, da norma supracitada, por se tratar do exercício do poder de polícia decorrente da compulsoriedade das aferições na proteção da sociedade.

É relevante também apontar que o Inmetro optou por um modelo descentralizado de atuação, “motivado pela grande extensão territorial do País, e atento à política de descentralização das atividades administrativas e operacionais do Governo Federal” (2020, online), criando a Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade – Inmetro (RBMLQ-I), composta por 26 órgãos delegados, sendo 23 da estrutura do governo estadual, um órgão municipal e duas superintendências.

Assim, em se tratando de inspeção para avaliação de conformidade da volumetria do combustível revendido possível sua delegação a organismo acreditado, seja público ou privado, via concessão de licença para uso de selo de identificação de conformidade. Todavia, eventual certificação na hipótese de inspeção compulsória deverá ser emitida por entidade pública (KLEIN, 2014).

Destarte, de extrema importância no setor regulatório a atuação do Inmetro na fiscalização dos bicos das bombas dos postos de combustíveis, aferindo a regularidade da volumetria (“bomba baixa”) e a qualidade do produto comercializado. Essa situação culminou com o estabelecimento de acordo do Inmetro com a ANP, denominado de convênio guarda-chuva (ANP, 2013, online), com duração de dois anos, visando, com a atuação em conjunto, aprimorar a inspeção, criar banco de dados e realizar mais vistorias, com escopo de reprimir as práticas lesivas ao consumidor.

No caso da capital goiana, como adiante será esclarecido, deflagrou-se, no mesmo período da suposta formação de cartel (2017-2018), uma operação da Polícia Federal (2017-2018) para averiguar condutas criminosas por parte de servidores da referida autarquia no que tange à fiscalização dos postos de combustíveis, desembocando uma vez mais em demandas penais instauradas em decorrência do recebimento de denúncias, visando apurar crimes de associação criminosa e concussão por parte de servidores do Inmetro, por meio de intimidação dos proprietários de estabelecimentos do gênero, para, assim, conseguir o intento de receber propina para não fiscalizar e, em alguns casos, fiscalizar o concorrente<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Autos nº 32407-74.2017.4.01.3500 e 0025808-22.2017.4.01.3500 (ambos na 5ª Vara de Goiânia); e 0005472-88.2017.4.01.3502 (1ª Vara de Anápolis).

## 2.5.4 PROCON Goiás

A tutela dos interesses dos consumidores encontra-se disciplinada, primeiramente, pela Constituição Federal, que, já no art. 1º, reconhece a cidadania e a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República. Também, em seu art. 5º, inc. XXXII, assegura que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, direito de tal importância que não pode ser suprimido sequer por emenda constitucional, por ser cláusula pétrea. Além disso, estabeleceu a defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica (art. 170, V), o que demonstra a relevância jurídica da matéria.

Com efeito, a fim de garantir a efetividade das normas constitucionais anteriormente mencionadas, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), lei federal criada a partir de comando insculpido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 48 do ADCT)<sup>15</sup>, estabelece normas de ordem pública e interesse social para a salvaguarda dos interesses dos consumidores, ante a presumida hipossuficiência destes em relação aos fornecedores de bens e serviços.

É nesse sentido que o PROCON-GOÍÁS, órgão integrante da Administração Direta do Estado de Goiás, sendo uma superintendência da Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária denominada Superintendência de Proteção aos Direitos do Consumidor, nos termos da Lei Estadual nº 18.687, de 03 de dezembro de 2014, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pela legislação vigente, como um dos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, detém legitimidade e autonomia para intervir no mercado de consumo, coibindo práticas que possam prejudicar os consumidores, conforme o art. 4º, inciso II, alínea 'c' c/c art. 82, III, ambos do CDC.

Do tópico Institucional extraído do site oficial, destaca-se a Missão, a Visão e as Atribuições, aquela consistente na proteção e defesa dos consumidores goianos, a seguinte na expansão de sua atuação e a última na execução das seguintes funções básicas:

- atuar como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência e da legislação complementar, a partir de regular processo administrativo;
- fiscalizar os estabelecimentos comerciais, aplicando as sanções administrativas previstas no CDC (art. 56);
- a educação e informação aos consumidores e fornecedores;
- incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços;
- criar mecanismos de solução de conflitos de consumo;

<sup>15</sup> Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

- coibir e reprimir de forma eficiente todos os abusos praticados no mercado de consumo;
- a racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- estudo constante das modificações do mercado de consumo; (2020, online)

Feitos esses registros, verifica-se que a aquisição de combustíveis pelo destinatário final revela-se como típica relação de consumo, da qual se evidencia a figura do consumidor, do fornecedor e da prestação de serviço. Em outras palavras, estão preenchidos, na espécie, os requisitos do art. 2º do CDC<sup>16</sup>.

Além disso, por se tratar de produto essencial, atrai-se a aplicação do art. 4º, inc. I (vulnerabilidade do consumidor) do referido diploma consumerista, mormente quando há indícios de cometimento de práticas abusivas por parte do fornecedor – aumento sem justa causa dos lucros – em face da coletividade, motivo pelo qual o Procon-Goiás ingressou com as ações civis públicas na capital goiana, analisadas neste estudo a título de casos paradigmas para ilustração da intervenção do Estado via decisão judicial na esfera privada da fixação de preço do etanol em determinado período.

Destarte, após delinear aspectos principais sobre o Estado Regulador; regulação do combustível no Brasil; necessidade de mudança das políticas públicas regulatórias e discorrer sobre os principais órgãos de defesa da concorrência e do consumidor, passa-se, no capítulo seguinte, a conceituar as condutas anticompetitivas, em especial o cartel; a formação do preço do combustível; principais nuances envolvendo as lides exemplificativas indicadas neste trabalho acadêmico; e, por fim, apontamento de casos de condenação de cartel pelo CADE e criminais pela justiça goiana envolvendo o Inmetro, com o propósito de aclarar a complexidade do mercado de combustível.

<sup>16</sup> Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

### **3 INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA**

Em janeiro de 2002, o setor de combustíveis entrou definitivamente no livre mercado. Os preços da refinaria deixaram de ser regulados e permitiu-se a importação de derivados de petróleo por empresas privadas. No setor de revenda, a liberação dos preços dos combustíveis descortinou uma via de mão dupla, de um lado, incentivando a livre concorrência e, de outro, “permitindo” o alinhamento de preços.

Trata-se de um mercado aparentemente pulverizado, mas no fundo oligopolista em conluio, cuja tendência é de se comportar com um mercado monopolista, porquanto esse é o efeito trazido pelo estabelecimento artificial de preço, via combinação e prática de atos tendentes a eliminar os dissidentes do setor, visto que a estrutura oligopolizada, consistente em número reduzido de empresas com alto poder econômico, facilita a formação de cartéis, mormente pela homogeneidade do produto, cujo único diferencial é o preço.

Importante, assim, traçar o conceito de conduta anticompetitiva e dar enfoque às colusivas motivadoras do presente estudo, que causam prejuízos não só aos consumidores como à coletividade, uma vez que o sobrepreço do produto e fraudes na qualidade-quantidade causam perda de bem-estar social, impactando também na formação do preço de outros produtos e serviços.

#### **3.1 CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS**

##### **3.1.1. Conceito**

Segundo o CADE (2020, online), “Uma conduta anticompetitiva é qualquer prática adotada por um agente econômico que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência, mesmo que o infrator não tenha tido intenção de prejudicar o mercado”.

Calixto Salomão Filho afirma que o “mero comportamento paralelo não-eventual basta para caracterizar o ilícito concorrencial” (FILHO, 2008, p. 91).

O Direito da Concorrência centra-se basicamente no controle de condutas e de estruturas, analisando o comportamento de pessoas e empresas em um dado mercado, importando, neste estudo, a primeira forma.

### 3.1.2. Tipos

Interessam, neste trabalho, os acordos entre agentes econômicos, concorrentes ou não, com intento de causar impacto no funcionamento do mercado de combustível, a fim de incrementar seus lucros e diminuir os das empresas não participantes, comprometendo o direito à livre concorrência.

O art. 36 da Lei Federal nº 12.529/11 (online) elenca algumas condutas que podem caracterizar infração à ordem econômica, trazendo uma lista exemplificativa, sendo de relevância para este estudo os seguintes preceitos, in verbis:

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:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

[...]

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

[...]

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

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

[...]

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

Segundo Ana Frazão, a lei em vigor repete a mesma amplitude conceitual e indeterminação terminológica da anterior (nº 8.884/94), deixando a cargo da autoridade antitruste a função de “densificar as condições necessárias para a configuração do ilícito concorrencial” (2017, p. 440).

Todavia, não se pode falar que se trata de um defeito, uma vez que “a vagueza constitui uma possibilidade estratégica dentro da linguagem jurídica” (NETO; BAMBIRRA, 2020, p. 25) podendo tratar-se de indeterminação intencional a fim de permitir uma maior adaptabilidade das decisões judiciais.

Paula Forgioni (2015, p. 336) divide os acordos restritivos da concorrência entre horizontais e verticais, segundo os mercados relevantes em que atuam os partícipes, denominando aqueles entre os que atuam no mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estes referentes a mercados relevantes diversos (fornecimento de matéria-prima, produção e distribuição).

Dentre tantas condutas possíveis, pode-se subdividi-las ainda da seguinte forma:

- a) unilaterais – ex: abuso de posição dominante, venda casada, preço predatório; ou
- b) colusivas (coordenadas) – ex: cartel, influência de conduta uniforme;
  - b.1) colusiva expressa – acordo expresso – cartel;
  - b.2) colusão tácita – cooperação espontânea/convergência de interesses.

O tipo que interessa a este trabalho, qual seja, cartel, está expressamente tipificado no art. 36, §3º, I e II da nova lei antitruste brasileira - NLAB. Ali constam tanto cartéis clássicos de preços e quantidades (como o art. 36, §3º, I, “a” e “b”), quanto difusos (art. 36, §3º, I, “c”) e em licitações (art. 36, §3º, I, “d”), além de uma diferenciação entre o papel exercido pelas empresas, ou pessoas diretamente interessadas no cartel e o papel de facilitador do cartel exercido, em geral, pelas associações empresariais (art. 36, §3º, II).

Os cartéis mais comumente citados e, por isso, exemplificados na lei são: acordos sobre preços (art. 36, §3º, I, “a”): como o próprio nome diz, são acordos associados diretamente à fixação do preço de venda, ou de compra de um produto, ou serviço.

Além de constituir infração administrativa, prevista na legislação anticoncorrencial supra mencionada, também encontra-se tipificado como crime no art. 4º da Lei Federal nº 8.137/90 (online), que, por oportuno, transcreve-se:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa.

Mesmo não configurando danos à concorrência, à luz do inciso II do dispositivo supra transcrito, pode-se concluir que os cartéis são ilícitos que comportam punição em todas as esferas, administrativa, criminal e cível, a primeira podendo abarcar punições pecuniárias, elaboração de termos de cessação de condutas; a segunda, penas restritivas de direito, multas e perdas de cargo quando existem agentes públicos envolvidos no esquema fraudulento; e, na terceira, a possibilidade de nulidade de qualquer negócio jurídico caso baseado na prática de crime envolvendo a legislação antitruste.

Especificamente sobre o setor de combustível, que interessa ao estudo proposto, o CADE faz um destaque ao fato dele ser mais suscetível aos cartéis, que se encaixa no controle de condutas. Oportuno trazer o seguinte conceito:

Cartéis podem acontecer nos mais diversos setores da economia. Entretanto, há algumas razões para que ocorram com alguma frequência no setor de combustíveis, entre elas o fato de que os preços eram regulados pelo Governo Federal até meados da década de 90. Desse modo, era comum proprietários de postos se reunirem para discutir os preços que seriam tabelados pelo Governo, e os empresários consideravam natural a discussão de preços entre concorrentes naquela época, e isso pode ter contribuído para que esse hábito continuasse mesmo após a liberalização de preços, ocorrida no ano de 1996. Atualmente, com os preços liberados pelo Governo Federal e em plena vigência da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, a discussão de preços entre concorrentes pode configurar formação de cartel.

Como combustíveis são produtos homogêneos (cuja variação de preço não ocorre por conta da qualidade), é natural que os preços desse mercado sejam parecidos um com o outro. Além disso, a transparência exigida pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP de que todos os postos exponham seus preços de forma ostensiva para os consumidores (em totens, por exemplo), facilita com que os concorrentes saibam os preços entre si.

Por isso que, no caso de combustíveis, além do mero paralelismo de preços, é necessário outros elementos e indícios para que se possa detectar a existência de um cartel no setor. (Op. Cit.)

Apesar de o setor de revenda de combustível caracterizar-se como pulverizado e, desde 2002, não mais existir tabelamento de preços por parte do governo federal, certo é que, no fundo, trata-se de um mercado com viés oligopolista em sua maioria, diante da concentração de mercado das distribuidoras nas mãos de poucas empresas, que, por sua vez, revendem a preços homogêneos, especialmente para os postos bandeirados, fidelizados a elas, por meio de contratos de adesão.

Com intuito de evitar a competição, a chamada guerra de preços, que encontra ambiente mais favorável entre mercados de médio porte, como em Goiânia-GO, é comum a escolha da estratégia da colusão tácita, na qual se segue o preço do posto da vizinhança para não perder os clientes. Sobre o tema, pertinente a definição de Marilena Filippelli:

Tal resultado só pode ser alcançado em oligopólio, como consequência da interdependência dos jogadores que caracteriza este funcionamento do mercado. [...] Interdependência de conduta é uma condição essencial para a colusão tácita, pois permite que as empresas implementem estratégias de colusão simplesmente observando e adaptando uns com os outros: estando consciente de sua influência estratégica mútua, as empresas podem coordenar com os outros na definição do preço supra-competitivo que representa, para todos eles, a melhor estratégia de maximização do lucro [tradução livre] (2013, p. 196).

Oportuno exemplificar o liame entre cartel e colusão tácita pela jurisprudência, a depender da existência de comprovação do acordo expresso sobre a fixação do preço do combustível:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TABELAMENTO DE PREÇOS DE COMBUSTÍVEL ATRELADO A LUCRO BRUTO DE ACORDO COM NOTA FISCAL DE AQUISIÇÃO DO PRODUTO - [...] ocorre colusão tácita de todos ou parte deles na adoção de comportamentos paralelos pelos agentes econômicos, cujo resultado é de fixação de preço de equilíbrio e semelhança no mercado acima daquele que poderia considerar como um patamar competitivo e, de consequência, deixa o consumidor sem qualquer opção de utilizar da lei da oferta e da procura. [...]. (TJMT. AI 00271988820078110000. Rel. Des. Sebastião de Moraes Filho. 3ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação 15/10/2007) (2007, online).

Mostra-se, assim, teoricamente fácil diferenciar cartel de colusão tácita, contudo, na prática, a configuração daquele é complexa, exigindo provas robustas.

## 3.2 ESTABELECIMENTO DE PREÇO

### 3.2.1. Considerações Gerais

Segundo Marx, as mercadorias vêm ao mundo sob a forma de valores-de-uso ou de objetos-mercadorias, mas só são efetivamente mercadorias na medida em que se apresentam sob um duplo aspecto: como objetos de uso ou como suportes de valor, de forma que o produto consiste na propriedade do capitalista e num valor (MARX, 1897, p. 32 e 96).

Assim como na natureza, na qual, para cada ação, existe uma reação proporcional, oferta e demanda contrabalançam-se num mercado autorregulatório. Se a demanda por bens e serviços aumenta, os vendedores aumentam seu preço correspondentemente. Se o preço torna-se muito alto, a demanda diminui forçando os vendedores a baixar os preços (RIFKIN, 2015, p. 15).

Segundo André Luiz Santa Cruz Ramos, os preços devem ser determinados livremente no mercado decorrente da máxima liberalista de interação voluntária entre empresários e consumidores. O autor segue esclarecendo:



Num ambiente de livre mercado, não se pode dizer que empresários produzem e vendem o que querem, nem que eles determinam os preços dos seus bens e serviços como entendem. Na verdade, os empresários produzem e vendem somente aquilo que eles esperam que os consumidores queiram o suficiente, e aplicam preços que eles acreditam que os consumidores consideram vantajoso pagar. São os consumidores, enfim, que guiam a produção (2015, p. 170).

Importante aclarar como é formado o preço de um produto e, posteriormente, do produto objeto de análise neste trabalho – o combustível.

Segundo João Yanase (2018), o preço de venda pode ser calculado pela apuração do custo e agregado a ele são outros custos e despesas decorrentes das vendas. Mesmo que o preço de venda seja definido pelo mercado ou pela concorrência, o conhecimento de sua composição é fundamental. O autor prossegue apontando como nomenclaturas de formação de custos: gasto, desembolso, investimento, custo, despesa e perda, indicando para seu cálculo seis etapas:

Etapa 1: apuração do custo (custo);

Etapa 2: cálculo em percentual dos impostos incidentes (despesas tributárias – DT);

Etapa 3: cálculos em percentual das despesas comerciais, como frete, comissão e seguro (despesas comerciais – DC);

Etapa 4: cálculo em percentual do custo financeiro, uma vez que, normalmente, as vendas são financiadas pela empresa (despesas financeiras – DF);

Etapa 5: definição do percentual da margem de lucro desejável (margem – Mg);

Etapa 6: cálculo do percentual do “custo fixo” ou das “despesas estruturais” em relação ao volume das receitas (custos fixos - CF) (Ibid., p. 24 e 26).

Faz-se importante a definição de preço e de valor, aquele consistente na quantificação monetária que se dá a certo produto, mercadoria ou serviço e este à quantificação monetária que o consumidor está disposto a pagar (Ibid., p. 146).

Em geral, os preços são definidos pelo mercado ou pela concorrência próxima, sendo de suma importância o comportamento dos consumidores de determinada localidade e, no caso do combustível, das barreiras de entrada impostas pelo Estado regulador.

### 3.2.2 Preço do combustível

Para entender o petróleo como *commodity*<sup>17</sup>, é salutar a introdução histórica efetuada por Eloi Fernández y Fernández e Carlos Soligo Camerini:

As primeiras utilizações do petróleo, para calafetar embarcações e embalsamar os mortos, ocorreram na Antiguidade, sendo o óleo proveniente de exsudações naturais. O uso do petróleo como recurso energético inicia-se no século XIX, com a descoberta do querosene, obtido por destilação e substituindo o óleo de baleia, largamente utilizado para iluminação naquela época. A era do petróleo teve início na Pensilvânia (EUA), com a descoberta por Edwin Drake, em 1859, de um poço de 21 metros de profundidade, com tecnologia usada pelos chineses na procura de água subterrânea. Posteriormente, foram descobertos novos usos para outros derivados do petróleo obtidos por meio da destilação racionada, hoje amplamente utilizados no setor petroquímico, como plásticos, tecidos sintéticos, elastômeros e combustíveis para motores a explosão (2014, p. 103).

A volatilidade dos preços tende a ser frequente, em função de eventos políticos, econômicos, ambientais e naturais, sendo comum, na história recente, falar em crises do petróleo, que, pela sua origem primária e utilização na cadeia produtiva de diversos setores, acaba por influenciar preços em todo o mercado, em especial, o de combustíveis objeto deste trabalho.

Esse poderoso mercado é formado pela atuação concatenada de diversos agentes econômicos, quais sejam, refinarias de petróleo, centrais petroquímicas, usinas/destilarias, formuladores, importadores e exportadores, distribuidores, revendedores varejistas e os Transportadores-Revendedores-Retalhistas (TRRs), bem como, na ponta final, os consumidores, sendo que, em linhas sucintas, os agentes econômicos que atuam nesse segmento podem ser divididos quanto à sua participação nas seguintes duas grandes etapas: a etapa de produção e a etapa de distribuição – que engloba a distribuição atacadista e varejista.

O mercado de combustíveis situa-se, assim, no final da cadeia da indústria do petróleo, etapa intitulada de *downstream*<sup>18</sup>, e é formado a grosso modo pelo distribuidor e pelo revendedor varejista, que, por sua vez, comercializa o combustível ao consumidor final, de acordo, como dito *an passant* anteriormente, com determinadas barreiras de entrada, como licenças, autorizações, regulamentações, dentre outras.

<sup>17</sup> Termo inglês que, no jargão econômico, significa bem ou produto de origem primária comercializado e tabelado nas bolsas de mercadorias e valores de todo o mundo, em sua maioria de origem mineral, vegetal ou agrícola.

<sup>18</sup> *Downstream* refere-se às atividades de transporte e distribuição de produtos da indústria do petróleo, desde a refinaria até as empresas de distribuição (no caso de gás natural e gás liquefeito, por exemplo) ou até os pontos de venda ao consumidor final (gasolina, querosene de aviação, óleo diesel, lubrificantes etc.) ou até os estabelecimentos industriais (fabricantes de borracha sintética, plásticos, fertilizantes, anticongelantes, pesticidas, produtos farmacêuticos etc. - sic) (DOWNSTREAM, 2019, online).

Nesse contexto, há, pois, no segmento dos postos revendedores, duas figuras em atuação no varejo: o posto bandeira branca (sem qualquer vinculação à marca de uma distribuidora) e o posto bandeirado (vinculado a alguma distribuidora).

No contrato entabulado entre a fornecedora/distribuidora e o posto revendedor com cláusula de exclusividade, a obrigação dá-se com o estabelecimento de uma determinada meta de compra de combustíveis (chamada galonagem ou litragem) pelo posto revendedor, além da compra e venda de combustíveis com exclusividade, outros pactos adjetos são firmados no próprio corpo do contrato, tais como contrato mandato para emissão de títulos de crédito, comodato de equipamentos (como bomba, poste emblema, totens, placa de preços etc.), contratos de mútuo feneratício, contrato de licença de uso de marca da fornecedora e garantia fiduciária.

Especificamente sobre os postos bandeirados, a afirmação anterior no sentido de que têm seus equipamentos e instalações financiados pelas próprias distribuidoras as quais estão vinculados comprova-se no retromencionado Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos publicado em dezembro de 2020.

Acrescente-se que as distribuidoras também promovem ações de marketing para impulsionar a marca, situação que também favorece a uniformização de preços entre aqueles abastecidos pelas mesmas distribuidoras, além de proporcionar a eliminação de concorrente que não queira entrar no acordo, como, inclusive, ocorreu no caso de cartel em Belo Horizonte-MG, que será oportunamente reportado (item 3.7).

Constata-se, assim, ser de extrema complexidade a comparação de preços, pois além dos custos fixos e variáveis, ainda deve-se levar em conta se o posto de combustível é bandeirado ou não.

Como já ressaltado, apesar da manutenção do monopólio da União sobre a cadeia produtiva do petróleo, as atividades de distribuição e revenda de combustível inserem-se como privadas regulamentadas, afetas à iniciativa privada, porquanto não elencadas nos incisos I a IV do art. 177 da Constituição Federal (SAMPAIO, 2014, p. 303).

No site da ANP, encontra-se “Histórico da liberação dos preços de combustíveis no mercado brasileiro”, apontando a lei do petróleo como marco da desregulação do mercado nesse ponto, cabendo a cada agente econômico estabelecer seus preços de venda e margens de comercialização em cenário de livre concorrência. Resumindo brevemente via “Linha do Tempo”:

1996

Liberação dos preços de gasolina automotiva e etanol hidratado combustível nas unidades de comércio atacadista e varejista, bem como das margens de comercialização dos postos revendedores e das distribuidoras nas regiões Sul, Sudeste e Nordeste, nos estados de Goiás e do Mato Grosso do Sul, no Distrito Federal e na Base de Barra do Garça (MT) – (Portaria MF nº 59/1996). Extensão dessas medidas aos estados de Tocantins e do Mato Grosso e aos municípios de Porto Velho (RO), Manaus (AM) e Belém (PA) - (Portaria MF nº 292/1996).

1997

Estabelecimento do prazo de 36 meses para conclusão do processo de liberalização dos preços dos combustíveis automotivos, em agosto de 2000 (Lei do Petróleo), e liberalização das margens de distribuição e de revenda de óleo diesel em todo o território nacional (Portaria Interministerial MF/MME nº 293/1997).

1999

Liberação dos preços de gasolina automotiva e etanol hidratado combustível nas unidades de comércio atacadista e varejista, bem como as margens de comercialização dos postos revendedores e das distribuidoras nas localidades não contempladas anteriormente (Portaria Interministerial MF/MME nº 28/1999).

2000

A Lei nº 9.990, de 21 de julho, estende o prazo estipulado pela Lei do Petróleo e estabelece nova data para que se finalize o processo de liberalização de preços de combustíveis: 31 de dezembro de 2001.

2001

A Portaria Interministerial MF/MME nº 240, de 27 de julho de 2001, libera os preços de venda, em todo o País, de óleo diesel nas unidades de comércio atacadista e varejista. O processo de abertura do mercado brasileiro de combustíveis é finalizado na data prevista, 31 de dezembro de 2001, com a liberação dos preços nas unidades produtoras onde ainda vigorava controle.

2002

De 1º de janeiro em diante vigora o regime de liberdade de preços no mercado de combustíveis automotivos (2013, online).

Assim, considerando o regime de livre concorrência, os custos fixos e a classificação da mercadoria sob análise como *commodity*, parte-se de um preço similar de saída das refinadoras, atreladas ao mercado internacional, de alta volatilidade, sendo incrementado em cada país e respectivo Estado com os tributos federais e estaduais, acrescidos dos custos em sentido lato e, por fim, a margem de lucro.

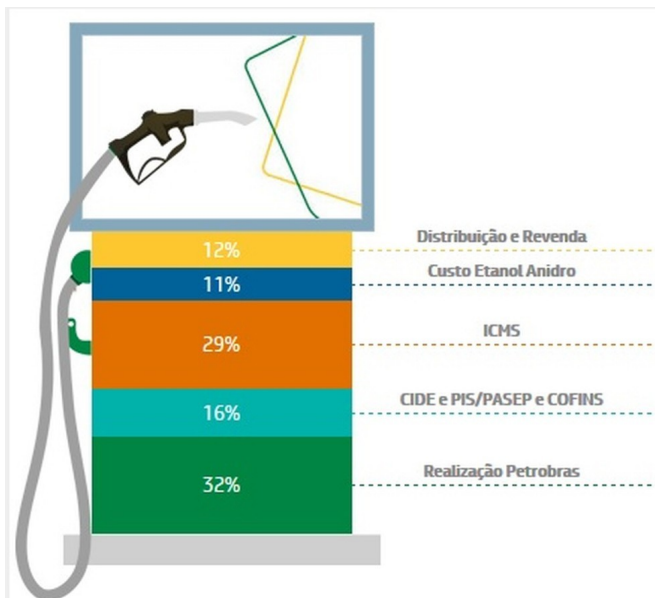
Do site da Petrobrás, evidenciam-se as seguintes diretrizes:

O valor pago pelo consumidor final não está sob gestão da Petrobras e é composto por 4 fatores: 1) Preços do produtor ou importador de gasolina “A” 2) Carga tributária 3) Custo do etanol obrigatório 4) Margens da distribuição e revenda”, bem como que “O preço na bomba incorpora a carga tributária e a ação dos demais agentes do setor de comercialização como: importadores, distribuidores,

revendedores e produtores de biocombustíveis – fatores sobre os quais não possuímos controle”, também esclarece que “Os combustíveis derivados de petróleo são commodities e têm seus preços atrelados aos mercados internacionais, cujas cotações variam diariamente, para cima e para baixo”, arrematando no sentido de que “O preço final da gasolina é composto pela produção da Petrobras, mais carga tributária, distribuição, etanol obrigatório e revenda” (2018, online).

Dentre os tributos aplicados sobre a comercialização do combustível, encontram-se ICMS, PIS/Pasep e Cofins, e Cide, aquele de competência dos Estados calculado sobre o preço da venda, e os demais recolhidos pela União, exemplificado pela seguinte imagem que expõe os percentuais em média (CAVALLINI, 2018, online).

### Imagem 1. Percentuais de tributos sobre o combustível



Fonte: G1 (CAVALLINI, 2018, online).

Já no site da ANP, extraem-se os seguintes esclarecimentos.

Desde 2002, vigora no Brasil o regime de liberdade de preços em todos os segmentos do mercado de combustíveis e derivados de petróleo: produção, distribuição e revenda. Isso significa que não há qualquer tipo de tabelamento nem fixação de valores máximos e mínimos, ou qualquer exigência de autorização oficial prévia para reajustes.

Com o intuito de dar mais transparência aos preços de mercado, a ANP divulga a estrutura de formação dos preços dos combustíveis e reproduz dados do Ministério de Minas Energia que detalham os valores praticados.

Os preços dos combustíveis ao consumidor final variam como consequência dos preços nas refinarias, dos tributos estaduais e federais incidentes ao longo da cadeia de comercialização (PIS/Pasep e Cofins, Cide e ICMS), dos custos e despesas operacionais de cada empresa, dos biocombustíveis adicionados ao diesel e à gasolina e das margens de distribuição e de revenda. (2020, online).

Oportuno mencionar a pesquisa qualitativa feita pela Empresa de Pesquisa Energética - EPE com intuito de esclarecer a formação de preço dos combustíveis, intitulado Margem Bruta de Distribuição e Revenda (2019, p. 4,6), partindo-se da margem bruta e subdividindo-se em custos e despesas fixas e as variáveis, sendo de maior relevância para o presente estudo a afeta à composição das margens de revenda:

### 2.1. Custos e despesas fixos

Os custos e despesas fixos frequentemente associados à atividade de revenda de combustíveis são:

- Terreno – o terreno utilizado para o posto revendedor pode ser de propriedade do(s) sócio(s) da revenda, pode ser adquirido para a construção do empreendimento ou, ainda, alugado, gerando um custo fixo;
- Bandeira – caso o posto seja bandeirado, existe um contrato com a distribuidora: contemplando a exclusividade de fornecimento de produtos, reposição mínima de estoque, aplicação da identidade visual da distribuidora em seu posto, planos de marketing, entre outros;
- Construção – custo do capital para remunerar o investimento realizado para a construção do posto;
- Seguro – seguro do local, de estoques de produtos, de equipamentos, entre outros;
- Mão-de-obra – despesas com os empregados do empreendimento, de sde o salário pago, passando por adicionais de periculosidade (30% do salário), auxílio refeição, horas extras, adicionais noturnos, outros encargos sociais, contingências de risco trabalhista, entre outros;
- Custos legais – despesas relacionadas ao atendimento à legislação seja para controles e licenças ambientais, alvarás de funcionamento, laudos de vistoria dos bombeiros, taxa para aferição das bombas de combustíveis, entre outros;
- Frota de veículos – para uma revenda de GLP, há de se levar em consideração a aquisição de veículos para realizar a entrega dos botijões ao cliente.
- Depreciação/Amortização – despesas com a amortização de edificações ou benfeitorias, máquinas e equipamentos, veículos, entre outros;
- Tributos – compreendem taxas, impostos e contribuições aplicáveis a uma revenda (como IPTU, IPVA, CSLL), além de Contribuição Sindical;
- Dispêndios regulatórios – incluem a troca das bombas de combustíveis de acordo com legislação do INMETRO (2016), a obrigatoriedade de informar claramente a origem do combustível vendido (com formas diferentes se o posto for bandeirado ou de bandeira branca); a realização de análise de cada compartimento do caminhão-tanque que contenha o combustível a ser recebido; a disponibilização de equipamentos de análise como termodensímetro, medida-padrão e régua medidora; os materiais para análise dos combustíveis; a confecção do painel de preços dos combustíveis; entre outras.

### 2.2. Custos e despesas variáveis

Aqui, serão apresentados alguns custos e despesas variáveis que podem ser atribuídos a um posto revendedor de combustíveis.

- Frete – custo importante na aquisição dos combustíveis e, no caso das revendas de GLP, despesa importante para a entrega aos clientes;
- Concessionárias – dispêndios com serviços de fornecimento de água e esgoto, energia elétrica e telefone e internet;
- Dispêndios operacionais – são as relacionadas a transporte de valores (não obrigatório), sindicatos, contabilidade do empreendimento, manutenção do local e dos equipamentos, entre outros;
- Material operacional – aqui, são incluídas despesas com uniformes dos trabalhadores, equipamentos de proteção individual (para atendimento de normas do Ministério do Trabalho), entre outros;
- Despesas financeiras – em geral, tais despesas referem-se às operações com cartões, já que grande parte das vendas realizadas utilizam esse meio de pagamento, seja de crédito ou débito. Para as operações realizadas com cartão de débito, o prazo de recebimento é de até 1 dia útil, já nas operações com crédito, esse prazo pode chegar a 33 dias (Ibid.)

A fim de parametrizar a questão contextualizando-a com os fatos que permeiam a lide, quais sejam, o suposto aumento abusivo do preço do etanol hidratado na capital goiana, utiliza-se para estudo o mesmo período referente à investigação efetuada pelo Procon Goiás – segunda quinzena de outubro e primeira quinzena de novembro de 2017. Para tanto, importante ter em mente que, a partir da primeira semana de julho de 2017, iniciou-se nova metodologia de ajuste de preços por parte da Petrobrás, que passou a ser diária, segundo a variação do dólar e dos preços do barril de petróleo e seus derivados no mercado internacional.

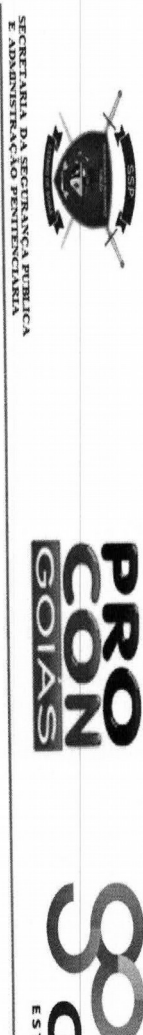
Passando para o contexto local, calha esclarecer ainda que o referido órgão de proteção ao consumidor ingressou, no final de 2017, com duas ações civis públicas na cidade de Goiânia (nº 5436609.51 e 5428221.62), ambas em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, postulando a fixação da margem de lucro médio referente ao mês de julho em 10,2%.

Na mesma época, o Ministério Público do Estado de Goiás também manejou lide semelhante (cautelar nº 5437052.02), tendo, inclusive, aditado o pedido para que os postos de combustíveis requeridos retornassem à prática de lucro bruto na média de julho de 2017, ou seja, também em 10,2%, culminando com posterior pedido de extinção da lide.

Nas ações civis públicas referenciadas, utilizou-se como comparação os meses de julho e novembro, como também o preço médio de revenda e de compra da distribuidora, segundo dados da ANP, chegando-se à margem de lucro bruto em percentual e em moeda corrente (mov. 1, arq. 5, doc. 112 dos autos nº 5428221.62.2017.8.09.0051), como adiante se vê:



Imagem 2. Tabela extraída da petição inicial do processo nº 5428221.62



MÊS	PREÇO MÉDIO REVENDA (R\$)	PREÇO MÉDIO COMPRA DISTRIBUIDORA (R\$)	MARGEM DE LUCRO BRUTO (%)
JULHO	3,690	3,247	13,643
NOVEMBRO	4,356	3,782	15,177
PERCENTUAL ACUMULADO (%)	18,049	16,477	

↓

MÊS	PREÇO MÉDIO REVENDA (R\$)	PREÇO MÉDIO COMPRA DISTRIBUIDORA (R\$)	MARGEM DE LUCRO BRUTO (%)
JULHO	2,602	2,361	10,208
NOVEMBRO	2,974	2,445	21,636
PERCENTUAL ACUMULADO (%)	14,297	3,558	

↓

**ETANOL HIDRATADO**

Fonte: ANP (Agência Nacional do Petróleo)

*P. Sachin*  
 Gleidson Lomaz Ferraz  
 Gerente de Pesquisa e C  
 Matr. 8.757.7564 - PROCI

Fonte: Mov. 1, arq. 5, doc. 112 dos autos nº 5428221.62.2017.8.09.0051.

A partir dessas premissas, é imperiosa a análise da situação que ocorre na cidade de Goiânia-GO, bem como compará-la com outra capital, a exemplo de São Paulo-SP, ressaltando a evidente complexidade do tema.

Antes, porém, faz-se necessário destacar que, além dos custos fixos e variáveis citados no tópico anterior, o grande diferencial de cada Estado consiste na pauta do combustível estadual, tecnicamente chamado de Preço Médio Ponderado Final - PMPF, consistente no valor utilizado como base de cálculo na cobrança do ICMS, medida a partir do preço cobrado



do consumidor, metodologia válida por lei para todo o país, realizando-se pesquisa a cada 15 dias nos postos de todo o Estado.

Significa dizer que a pauta fiscal é um mecanismo utilizado pelas Secretarias Estaduais da Fazenda que fixam um valor, a partir de pesquisas de preços, para ser utilizado como base de cálculo mínima. Elas podem visar três situações:

1° – Quando as Secretarias de Fazenda utilizam a Pauta Fiscal para determinar preços mínimos sobre produtos específicos tanto para utilização no comércio como para o cálculo do imposto ICMS.

2° – Quando as Secretarias de Fazenda instituem essas listas e as divulgam para utilização no cálculo do ICMS-ST, conhecido como Preço (PMPF). Médio Ponderado a Consumidor Final

3° – Quando há um valor pré-fixado para o cálculo do valor do ICMS de produtos agropecuários e por consequência o preenchimento das notas fiscais avulsas do produtor rural (VOCÊ, 2019, online).

A título de exemplificação, para formação do preço do combustível por um posto de revenda levam-se em consideração despesas administrativas fixas e variáveis, tais como o valor de compra do combustível, tributos (impostos, contribuições e taxas), despesas de funcionários (salários, auxílio alimentação, comissão de venda, exames periódicos, FGTS, INSS, terceiros, refeições e lanches, seguro de vida, uniformes), pró-labore, honorários advocatícios, honorários contábeis, manutenções periódicas de equipamentos e software, tarifas e juros bancários, aluguel, volume de venda, energia elétrica, água e esgoto, telefone, serviço de segurança, propaganda e marketing, remediação de meio ambiente, contribuições sindicais, correios, custas de cartão de crédito e débito, faxina, material de expediente, plano odontológico.

Denota-se a dificuldade de formação do preço do combustível, por envolver diversos fatores que vão desde a compra das empresas distribuidoras até as minúcias administrativas de cada estabelecimento de revenda, importando como consequência para esse estudo a dificuldade de comparar a margem de lucro entre os concorrentes e, assim, equipará-la entre dezenas de postos ou fixá-la sem prazo determinado.

### **3.2.3 Preço do Etanol na cidade de Goiânia - Goiás**

Na capital goiana, corre dolorosa fama de possuir um dos valores mais altos do combustível no país, incompatível com a produção e com o número de usinas do estado de Goiás (FÓRUM, 2019, online).

No segundo semestre do ano de 2017, além de tal similaridade de preços, estes sofreram diversos aumentos expressivos, culminando, inclusive, com manchete de jornal no sentido de que o estado de Goiás tinha a segunda gasolina mais cara do Brasil, segundo pesquisa semanal feita pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, perdendo apenas para o Acre (APÓS, 2017, online).

Nesse cenário em especial, chamou a atenção dos órgãos de defesa do consumidor, PROCON e Ministério Público, a elevação sem justa causa da margem de lucro bruto praticada pelos postos relativa ao etanol hidratado, o que gerou, na sociedade goiana, vários questionamentos e denúncias de consumidores.

Como consequência, foi desenvolvido um aplicativo chamado Olho na Bomba, criado pela Lei Estadual nº 19.888 de 20/11/2017, que exigia que os postos revendedores de combustíveis informassem ao Ministério Público do estado de Goiás o valor cobrado pelo litro da gasolina, do etanol e do diesel, possibilitando a realização de monitoramento da evolução e comparação dos preços de combustíveis praticados em determinada localidade e, com isso, fomento à competição saudável, tendo, como consequência, redução dos preços praticados.

Todavia, referido ato normativo teve sua inconstitucionalidade questionada via ação direta manejada no âmbito do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do estado de Goiás (nº 5505675-43.2018.8.09.0000), no bojo da qual teve liminar deferida para suspensão do funcionamento do aplicativo e obteve recente julgamento de mérito pela improcedência da ação (TJGO, 2021, online).

Posteriormente, no ano de 2019, a fim de substituí-lo, surgiu o aplicativo EON, lançado pela Secretaria de Economia de Goiás, que detém, entre outras ferramentas, um serviço (Abasteça +), por intermédio do qual se informa aos usuários os preços de postos de combustíveis mais próximos de sua localização.

Partindo do marco temporal dos fatos que permearam a lide despertadora deste trabalho, salutar a análise do preço do etanol hidratado em Goiânia-GO no período já citado, pois, como dito anteriormente, busca-se, nas ações civis públicas, o retorno da margem de lucro bruto do etanol relativo ao mês de julho de 2017 – no percentual de 10,2%.

Assim, no site da ANP, no tópico Preços e Defesa da Concorrência, basta escolher a opção Preços e, após, Levantamento de Preços de Combustíveis e seguir na “Série histórica semanal” “A partir de 2013” para encontrar os seguintes valores referentes à capital goiana.

**Tabela 1. Dados referentes à cidade de Goiânia-GO**

MÊS	NÚMERO DE POSTOS PESQUISADOS	UNIDADE DE MEDIDA	PREÇO MÉDIO DE REVENDA	PREÇO MÍNIMO DE REVENDA	PREÇO MÁXIMO DE REVENDA
jul/17	160	R\$/l	2,647	2,379	2,899
ago/17	199	R\$/l	2,779	2,490	3,049
set/17	160	R\$/l	2,646	2,290	2,990
out/17	200	R\$/l	2,867	2,289	2,999
nov/17	160	R\$/l	3,127	2,688	3,299

Fonte: ANP (2020, online).

Vê-se, na tabela, um aumento ocorrido em outubro e novembro de 2017, comparado a julho do mesmo ano, que, por certo, não pode ser taxado de forma imediata como abusivo diante da complexidade da formação de preço apontada nos subitens anteriores, aliado à venda em cenário de livre concorrência e à alteração da política tarifária referente aos combustíveis ao longo do referido ano por intermédio dos Decretos nº 9.075 de 23.10.2017, nº 9.079 de 31.10.2017 e Lei Estadual nº 19.925 de 27.12.2017.

### 3.2.4 Preço do Etanol na cidade de São Paulo – São Paulo

Por outro lado, considerando o mesmo período, calha comparar com a sistemática da cidade São Paulo-SP, que, por sua vez, tem fama de capital com bom preço do etanol.

**Tabela 2. Dados referentes à cidade de São Paulo-SP**

MÊS	NÚMERO DE POSTOS PESQUISADOS	UNIDADE DE MEDIDA	PREÇO MÉDIO DE REVENDA	PREÇO MÍNIMO DE REVENDA	PREÇO MÁXIMO DE REVENDA
jul/17	516	R\$/l	2,209	1,859	3,199
ago/17	644	R\$/l	2,391	1,989	2,999
set/17	513	R\$/l	2,428	2,099	2,899
out/17	644	R\$/l	2,474	2,139	3,299
nov/17	516	R\$/l	2,631	2,299	3,299

Fonte: ANP (2020, online).

Todavia, importante ponderar que, na capital paulista, a realidade é bem diversa, notoriamente por possuir um dos menores ICMS sobre o combustível, aliado ao fato da grande concentração de usinas de álcool no estado de São Paulo favorecendo o preço do frete, além de várias distribuidoras, bem como diante também da quantidade maior de postos de combustíveis e divergências no desvio padrão de revenda apontado pela ANP.

Comparando-se os preços praticados nas capitais goiana e paulista, vê-se que diante das peculiaridades que envolvem esta localidade os preços médios de revenda, mínimo ou máximo, são menores.

Visa-se, com essa análise, demonstrar a capital paulista não como parâmetro de preço, mas a destacar como exceção, podendo-se apontar diversos fatores simplistas como a diferença do tamanho e potencial econômico do mercado, menor preço praticado decorrente de fatores variados, dentre outros, o que reforça a tese que vem sendo construída acerca da complexidade do setor de revenda de combustível, exigindo a intervenção do Estado via regulação da atividade.

### 3.3 CONTEXTO FÁTICO E PEDIDOS APRESENTADOS NOS PRINCIPAIS CASOS PARADIGMAS JUDICIALIZADOS NO SEGUNDO SEMESTRE DE 2017

Muitas têm sido as ações questionando o preço dos combustíveis na capital goiana em decorrência de suposta cartelização de preços, como ocorreu com as demandas inspiradoras deste estudo, manejadas no segundo semestre do ano de 2017, quando a Petrobrás, como dito linhas volvidas, passou a precificar o combustível diariamente, e a pauta fiscal do etanol.

Nesse cenário, a discussão centrou-se na elevação sem justa causa da margem de lucro bruto relativa ao etanol hidratado de 14,29%, levando em consideração o reajuste feito pelas distribuidoras (3,55%), fato que culminou no manejo de duas ações civis públicas intentadas pela Superintendência Estadual de Proteção aos Direitos dos Consumidores – PROCON/GOIÁS, via Procuradoria Geral do Estado de Goiás.

As ações ocorreram diante das inúmeras denúncias e matérias publicadas pelos principais veículos de comunicação do estado de Goiás, no sentido de que os postos de combustíveis localizados em Goiânia vêm praticando sucessivos reajustes no preço da gasolina e do etanol hidratado, o que ensejou a instauração de procedimento fiscalizatório

para apurar possível infração de, respectivamente, sessenta (60) e noventa e seis (96) estabelecimentos, indicados nas petições iniciais, ao Código de Defesa do Consumidor - CDC, tendo as lides sido ajuizadas em 10 de novembro de 2017 e 17 de novembro de 2017, bem como recebido os seguintes números 5428221.62.2017.8.09.0051 e 5436609-51.2017.8.09.0051, ambas em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual da capital goiana, ainda em fase instrutória.

Para tanto, afirmou-se, nas iniciais, que o lucro bruto por litro do etanol vendido foi incrementado na ordem de 120,83%, saltando de R\$ 0,24 (vinte e quatro centavos) para R\$ 0,53 (cinquenta e três centavos).

Nas mencionadas demandas, os pedidos iniciais idênticos voltam-se à determinação de que os postos requeridos retomem a margem de lucro bruto médio praticada em julho do ano de 2017, que correspondia a 10,2% (dez vírgula dois por cento) sobre o preço do litro de etanol comercializado, sob o argumento de preservação da livre concorrência por intermédio da “correção da distorção” do aumento injustificado dos lucros. Alternativamente, pede-se a redução do preço do etanol hidratado até que o valor praticado por eles esteja compatível com aquele repassado pelas distribuidoras de combustíveis no respectivo período.

Postula-se, ainda, a condenação dos réus a título de dano moral coletivo, nos termos do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), em razão da extensão do dano e da notória capacidade econômico-financeira daqueles, a ser revertida ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor.

A título de antecipação de tutela, o PROCON defendeu a probabilidade do direito ancorada na tese de comprovação documental de que, entre julho e novembro de 2017, o lucro bruto dos requeridos saltou de R\$ 0,24 (vinte e quatro centavos) para R\$ 0,53 (cinquenta e três centavos) por litro de etanol vendido, ou seja, um acréscimo da ordem de 120,83% (cento e vinte vírgula oitenta e três por cento), sem causa para tanto; e o perigo de dano na multiplicação de prejuízos patrimoniais e morais aos consumidores. Pugnou-se, assim, pela retomada da margem de lucro bruto médio praticada em julho do corrente ano, que correspondia a 10,2% (dez vírgula dois por cento) sobre o preço do litro de etanol comercializado, ou, subsidiariamente, pela redução do preço de venda do etanol hidratado até que o valor praticado por eles esteja compatível com aquele repassado pelas distribuidoras de combustíveis no respectivo período, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada demandado que descumprir a determinação.

Posteriormente, o órgão de defesa do consumidor apresentou emenda à inicial com vistas a aclarar o pedido a fim de evitar que a medida implicasse fixação ou congelamento de preços.

Importante registrar que a conduta protetiva do consumidor não se restringiu ao PROCON, tendo o Ministério Público do Estado de Goiás (MP/GO) ajuizado outras quatro (4) tutelas provisórias de urgência de natureza cautelar em caráter antecipado, registradas sob os nº 5437014.87.2017, 5437069.38, 5437135.18 e 5437052.02.2017, (cadastradas simultaneamente por falha do sistema, arquivadas as três primeiras, sendo que a última foi, posteriormente, extinta sem resolução de mérito, após requerimento da parte autora por perda superveniente do objeto) (TJGO, 2021, online).

A cautelar provisória de urgência ajuizada em 17 de novembro de 2017 voltou-se contra 274 postos de combustíveis da cidade de Goiânia-GO, indicando infrações contra o consumidor consistentes em infligir vantagem manifestamente excessiva, além da elevação dos preços da gasolina e do etanol sem justa causa, devido à majoração da “margem média”, no período de 01 de junho de 2017 a 09 de novembro de 2017, no patamar de 35,81%, levando em consideração o preço médio praticado em Goiás ao consumidor e pela distribuidora, culminando com margem média em reais (R\$) e em percentual (%), na qual se pugnou pela:

concessão, inaudita altera pars e, posteriormente, em caráter definitivo, da tutela de urgência cautelar em caráter antecedente consistente na determinação de que os réus abstenham-se de praticar preços abusivos, devendo proceder à imediata redução do preço do litro da gasolina e do etanol hidratado no varejo, além da proibição de aumentar o preço dos produtos gasolina e etanol hidratado, sem justa causa, para o fim de RETORNAR a margem média de lucro bruto praticada em junho de 2017, período anterior aos sucessivos aumentos autorizados pela PETROBRÁS (valores constantes das tabelas) [destaque original] (2017,p. 47).

Também aditada para retificar parte do pedido nos seguintes termos:

[...] para o fim de RETORNAR, pelo menos, à margem média de lucro bruto praticada em junho de 2017, período anterior aos sucessivos aumentos autorizados pela PETROBRÁS (valores constantes das tabelas), além da proibição de aumentar o preço dos produtos gasolina e etanol hidratado, sem justa causa” [destaque original] (Ibid.).

Sobrevindo posterior requerimento no sentido de que a liminar fosse limitada a seis meses “período de tempo que representa a menor intervenção possível no mercado e, ao mesmo tempo, é razoável para a coibição do aumento abusivo de preços” (Ibid.).

E, por fim, pugnou-se pelo reconhecimento da conexão com a ACP nº 5428221.62.2017.8.09.0051 e novo aditamento:

I - O pedido continuará adotando como parâmetro o mês de JULHO de 2017, mas a margem média de lucro será expressada em PERCENTUAL (e não em valor monetário), com o intuito de ser dada à matéria tratamento similar à da ação do PROCON GOIÁS, evidenciando-se a conexão não apenas jurídica, mas também fática das demandas.

II. Em relação ao ÁLCOOL, a margem média de lucro a ser adotada será de 10,2% (dez vírgula dois por cento) sobre o preço praticado pelas distribuidoras, percentual obtido pelos acompanhamentos de preços do PROCON GOIÁS, devidamente explicitado na ação da Superintendência. Dessa forma, o Parquet busca conferir tratamento isonômico a todos os postos revendedores de combustíveis, estendendo a liminar conferida na ação do PROCON GOIÁS para todos os outros fornecedores que constam exclusivamente nesta demanda.

III. Em relação à GASOLINA, a margem média de lucro a ser adotada será de 14,07% (catorze vírgula sete por cento) sobre o preço praticado pelas distribuidoras, percentual obtido pelos estudos da área técnica contábil do Ministério Público do Estado de Goiás, consubstanciados na Tabela 1 do Parecer Técnico nº 041/2017 da Unidade Técnico-Pericial Contábil da Coordenação de Apoio Técnico Pericial do MPGO/CATEP (juntado ao evento nº 17). Esclareça-se que, como o PROCON GOIÁS não realizou estudos sobre a gasolina, o Parquet realizou estudos próprios com base nos dados da ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), conforme minuciosamente demonstrado no evento de nº 17.

IV. O prazo de vigência da liminar será de 04 (quatro) meses (e não mais de seis meses). Isso porque o objetivo da fixação do prazo, como detalhado no evento de número 17, é evitar interferência nociva do Poder Judiciário na regulamentação do mercado, que deve ser pontual e voltada apenas para a correção de abusos (a exemplo da presente demanda). Logo, tendo em vista a conexão das causas, é razoável que o Parquet leve em consideração que a liminar conferida na ação do PROCON GOIÁS está em vigor há pouco mais de dois meses (pois foi exarada em 17 de novembro de 2017). Assim, descontando-se os quase “dois meses” de vigência da liminar concedida ao PROCON GOIÁS do prazo de seis meses pretendido no evento de número 17, tem-se que é razoável a observância do prazo remanescente de 04 (quatro) meses [destaque original] (Ibid.).

Some-se a esse contexto o fato que, no final do ano de 2017, o governo estadual alterou novamente a pauta fiscal do etanol, passando a alíquota para 23% por intermédio do Decreto estadual nº 9.125 de 29 de dezembro de 2017, situação que torna eloquente a complexidade da temática referente ao preço de combustível.

### 3.4 TESES JURÍDICAS DO PROCON-GOIÁS NO CASO DOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS

No bojo da peça inaugural, o PROCON acusou as empresas revendedoras de combustíveis de violação às normas legais previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90, especificamente as tipificadas no art. 39, incisos V e X, bem como infração à ordem econômica, reprimida pela Lei Federal nº 12.529/2011 (art. 36, incisos I a IV).

Por oportuno, transcrevem-se os respectivos dispositivos legais:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...]

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; [...]

X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

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:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante (2011, online).

Cabe também transcrever os pedidos principais formulados nas lides pelo PROCON:

a) a concessão da tutela de urgência inaudita altera parte, determinando-se que os Réus retomem a margem de lucro bruto médio praticada em julho do corrente ano, que correspondia a 10,2% (dez vírgula dois por cento) sobre o preço do litro de etanol comercializado, ou, subsidiariamente, seja reduzido o preço de venda do etanol hidratado até que o valor por eles praticado esteja compatível com aquele repassado pelas distribuidoras de combustíveis no respectivo período, sob pena de multa diária, para cada Demandado, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser recolhida ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, sem prejuízo da execução específica (art. 84, § 4º, do CDC) e

(...)

d) a procedência total do pedido, com a confirmação da tutela de urgência (Ibid.).

Posteriormente, por emenda à inicial, o referido órgão, com receio de que a medida judicial postulada implicasse fixação ou congelamento de preços, sob o argumento de que “as distribuidoras de combustíveis que fornecem gasolina, diesel e etanol hidratado aos postos localizados em Goiânia praticam valores de venda distintos umas das outras, de sorte que a determinação judicial que atenda à tutela ora requerida não tem o condão de igualar os preços praticados pelos postos, já que o próprio custo de aquisição do combustível junto às distribuidoras não será idêntico, o que também se aplica às demais despesas operacionais de cada fornecedor”, pediu apenas que os demandados retornassem “a margem de lucro bruto médio ao percentual praticado em julho do corrente ano, que correspondia a 10,2% (dez vírgula dois por cento) sobre o preço do litro de etanol adquirido das distribuidoras de combustíveis” (mov. 5 dos autos nº 5428221.62).



### 3.5 TESES JURÍDICAS APRESENTADAS PELOS POSTOS DE COMBUSTÍVEIS

Considerando que se trata de lides multitudinárias, com alguns postos representados pelo mesmo escritório de advocacia e, portanto, com repetição de argumentos jurídicos, serão a seguir arroladas as principais teses apresentadas nas contestações, alusivas ao pedido principal, qual seja, aumento abusivo do preço do etanol no segundo semestre de 2017, a título ilustrativo da problemática que envolve a celeuma:

I - Inépcia da inicial por não estar instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, bem como pela concomitância da abertura dos procedimentos administrativos e dos judiciais, sem análise da documentação pertinente e da necessidade da lide, como também por falta de individualização da decisão à realidade de cada empresa, ferindo, assim, o princípio da isonomia ao colocar todos os postos de combustíveis no mesmo rol de forma genérica e abstrata;

II - ausência de abusividade por premissa equivocada, porquanto baseada na margem bruta, como também pelo fato de que, no período indicado como parâmetro de retorno do percentual ideal (julho de 2017), os postos de combustíveis trabalhavam com preço promocional, técnica muito comum nesse tipo de mercado diante da alta competitividade e análise do cenário econômico;

III - incremento do preço influenciada também pela alteração da alíquota do ICMS no estado de Goiás de 22% (vinte e dois por cento) para 25% (vinte e cinco por cento), em novembro de 2017;

IV – medida do Governo Federal de majoração do custo de comercialização dos combustíveis ao efetivar o aumento do PIS/COFINS sobre os combustíveis, tanto a gasolina, o diesel e o etanol;

V - nova política de preços da Petrobrás inaugurada em julho de 2017, que alterou o sistema de reajuste dos combustíveis, passando a alinhar, de modo célere, inclusive, com reajustes diários, os preços nacionais segundo a variação do dólar e dos preços do barril de petróleo e seus derivados no mercado internacional;

VI - queda no volume diário de vendas em decorrência do aumento do preço do combustível, provocado pelos demais fatores, o que não foi acompanhado pela queda das despesas fixas (salários, aluguel, energia, dentre outras);

VII – inobservância dos descontos para vários segmentos que atendem à comunidade, mediante convênios, como, por exemplo: Táxis, Uber, Ambulâncias, OAB e outros, aplicados no preço estabelecido nas placas obrigatórias da ANP, e afetam diretamente a margem média do lucro apurada no dia e no mês;

VIII - ilegalidade do controle de preço e ofensa ao princípio da livre iniciativa;

IX - margem de lucro bruta de 10,2% sobre o litro do etanol alegado pelo PROCON e deferida na decisão liminar pelo juízo em questão não condizente com a praticada, por inviabilizar a atividade comercial, não suprimindo nem o custo operacional da empresa;

X - ausência de prazo de duração dos efeitos da liminar;

XI – irreversibilidade da liminar e perigo de demora consubstanciado no prejuízo gerado pelo estabelecimento de margem de lucro bruto;

XII – suspensão do processo até o trâmite do procedimento administrativo de nº 3571/2017 instaurado pelo PROCON, sob o argumento de que somente com o esgotamento da instância administrativa se verificará se o objeto dessa demanda possui ou não fundamento, nos termos do art. 313, inc. V do CPC;

XIII - queda das vendas de combustíveis no estado de Goiás, levando a período de promoções e legítima guerra de preços;

XIV - ofensa ao devido processo legal;

XV - legítima a prática de lucros até 20% (vinte por cento), nos moldes da Lei de Crimes Contra Economia Popular (Lei Federal n.º 1.521 de 1957) ao permitir a prática de lucros em até 1/5 (um quinto) do preço do produto ou serviço;

XVI – violação à legislação infraconstitucional, uma vez que a mesma lei citada na peça de ingresso da autora (Lei Federal n.º 12.529/2011) veda de forma textual qualquer conduta que tenha como finalidade definir/import/delimitar a margem de lucro de determinado agente econômico;

XVII – atropelamento da ordem natural dos atos, ao ajuizar ação civil pública antes de analisar a documentação dos requeridos, visando atender o clamor público e induziu o juízo a erro.

Vê-se, assim, uma vez mais, a complexidade da temática no seu aspecto econômico, a ser apreciada, uma vez judicializada a questão, por um magistrado que quiçá não tenha amplo conhecimento do tema.

### 3.6 DECISÕES PROFERIDAS NO CASO PARADIGMA

Nas ações civis públicas ajuizadas pelo PROCON, num primeiro momento, deferiu-se o pleito liminar para o fim de determinar aos réus que retornassem, imediatamente, à margem de lucro bruto médio praticada em julho do ano de 2017, correspondente a 10,2% (dez vírgula dois por cento) sobre o preço do litro de etanol adquirido das distribuidoras de combustíveis, sob pena de, em caso de descumprimento, a incidência de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para cada uma daqueles, sem prejuízo da implementação, caso necessário, das demais medidas coercitivas e indutivas (art. 139, IV, do Código de Processo Civil). Esse fato, por sua vez, ensejou o manejo de dezenas de agravos de instrumentos, no bojo dos quais se negaram os pedidos de concessão de efeito suspensivo ao decismum.

Posteriormente, sobreveio a revogação da liminar sob o argumento de que “as liminares que afetam a atividade empresarial/econômica, em razão do seu caráter genérico e excepcional, não devem produzir seus efeitos por prazo indeterminado, devendo a sua eficácia gerar mutações no mundo dos fatos enquanto necessárias ao adequado equilíbrio entre os interesses em tensão, quais sejam, livre concorrência versus defesa do consumidor.” (mov. 313 do autos nº 5428221.62).

Enquanto que a medida cautelar ajuizada pelo Ministério Público, apesar de também autuada em novembro de 2017, teve três aditivos à inicial, de forma que a liminar apenas foi apreciada em maio de 2018, ocasião em que foi indeferida por ter perdido “em parte, o sentido, diante da liminar deste Juízo concedida no âmbito das ações coletivas propostas pelo PROCON/GO” (mov. 66, processo nº 5437052.02.2017.8.09.0000), culminando com posterior extinção sem resolução de mérito (mov. 76, maio/2018), após manifestação do Parquet no sentido de que inexistia pedido principal a ser formulado.

Assim, o efeito temporal, nos casos, tendo em vista os quatro (4) meses sugeridos pela representante ministerial, fez com que o magistrado refluísse das decisões anteriores proferidas nas ações civis públicas, sob o entendimento de que a crise emergencial havia sido equacionada, levando, como consequência, à perda do objeto de dezenas de agravos de instrumentos interpostos contra o referido ato judicial.

Delineado o contexto fático que envolveu o caso inspirador do presente estudo, passa-se a breves considerações sobre casos de condenação de cartéis em duas grandes capitais nacionais.

### 3.7 CASO DE CARTEL NA CIDADE DE BELO HORIZONTE – MG

A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, no final de dezembro de 2014, ajuizou processo administrativo contra pessoas físicas e jurídicas, dentre aquelas de postos de combustíveis e funcionários de empresas revendedoras e, nestas, postos de combustíveis e empresas distribuidoras do produto pela suposta ocorrência de cartel referente ao alinhamento de preço da gasolina comum e etanol nas cidades de Belo Horizonte, Betim e Contagem, todas no estado de Minas Gerais, referente ao período de outubro de 2007 e abril de 2008, tendo sido protocolada sob o nº 08700.010769/2014-64.

Por oportuno, transcrevem-se as infrações à ordem econômica investigadas:

- a) Fixação ou prática, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, de preços e condições de venda de bens ou prestação de serviços;
- b) Obtenção ou influência à adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- c) Criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- d) Imposição, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, de 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; e
- e) Imposição de preços excessivos ou aumento sem justa causa do preço de bem ou serviço (CADE, 2019, online).

Após quase cinco anos de trâmite, sobreveio o voto condenatório proferido no âmbito do CADE, da relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende, decorrente da configuração de um cartel complexo, embasado principalmente em interceptações telefônicas realizadas pela Polícia Federal, que demandou uma organização e uma divisão interna entre um núcleo de lideranças e um grupo que seguia os direcionamentos da cúpula (postos “formadores de opinião”, ou “postos referência”), quais sejam, aqueles localizados em pontos estratégicos da cidade, com grande número de clientes e visibilidade.

Os preços fixados nesses postos eram espalhados para os demais por meio de vias urbanas estratégicas chamadas de “*corredores*” (PESQUISA, 2018, online), o que contou com a participação e atuação de diferentes agentes do mercado de combustíveis, entre eles revendedores, distribuidoras e o Sindicato Minaspetro.

As condenações deram-se na forma de multa para os postos revendedores de combustível, para os sócios e ou administradores dos respectivos estabelecimentos, para as distribuidoras do produto e para os funcionários destas que participaram do esquema, tendo ainda sido firmados Termos de Cessação de Conduta – TCCs culminando com a suspensão do processo em relação aos compromissários.

### 3.8 CASO DE CARTEL NA CIDADE DE BRASÍLIA – DF

Em que pese já ter havido condenação acerca da ocorrência de cartel em Brasília, no Distrito Federal, nos idos de 2004, pelo CADE, como se comprova pela consulta do Processo Administrativo nº 08000.024581/1994-77 (Ibid.), envolvendo o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (SINDIPETRO/DF) e duas redes de postos revendedores de combustíveis (Rede Gasol e Grupo Igrejinha), a prática foi objeto de nova investigação, cuja operação foi denominada Dubai, deflagrada em novembro de 2015, a fim de averiguar novamente o esquema de uniformização de preços de combustíveis no mercado do Distrito Federal - DF.

A atual denúncia (PESQUISA, 2018, online), que culminou com a formação do processo nº 2010011145451-9, descreve o funcionamento de cartel, mostrando que a organização criminosa atuou, no mínimo, de janeiro de 2011 a abril de 2016, para formar acordos de fixação de preços, tanto da gasolina quanto do etanol, no mercado de revenda e de distribuição da mencionada localidade. Além disso, abusou do poder econômico para eliminar a concorrência, por meio de retaliações comerciais a postos de gasolina que não seguissem as ordens da organização criminosa para aumentar os preços conjuntamente, e adotou ações para tornar inviável o consumo do etanol.

A investigação conjunta do Gaeco, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e da Polícia Federal desvendou a atuação de, ao menos, 13 redes de postos no cartel de combustíveis do Distrito Federal, apontando suspeitas de que os donos das redes combinavam os preços dos combustíveis em reuniões no sindicato e, com o passar do tempo, os acordos eram formulados por telefone e mensagens de Whatsapp. Dessa forma, a organização

criminosa avisava aos concorrentes o novo preço e a data em que todos deveriam aplicar o aumento.

A denúncia também abrange a atuação das distribuidoras BR, Ipiranga e Raízen/Shell no mercado do DF para eliminar a concorrência nas ‘guerras de preços’ (OPERAÇÃO, 2018, online). O papel delas na organização era financiar represálias comerciais contra revendedores dissidentes por meio da concessão de descontos, cujo objetivo era aniquilar o revendedor que reduziu preços.

As distribuidoras também agiam para boicotar o consumo de etanol, ao aumentar arbitrariamente o seu preço e impedir que concorresse com a gasolina. A intenção era manter a estabilidade da combinação de preços e a alta lucratividade no mercado do Distrito Federal.

### 3.9 PARÂMETROS PARA IDENTIFICAR OCORRÊNCIA DE CARTEL RELATIVO AO PREÇO DE COMBUSTÍVEL

Para a identificação de cartéis no varejo de combustíveis é necessário focar nas possíveis provas indiretas por meio da análise de dados econômicos em determinado período, uma vez que as provas diretas apoiadas em interceptações telefônicas, telemáticas, buscas e apreensões por certo, apesar de mais robustas, mostram-se mais difíceis de se concretizarem.

Ana Frazão, por sua vez, ao discorrer sobre a metodologia de análise e critérios probatórios dos cartéis salienta que, em razão da diversidade de práticas que podem ser empregadas pelos agentes econômicos em prejuízo da livre concorrência, mostra-se igualmente natural o desenvolvimento de distintos métodos de verificação da potencialidade lesiva da conduta (2017, p. 440).

Frazão acrescenta que a organização ilícita pode ser também constatada pela clandestinidade no agir das empresas, tentativa de intimidação de agentes não alinhados, criação de sistemas de monitoramento ou de qualquer outro elemento que demonstre uma tentativa racionalmente elaborada pelos investigados voltada à subtração ilícita da renda do consumidor (Op. Cit., p. 444).

Inconteste a dificuldade de identificação da prática de cartel, de forma que ganha relevo a busca por provas indiciárias para diferenciá-la do simples paralelismo natural de preços, tendo-se criado a doutrina do paralelismo plus, que autoriza a condenação do player mesmo sem evidências diretas, inclusive já utilizadas pelo CADE (Processo Administrativo nº

08000.015337/1997-48), uma vez que se veda o acordo formal ou informal, velado ou tácito, delineado especialmente quando não houver outra razão para que os investigados comportem-se com alinhamento de preço.

Do Caderno de Varejo da Gasolina lançado pelo CADE, anteriormente referenciado, considera-se que a jurisprudência da referida agência reguladora no mercado de combustível leva em consideração a definição de mercado relevante, concentração de mercado, barreiras à entrada e concessão, de forma que, em relação aos cartéis, leva-se em conta a margem média bruta ao longo do tempo no município investigado (Op. Cit., p. 27).

Assim, considera-se o setor de revenda de combustíveis como mercado competitivo tendente à prática de preços similares devido aos mecanismos de transparência e alto número de competitividade, devendo o paralelismo ser punido como ilícito concorrencial apenas diante de evidências de acordo colusivo, arrematando que “os indícios econômicos precisam estar acompanhados de provas diretas associadas à existência de um acordo colusivo, para que haja caracterização de conduta concertada e a condenação das partes. É a doutrina do paralelismo “plus”” (Ibid., p. 28).

Por certo que a utilização da margem bruta, verificável pelo preço médio de revenda e pelo de compra da distribuidora, não se mostra a melhor forma, podendo ser substituída, para melhor identificar a prática colusiva, a) pelo lucro líquido ou b) pela margem percentual, devido à evidenciada complexidade da formação do preço e peculiaridades de cada estabelecimento de revenda de combustível, destacando ainda a influência por acordos colusivos, tabelamento de preços pelas distribuidoras em especial para os postos bandeirados e carga fiscal de cada localidade.

A celeuma não se limita à capital goiana, de forma que se reputa oportuno destacar também decisão judicial da lavra do tribunal mato grossense de repúdio também à fixação de margem de lucro bruto:

[...] age açodadamente o magistrado que determina que o lucro da empresa revendedora de álcool se limite a 10% (dez por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal de aquisição já que, não deu vazão a outros aspectos relevantes pertinentes na formação do preço (transporte, salários, leis trabalhistas, leis sociais, evaporação do produto, etc.), devendo, por este aspecto, a decisão ser anulada para, de consequência, o feito prosseguir normalmente até decisão de mérito [...]. Antecipação de tutela temerária não pode ser convalidada sob pena de perpetrar verdadeiro arbítrio em detrimento da justiça equânime que é a própria equidade. [...] (TJMT. AI 00271988820078110000. Rel. Des. Sebastião de Moraes Filho. 3ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação 15/10/2007) (online).

Quanto mais filtros foram utilizados de forma conjunta para descortinar a prática do cartel, mais forte torna-se o indício e mais provável a punição das empresas envolvidas com vistas a atingir o propósito de proteção do aludido mercado, pois o propósito liberal saudável preconiza que os concorrentes devem formar seus preços sem ingerência dos rivais e sem uniformização.

Um estudo feito no âmbito da Escola Nacional de Administração Pública em setenta e sete cidades brasileiras, que apresentaram a maior quantidade de informações públicas de preços de gasolina, com base no Coeficiente Desvio Padrão/Média (CDPM), “definido como a razão entre o desvio padrão dos preços de venda do combustível pelo revendedor e a média desses preços; a margem de lucro dos distribuidores; e a correlação entre essas duas variáveis” (CARRIJO, 2019, p. 25, 29), apontou possível cartel em Goiânia, dentre os oito municípios com maiores risco, para o período do estudo ora proposto. Por oportuno, transcreve-se o seguinte trecho:

O Gráfico 7A, relativo ao coeficiente CDPM, mostra uma tendência de baixa variação de preços entre setembro/2013 e agosto/2018, quando 67% das semanas estiveram abaixo do valor referencial de 0,01. Apenas 3% das semanas apresentaram valores críticos abaixo de 0,0033 para o coeficiente.

O Gráfico 7B e o Gráfico 7D, sobre as margens de lucro da gasolina e do etanol, respectivamente, demonstram que no período de setembro/2013 a agosto/2018 houve três picos de aumento da margem, abrangendo os anos de 2014, 2016 e 2017 para a gasolina e 2014, 2017 e 2018 para o etanol.

A correlação entre coeficiente e margem de lucro foi levemente negativa para os dois combustíveis, sendo -0,08 para a gasolina e -0,06 para o etanol.

Conclui-se, assim, que há indícios de possível cartel no município de Goiânia (GO) para os anos 2014, 2016, 2017 e 2018 (Ibid.).

Destarte, em que pese a aplicação do princípio *in dubio pro reo* também para os ilícitos anticoncorrenciais, bem como não desconhecer a similaridade de preços devido à homogeneidade do produto, viável a adoção da teoria do paralelismo plus<sup>19</sup>, plus factors, diante da relevância das provas indiciárias, sob pena de “se reduzir drasticamente a efetividade da legislação antitruste” (FRAZÃO, 2017, p. 456).

### 3.10 OPERAÇÃO PESOS E MEDIDAS E FIEL DA BALANÇA DEFLAGRADAS PELA POLÍCIA FEDERAL NO ESTADO DE GOIÁS

<sup>19</sup> Um elemento adicional apto a demonstrar que o comportamento dos agentes econômicos no mercado não foi espontâneo (FORGIONI, 2015, p. 353).



Como visto, as falhas na fiscalização e/ou a análise econômica entre a lucratividade da prática de conduta anticoncorrencial e o valor de eventual multa administrativa ou quiçá condenação judicial não amedrontam os donos de postos de combustíveis.

Mesmo diante da repercussão sobre a investigação de suposta prática de cartel no segundo semestre de 2017 na cidade de Goiânia-GO, deflagrou-se também, no mesmo período, a Operação Pesos e Medidas, pela Polícia Federal, que culminou com a instauração de quatro ações penais, das quais calha destacar a de nº 32407-74.2017.4.01.3500, em trâmite na 5ª Vara da Justiça Federal em Goiânia-GO, na qual já foi proferida sentença condenatória em relação a quatro fiscais do Inmetro (MPF, 2019, online), pela prática de crime de concussão (art. 316 do Código Penal) decorrente da cobrança de propina de donos de postos de combustíveis para deixar de aferir as irregularidades nos bicos das bombas e na qualidade dos produtos entre extenso período de 2009 a 2017, cujas penas (MPF, 2018, online) foram de perdimento dos cargos, multas e as restritivas de liberdade substituídas por restritivas de direitos.

Prosseguiu-se, no ano seguinte, 2018, com a deflagração da segunda fase da operação, denominada Fiel da Balança (MPF, 2018, online), a qual identificou fiscais recebendo propina de donos de postos de combustíveis para omitirem a adulteração na volumetria da venda de gasolina e álcool e, a mando destes, faziam inspeções em postos concorrentes.

Com tais condutas os servidores públicos do Inmetro feriram o dever de agir com ética, causando graves danos ao consumidor e à garantia da livre concorrência, permitindo o funcionamento de parcela do mercado de venda de combustíveis de forma corrupta e desleal, levando uma vez mais a apuração das condutas à esfera judicial, uma vez que o poder regulador e fiscalizatório não só falhou como participou do esquema de corrupção.

Faz-se relevante, assim, que seja lançada luz sobre a problemática da regulação do setor, de abrangência nacional no que tange ao CADE, ANP e Inmetro, que apesar de imbuídos de importantes missões, realização de parcerias, elaboração de estudos e relatórios sobre o mercado de combustível, além de constante aprimoramento via estudos e refinamento de métodos de trabalho, conduzem frequentemente à deflagração de operações nos âmbitos administrativo, cível e penal, desembocando no Poder Judiciário para análise final.

A conduta motivadora do despertar deste estudo consiste em suposto acordo consistente no aumento abusivo do preço do etanol em determinado período na capital goiana, levando à investigação preliminar pelo Procon Goiás e judicialização da questão por meio de protocolo

de ações civis públicas por aquele e medidas cautelares pelo Ministério Público do Estado de Goiás, sendo igualmente relevante conceituar as supostas condutas anticompetitivas problematizadas, bem como entender a formação do preço do produto com intuito de demonstrar a complexidade do tema, como também exemplificar casos tidos como paradigmas.

Nesse contexto, passa-se, no próximo capítulo, à análise da intervenção estatal via atuação do Poder Judiciário no mercado de combustível.

## 4 INTERVENÇÃO DO ESTADO VIA DECISÃO JUDICIAL

Pacífica a premissa segundo a qual os atos administrativos são passíveis de controle judicial, tendo se cristalizado pela teoria mais tradicional do Direito Administrativo que tal controle limita-se ao aspecto da legalidade, que abarca não só a atribuição da autoridade praticante do ato, como também as formalidades extrínsecas, além dos aspectos de fato e de direito à luz dos princípios da razoabilidade, conveniência, oportunidade e economicidade.

Hely Lopes Meirelles afirma que: "Controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro" (2016, p.795).

No ordenamento pátrio, os chamados *hard cases* destacam a importância da análise da intervenção judicial nos atos administrativos praticados pelo Estado no desempenho de sua atividade regulatória, uma vez que, especificamente, no caso das agências reguladoras, por serem dotadas de autonomia e discricionariedade técnica, seu controle de mérito causa tensão devido ao tênue liame com o princípio constitucional da separação de poderes.

Especialmente no caso do mercado de combustível, ainda deve-se levar em consideração se a intervenção judicial seria capaz de causar, no caso do cartel de combustível, o efeito indesejado, qual seja, o alinhamento de preço ao, por exemplo, limitar a margem de lucro bruto de postos revendedores de combustíveis de determinada localidade por determinado período.

A celeuma, então, merece ser analisada sob a ótica das formas de intervenção, deferente ou ativista.

### 4.1 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA DIANTE DA FALHA DA REGULAÇÃO NO MERCADO DE COMBUSTÍVEL NA CIDADE DE GOIÂNIA-GOIÁS

Como bem elucida Rogério Gesta Leal, "*o problema do custo social* vai inaugurar, a partir da década de 1960, preocupações mais sistematizadas deste diálogo Direito e Economia" (2010, p. 19).

No Brasil, a mudança de Estado liberal para Estado regulador no século XX significou, a grosso modo, à luz da tendência mundial de modernização e globalização das atividades

econômicas, a passagem da atuação direta para indireta, porquanto, de acordo com o ideal esculpido na Constituição Federal, a atuação “como agente normativo e regulador” volta-se ao exercício das “funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (caput do art. 174 da Constituição Federal).

Essa sistemática atual consiste num meio termo entre os modelos de Estado Liberal e Estado Intervencionista ou *Welfare State*, buscando a maximização do bem-estar social, sem, entretanto, incorrer nos altos riscos provenientes da abertura desregrada do mercado.

Voltando-se à situação em discussão neste trabalho, denota-se, assim, que o que é vedado em nosso ordenamento jurídico não é o aumento de preços, mas o alinhamento combinado (concorrência artificial) e o aumento injustificado, não devendo os vendedores aplicarem um valor desarrazoado em relação ao lucro bruto da receita por litro de combustível vendido.

Ademais, não se pode confundir o paralelismo de preços com cartel, pois aquele, aceito pelo CADE e perante o Poder Judiciário, consiste na fixação de preços iguais ou similares sem que haja, entretanto, uma combinação de preços ou a manipulação do mercado para auferir lucros exorbitantes.

Paula Forgioni (2015) conceitua cartel como avença entre empresas concorrentes que visam neutralizar a concorrência existente entre elas, tendo como objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e, com isso, conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica; enquanto paralelismo consciente ou colusão tácita pode ser entendido como a prática de preços semelhantes decorrentes do comportamento uniforme das empresas ou funcionamento “normal” do mercado.

Para configuração do ilícito antitruste é preciso que haja prova do acordo entre os postos revendedores com relação a alguma variável comercialmente sensível, de forma que, por se tratar de matéria complexa, via de regra, deve o cartel ser apurado mediante processo administrativo a ser tramitado no órgão fiscalizador próprio (CADE), com competência e conhecimento técnico necessário, especialmente na área de combustível.

Nesse caso, teoricamente, as distribuidoras vendem o insumo por preços praticamente idênticos e o revendedor conquista o consumidor oferecendo preço atrativo de acordo com o volume vendido e o custo operacional de seu estabelecimento, aliado aos serviços congêneres eventualmente explorados conjuntamente.

Sobre a prova da ocorrência de cartel, nas lições de Forgioni:

A questão é que a prova da combinação entre os agentes econômicos é difícil de ser obtida. [...] Valendo-nos da expressão em língua inglesa, no que tange às combinações, é difícil encontrar uma smoking gun; não se há de esperar que o agente econômico lavre ata da reunião em que foi acertado o aumento de preços entre os concorrentes (Op. Cit., p. 352).

Todavia, o problema não pode ser justificado no custo da fiscalização pelos órgãos reguladores, mas na ânsia de lucro desmedido, motivadora da prática de condutas anticoncorrenciais e criminais (como, por exemplo, concussão e corrupção passiva), perpetuando o cenário de concorrência desleal e imperfeita, gerando insegurança social e jurídica, além de prejuízos de ordem econômica com o fechamento de empresas, redução das atividades de multinacionais no país, dentre outras, impactando mercados diversos porque o combustível trata-se de matéria-prima largamente utilizada.

Nessa esteira, a intervenção do Estado no setor econômico, máxime no preço de combustíveis, não tem espaço como situação corriqueira, devido à abertura de comércio, trazendo como conclusão lógica e cognitiva que se afigura medida daquelas tidas por excepcionais e drásticas, cuja ação deve ser regida pelo princípio da subsidiariedade, tanto é que a decisão revogadora da liminar proferida na ação civil pública nº 5428221.62.2017.8.09.0051, em trâmite na capital goiana, referente à suposta formação de cartel relativo ao preço do etanol no ano de 2017, fundou-se na premissa segundo a qual as liminares que afetam a atividade empresarial/econômica, em razão do seu caráter genérico e excepcional, não devem produzir seus efeitos por prazo indeterminado.

É fácil pensar, assim, que as vias preventivas de solução do conflito podem ser a solução da celeuma<sup>20</sup>. No caso do mercado de revenda de combustível, possível arrolar:

I – triagem de condutas tendo como parâmetro o aumento superior a 20% do produto, com base na Lei de Crimes Contra Economia Popular (n.º 1.521 de 1957), ao permitir a prática de lucros em até 1/5 (um quinto) do preço do produto ou serviço;

II - firmar acordo de cooperação técnica entre órgãos federais e estaduais – Ministérios Públicos estaduais e federais, Polícias Civil e Federal, Agências Reguladoras, órgãos de controle e de defesa do consumidor, além das Corregedorias;

<sup>20</sup> Segundo Ana Frazão, por advocacia de concorrência entende-se qualquer ação de promoção de concorrência que não esteja relacionada às ações de *enforcement* ou pertençam ao controle de estruturas e de condutas. (2017, p. 67-68). Enquanto André Luiz Santa Cruz Ramos arrola como medidas típicas: realização de congressos, seminários, palestras, concursos ou outros eventos de cunho acadêmico com o objetivo de divulgar a importância da livre concorrência; manifestação prévia em projetos ou propostas de atos normativos que possam ter impacto negativo no ambiente concorrencial; atuação em processos judiciais nos quais se discutem questões jurídicas que possam provocar efeitos anticompetitivos; entre outras. (2015, p. 251).

III - firmar TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) ou TCC (Termo de Compromisso de Cessação de Conduta) com os postos de combustíveis;

IV - esgotar a investigação administrativa antes do manejo da ação principal ou propor inicialmente apenas medida cautelar preparatória; e

V - autorregulação por intermédio do fomento de posturas proativas por parte dos regulados, em especial pela advocacia da concorrência.

Oportuno, ainda, acrescentar a apresentação do Projeto de Lei Federal nº 1.639/2019 pelo deputado Federal Hugo Motta, para, modificando a atual Lei Federal nº 9.478/98 (Lei do Petróleo), fomentar a concorrência no setor de combustíveis, reduzir os preços praticados no setor e aumentar a eficiência de fornecimento e comercialização do mercado.

As medidas desse projeto de lei visam combater diretamente os principais entraves da atual legislação — percebidos pelo CADE, tanto que são objeto dos aludidos inquéritos administrativos — de forma a:

- permitir a comercialização direta entre os produtos e os revendedores (onde seja viável tal operação), para aumentar a eficiência da operação e reduzir os custos;
- flexibilizar a regra de fidelidade à bandeira, de forma que os postos de combustíveis possam comprar uma parcela de seu combustível de outros fornecedores (aumenta a concorrência entre os fornecedores e, assim, pressiona os preços para baixo);
- permitir a verticalização entre distribuidores e revendedores, o que, segundo o Cade, aumenta a eficiência da operação e contribui para a redução dos preços;
- permitir as bombas de autosserviço, operadas pelo próprio consumidor.

O referido projeto segue a política de defesa da ordem econômica adotada pelo CADE implementando medidas que contribuirão para o aumento da concorrência e para redução da concentração de mercado no setor de petróleo e combustíveis, o que, por certo, provocará aumento na eficiência alocativa entre os players do mercado e redução no preço final do produto ofertado ao consumidor, cenário favorável a toda a sociedade.

Contudo, tais medidas não possuem o caráter de imediatidade e coercibilidade afeto a uma decisão judicial liminar, de forma que, a par da necessidade de fiscalização do mercado de combustível pelos órgãos administrativos, destacando-se que, no âmbito do CADE, também constam, como procedimentos, as medidas cautelar e preventiva (incs. V e VI do art. 23 da Resolução nº 45/2007 – Regimento Interno), sendo imperioso e relevante valer-se do inafastável controle judicial.

## 4.2 ATIVIDADE REGULATÓRIA X ATIVIDADE JURISDICIONAL

A atividade regulatória, ao contrário da judicial, possui natureza multipolarizada “no sentido de envolverem a ponderação e o balanceamento de múltiplos interesses contrapostos (indústria regulada, consumidores, Estado, população em geral), de modo a conferir equilíbrio técnico e democrático ao setor regulado” (JORDÃO, 2016, p. 136).

A judicialização de questões políticas ou sociais decorre da expansão da sociedade e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número enorme de regulações (leis, medidas provisórias, decretos, portarias, dentre outros) e que encontra seu ponto de capilarização no Poder Judiciário, aumentando na medida em que majora os indicadores de inefetividade dos direitos fundamentais, os índices de produção legislativa e da litigiosidade social.

Em virtude do princípio da inafastabilidade do controle judicial, disposto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal, uma vez judicializada a questão econômica corre-se o risco de cometimento de exageros decorrentes da ausência de tecnicidade sobre o tema econômico por parte dos magistrados, que, muitas vezes, precisam valer-se de perícias contábeis, caindo, assim, em, talvez, mais um equívoco: a transferência da discricionariedade técnica da Agência Reguladora para os experts indicados pelos juízes.

É inegável a tendência de ampliação desse controle para além do critério da legalidade, sendo oportuno destacar o pensamento de Binenbojm (2006, p. 142) no sentido de que “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”, de forma a legitimar um alargamento dessa função.

O alargamento do controle judicial constitui desafio trazido pela modernidade e complexidade das relações jurídicas, tornando necessário o entrelaçamento de temas econômicos que permeiam a sociedade de risco<sup>21</sup> com o direito privado.

#### **4.2.1 Discricionariedade**

Para adentrar a questão da discricionariedade, compreendida como a liberdade do administrador dentro dos limites legais e da missão institucional de determinado órgão

<sup>21</sup> De acordo com o sociólogo britânico Anthony Giddens, uma sociedade de risco é "uma sociedade cada vez mais preocupada com o futuro (e também com a segurança), o que gera a noção de risco", [3] enquanto o sociólogo alemão Ulrich Beck define como "uma forma sistemática de lidar com perigos e inseguranças induzidas e introduzidas pela própria modernização" (SOCIEDADE, 2019, online).

regulador, calha transcrever o conceito exposto por Maria Silvia Zanella Di Pietro, bem como sua conclusão sobre a dualidade de correntes entre os adeptos da ampliação e restrição da discricionariedade técnica ou imprópria:

[...] a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito.

[...]

Essa mesma dualidade de tendências verifica-se com relação à chamada discricionariedade técnica: os da primeira corrente defendem a impossibilidade de apreciação judicial, exatamente por envolver aspecto técnico que compete à Administração Pública definir; os da segunda corrente defendem, com razão, a possibilidade de apreciação judicial, já que não se trata de verdadeira discricionariedade; se é técnica, pode levar a uma solução única com o auxílio de peritos. Onde não existe possibilidade de opção para a Administração Pública entre duas ou mais soluções válidas perante o direito não se pode falar em discricionariedade. Em consequência, a apreciação judicial é sempre possível (2018, p. 75 e 77).

Interessante também as considerações de Sérgio Guerra em artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico:

Com essa complexidade e tecnicidade, se, de um lado, a doutrina sustenta uma maior participação do Poder Judiciário na sindicância dos atos administrativos discricionários, para evitar-se o arbítrio do administrador, de outro também é defendida uma comedida e moderada atuação das funções jurisdicionais na revisão desses atos, haja vista o risco do magistrado usurpar a competência (técnica) do Administrador. (2010, p. 3).

Por discricionariedade regulatória ou técnica, compreende-se, desse modo, uma subespécie da discricionariedade administrativa por centrar-se num conhecimento técnico especializado, decorrente da criação de determinado órgão regulador, mediante concessão de delegação e autonomia criadas por lei, com dever de agir dentro dos moldes da missão e função institucional.

Essa “autonomia” baseada em requisitos técnicos e científicos, os quais, muitas vezes, tratam-se de cláusulas abertas e enunciados indeterminados, leva alguns doutrinadores à conclusão de que, na verdade, não há discricionariedade.

Massimo Severo Giannini reputa, assim, o termo equivocado, enquanto que Floriano de Azevedo Marque Neto defende a ideia de que a atividade das agências reguladoras é menos discricionária do que a atividade estatal exercida pelo órgão central (ABRÃO, 2008).

À luz desse tema, segundo defendido pela maioria dos doutrinadores e aplicadores do Direito, o controle judicial dos atos emanados pela agência reguladora deve ser de baixa



intensidade, ou seja, sem interferência no mérito, corrente encampada pela jurisprudência majoritária dos Tribunais pátrios, representada pelos seguintes arestos:

[...] 6. No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade, de maneira que se mostra inviável a análise das provas constantes no processo disciplinar para adotar conclusão diversa da fixada pela autoridade administrativa competente. (STJ. 1ª Seção. MS 22289/DF. Rel. Min. Gurgel de Faria. DJe 25/10/2018)

[...] 8. Para preservação da autonomia e imparcialidade técnica das agências reguladoras, quatro pilares devem ser respeitados, segundo Valter Shuenquener de Araújo: a regra do mandato fixo, o princípio da menor intensidade (deferência) no controle dos atos das agências, a vedação de contingenciamento de seus recursos orçamentários e a impossibilidade de supressão de competências das agências por medida provisória. 9. O intervencionismo judicial não pode ultrapassar o conhecimento técnico evidenciado nos devidos processos administrativos que, amparados pelos substratos fáticos específicos, detêm alta cognição técnica. Os magistrados, apesar do vasto conhecimento na área jurídica, nem sempre são dotados de conhecimentos que o especialista em regulação de telecomunicações domina. 10. Não há dúvidas de que o Plano Geral de Metas para Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público - PGMU, instituído pelo Decreto 4.769/2003, não apenas deve ser respeitado pelos agentes regulados, como principalmente merece ser tomado como paradigma para as decisões do Poder Judiciário, no âmbito do controle judicial, sobre os atos administrativos. [...]. (STJ. 2ª Turma. AREsp 1577194/RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 27/02/2020)

[...] Cumpre ressaltar que não deve o Judiciário, por motivos prudência e deferência, adentrar no mérito do ato administrativo, salvo nos casos de ilegalidade, o que não se verifica na espécie. [...]. (TRF2. 8ª Turma Especializada. Apelação n. 201151010015081. Rel. Des. Vera Lúcia Lima. Data de Decisão: 02/06/2020. Data de Disponibilização: 05/06/2020 [Grifo original] (2020, online).

Como visto, a regra consiste em evitar que o Poder Judiciário interfira na questão de mérito das decisões administrativas, composto pelo binômio conveniência<sup>22</sup> e oportunidade<sup>23</sup>, limitando-se à verificação da legalidade do ato.

Segundo Odete Medauar, o mérito administrativo consiste no juízo de conveniência e oportunidade da escolha do administrador, visando atender o interesse público (2009, p. 112). Enquanto Celso Antônio Bandeira de Mello entende-o como o espaço de liberdade que

<sup>22</sup> Termo ligado ao objeto, ou seja, a alteração jurídica que se pretende introduzir nas situações e relações sujeita à atividade administrativa do Estado. (SILVA, 2006, online).

<sup>23</sup> Termo ligado ao motivo, isto é, o pressuposto de fato ou de direito, que possibilita ou determina o ato administrativo (SILVA, 2006, online).

permite o agente público tomar uma decisão diante da oportunidade e conveniência (2009, p. 965).

José dos Santos Carvalho Filho explicita que, na tomada de decisões, não pode o administrador imiscuir-se em questões como competência, finalidade e forma, posto que legalmente definidos, sendo tão somente permitido apreciar o motivo e o objeto a fim de atingir o interesse público (2011, p. 15).

A questão do mérito administrativo é polêmico e delicado, levando ao desafio da defesa da preponderância da discricionariedade técnica, que se volta essencialmente à obtenção de melhor resultado devido à atuação diuturna de determinado setor regulador em contrapartida com a atuação esporádica dos magistrados.

Destarte, afastando-se o controle judicial motivado na discricionariedade técnica preservar-se-á o mérito administrativo.

Sérgio Guerra pondera conclusivamente que:

[...] se a Agência Reguladora identificar mais de uma possibilidade técnica, igualmente satisfatória, deveria estar vedada ao Poder Judiciário sua anulação, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, nos casos de inobservância de elementos indispensáveis à conformação do ato regulatório, o magistrado deve remeter o caso ao órgão superior da Agência Reguladora, para nova avaliação dos aspectos que maculam o ato e, assim, proferir nova decisão (2010, p. 23).

Forçoso reconhecer que a matéria não deve ser taxada de forma objetiva, sob a justificativa de angariar maior segurança jurídica e credibilidade ao órgão regulador, uma vez que se vive numa sociedade moderna de riscos com grande complexidade em determinados temas administrativos, cuja situação invariavelmente demandará a análise do mérito pelo julgador e não apenas a verificação da legalidade da medida adotada.

As considerações de Barroso (2003), neste sentido, são oportunas:

O conhecimento convencional no sentido de não ser possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Nesta nova realidade, destacam-se princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. À luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável – ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – constitui, evidentemente, um exame de mérito.

[...], no tocante às decisões das agências reguladoras, *a posição do Judiciário deve ser de relativa auto-contenção*, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou

moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente *no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo* (p. 117).

Por outro lado, Eduardo Jordão (2016) aponta como solução voltada à redução da falta de expertise técnica dos tribunais a especialização de unidades judiciárias e a previsão legislativa a um perito do juízo, arrematando que o esforço de adaptação do controle judicial às características da decisão administrativa não levam a uma solução única e inexorável, havendo muito espaço para escolhas.

A complexidade do mercado de revenda de combustível conduz a duas vertentes possíveis: a intervenção judicial mínima tende a preservar a atividade regulatória enquanto a intervenção intensa, com atribuição da palavra final de mérito ao Poder Judiciário, pode equilibrar as falhas da atividade regulatória, desde que sejam descortinados vícios de atuação, sem que, com isso, ocasione conflitos à separação de poderes.

A melhor solução, desse modo, consiste na conclusão sugerida por Eduardo Jordão no sentido de que a discricionariedade técnica por si só não é capaz de resolver o problema da intensidade do controle judicial de decisões administrativas relativas ao controle regulador, devendo cada caso ser analisado à luz de suas especificidades.

#### **4.2.2 Interpretação prospectiva das Agências Reguladoras**

Primeiramente, é importante ter em vista a tese da deslegalização das agências reguladoras, consistente na retirada pelo legislador de matérias a serem normatizadas por força de lei para o domínio do regulamento, implicando, assim, a necessidade de realização de atividade hermenêutica pelo agente administrativo, pelo advogado ou pelo juiz, devendo qualquer deles não se descuidar da característica de que os atos normativos e decisórios proferidos por aquela são pensados voltados para o futuro.

Eduardo Jordão salienta que:

A regulação econômica consiste num esforço para moldar a estrutura e o funcionamento dos mercados. Para o desempenho desta atividade é bastante comum que o regulador seja obrigado a realizar análises prognósticas, voltadas a prever os efeitos de medidas governamentais ou operações empresariais no mercado considerado (2016, p. 132).

A atividade judicial em regra destina-se à aplicação do Direito a fatos pregressos, enquanto as medidas regulatórias visam às análises prospectivas.

Cabe às agências reguladoras executar políticas públicas setoriais a partir dos atos normativos relativos à sua criação, contudo a função hermenêutica sempre comporta espaço subjetivo, no caso, de caráter político, por se tratarem de autarquias, de forma que, na lição de Aragão, tratar-se-ia do princípio da Retroalimentação da Regulação, segundo o qual

não há como se sustentar que todos os aspectos políticos dos setores regulados ficaram retidos na Administração central, cabendo às agências reguladoras apenas a sua execução autômata e técnico-burocrática (2009, p. 363).

Visa-se com essa linha de interpretação reforçar a predominância das escolhas técnicas, elevando a característica da discricionariedade técnica como limite do controle judicial. Por predominância, entende-se a regra, a dominância de determinada posição, valendo a utilização do ativismo judicial em determinados casos que envolvam a necessidade da atuação jurisdicional liminar ou meritória sem descuidar do princípio constitucional da razoabilidade.

### **4.2.3 Ativismo judicial x Atuação Deferente**

#### *4.2.3.1 Ativismo Judicial*

O ativismo judicial decorrente da judicialização<sup>24</sup>, incrementada pela redemocratização do país, que aflorou os anseios de concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, pode ser conceituado como um fenômeno jurídico consistente numa postura proativa do Poder Judiciário na interferência nas opções políticas dos demais poderes.

Primeiramente, cumpre aclarar, nas palavras de Lenio Streck, que “o problema do ativismo é muito maior do que o da judicialização” (2016, p. 723), segundo ele pelo fato de que esta é contingencial e aquele liga-se à resposta que os magistrados oferecem à questão afeta à sua análise.

Com vista a conceituar o fenômeno do ativismo judicial, Campos traça diretrizes:

Defino o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (2014, p. 164).

<sup>24</sup> “Significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário (...)”. (BARROSO, 2012, p. 24).

Registra-se interessante também o duplo sentido apontado por Lunardi e Dimoulis:

- a. Ativismo no sentido da intensa atividade do Judiciário para fiscalizar e modificar decisões do Legislativo. Trata-se de um ativismo quantitativo.
- b. Ativismo no sentido de utilização de formas de interpretação e de relação processual que aumentam os poderes dos magistrados. Esse seria um ativismo qualitativo, atuando o Tribunal como legislador, muitas vezes sob o pretexto da interpretação ou da colmatação de lacunas (2016. p. 168).

Interessa, nesta dissertação, o conceito qualitativo interferindo na seara de atividade do Poder Executivo.

A atuação do Poder Judiciário, segundo a Constituição Federal vigente, funda-se no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV da CF), também chamado de cláusula de acesso à justiça, decorrente do direito de ação.

Esse papel de destaque tem sido fortemente exercido via controle de constitucionalidade de leis, como também impondo condutas ou abstenção de condutas endereçadas ao Poder Público. Cabe aqui exemplificar a questão no âmbito jurisprudencial, respectivamente:

[...] 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF. Tribunal Pleno. ADI 1950. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 03/11/2005. Publicação: 02/06/2006).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO FORA DA LISTA DO SUS. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STF. 1ª Turma. ARE 831915 AgR/RR. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 05/04/2016. Publicação: 04/05/2016, sublinhei) (online).

Diante da crescente difusão desse fenômeno, a doutrina jurídica muito tem discutido sobre a teoria da decisão judicial a fim de estabelecer uma dimensão hermenêutica do conceito de ativismo judicial.

Nesse diapasão, não se pode deixar de destacar o pensamento de Ronald Dworkin, inspirado pela hermenêutica filosófica contemporânea, ao afirmar um ideal construtivista de decisão judicial, baseado no princípio do direito como integridade. Dworkin conjuga as ideias de comunidade de princípios e integralidade do direito para o modelo de juiz ideal, em que o

juiz Hércules é capaz de atingir a melhor decisão, por meio da adoção de uma estratégia diferente da subsunção direta da lei ao fato:

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes de direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (2002. p. 182).

Para Dworkin, o ativismo judicial funda-se em “aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas” (Ibid. p. 215) e desenvolver princípios gerais à luz da visão moral da Suprema Corte.

Dworkin salienta que o direito como integridade espera que o juiz esteja pronto para por a prova sua interpretação a fim de que seja avaliada e comparada com as demais decisões de sua comunidade, para que, assim, possa ser vista como uma interpretação plena de todo direito por sua comunidade. Muito importante ressaltar sobre essa relação entre a decisão e expectativa da comunidade, pois, isso faz com que se possa visualizar a democracia no meio judiciário.

Não se pode deixar de destacar a Teoria da Decisão de Lênio Streck, construída a partir de uma justaposição entre Gadamer<sup>25</sup> e Dworkin, que visa estabelecer o horizonte teórico apropriado para que as decisões judiciais construam respostas adequadas à Constituição. A teoria da decisão proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito contempla uma série de critérios e perguntas que devem ser feitas antes da tomada de uma decisão judicial, sobressaindo o texto denominado de “Resposta adequada à constituição (resposta correta)” do Dicionário de Hermenêutica, que traz esse elenco de critérios de forma bem sistematizada:

Assim, um juiz somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses: (i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face dos critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional, entendido este como um padrão, do modo como explicitado em Verdade e Consenso. Fora dessas hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar, passando a ser um dever fundamental (STRECK, 2017).

<sup>25</sup> “Ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer.” (STRECK, 2016, p. 730).

Para Streck, ativismo judicial consiste em uma “atuação judicial que extrapola os limites jurídicos (Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência, etc) e/ou invade a competência dos demais Poderes” (Ibid.).

Nesse mesmo sentido, Anderson Vichinkeski Teixeira pondera:

O ato de decidir não pode estar limitado a dar uma resposta ao caso concreto. O julgador orientado pela mera necessidade de responder acaba se afastando da necessidade de julgar, isto é, da necessidade de ponderar os principais elementos que compõem o caso concreto; de considerar também as omissões dos demais Poderes pelas quais as partes já foram submetidas; de analisar, enfim, os impactos que a sua decisão produzirá na realidade material e como ela terminará se constituindo, ou não, em um instrumento de proteção dos direitos fundamentais e de garantia da supremacia da Constituição. (2012, p. 50).

Já para Luís Roberto Barroso, defensor do Ativismo Judicial, o fenômeno dá-se com aplicação direta do texto constitucional, seja pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada norma ou pela “imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (2012, p. 29).

Pode-se, então, dizer que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, teve início a busca teórica e judicial pela conquista de efetividade das normas constitucionais, culminando com a necessidade de maior enfoque sobre a interpretação constitucional, com isso, alargando-se a visão de que a decisão judicial é um ato também de escolha política.

O referido marco histórico gerou ampla judicialização das relações sociais no país, muito decorrente também da nossa Constituição Federal prolixa e abrangente, ocasionando, assim, incremento na subjetividade judicial.

Nesse contexto, paulatinamente, os juízes, diante da dificuldade de não se fazer a subsunção dos fatos à norma, ou seja, com enquadramento da conduta à legislação regente, buscam a solução da lide na seara interpretativa, filosófica, como também nas Ciências Sociais, na Economia (Análise Econômica do Direito) e na psicologia, além de conferir normatividade aos princípios, desembocando na máxima de que toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição e tornando comum a maior participação subjetiva do juiz.

Todavia, o intérprete judicial não deve afastar-se dos deveres de integridade e coerência. Tampouco cabe ao Estado impor ou intervir na relação de consumo, até mesmo porque, voltando-se às premissas delineadas neste estudo, o mercado deve-se orientar no sentido de que o consumidor escolha o fornecedor que lhe apresente melhores condições possíveis de qualidade, quantidade, preço e formas de pagamento.



A crise democrática, consistente no descrédito dos Poderes Legislativo e Executivo, fortaleceu o Poder Judiciário, dando especial importância ao papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos dos demais Poderes, uma vez que os magistrados não foram escolhidos pela vontade popular. Nas palavras de Isaac Kofk Medeiros: “Trata-se do que será chamado de doutrina do controle não deferente ou neoconstitucionalismo administrativista” (2020. p. 108).

O ativismo no Brasil inegavelmente trouxe decisões certamente com aspectos positivos na área de políticas públicas, como, por exemplo, as tomadas em milhares de ações voltadas ao fornecimento de medicamentos e procedimentos cirúrgicos, além de vagas em creche, baseadas, respectivamente, no direito à saúde e à educação, mitigando o princípio da reserva do possível, impondo condutas ou abstenção de condutas endereçadas ao Poder Público, sob o escudo de o Poder Judiciário promover a efetivação dos direitos fundamentais em situações em que os outros Poderes são omissos, morosos ou ineficientes.

Contudo, a judicialização desses temas e a postura proativa do Poder Judiciário causam efeitos negativos nos orçamentos públicos, incentivando a utilização crescente das demandas judiciais em áreas que seriam afetas ao Poder Executivo, que colhe os frutos da crise pela qual passa, especialmente fundada na cultura de corrupção e ineficiência histórica dos políticos brasileiros.

Na hipótese, a principal decisão utilizada como paradigma deste trabalho acadêmico, que acolheu temporariamente pedido do PROCON-Goiás voltado à limitação da taxa de lucro bruto do preço do combustível na cidade de Goiânia, possui viés ativista, pois, apesar de baseada na proteção constitucional da defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII da Constituição Federal) interfere na política de liberdade de fixação de preço do combustível decorrente de um longo processo de desregulação e política pública de neoliberalismo.

Todavia, difícil fechar os olhos para essa realidade em prol da separação dos poderes, uma vez que os revendedores adquirem os combustíveis e insumos a preços diferentes, em que pese similares devido ao oligopólio das empresas distribuidoras, especialmente os postos bandeiras brancas, além de possuírem custos e obrigações distintas, como também encontrarem-se em fases diversas de desenvolvimento e estabilidade no mercado local em que atuam, mas mesmo assim praticam muitas vezes preços idênticos ou estreitamente



semelhantes, dificultando emplacar a tese de alinhamento natural de preços ou atuação meramente com intuito de evitar a guerra de preços.

Para Luis Roberto Barroso, o oposto do ativismo pode ser conceituado como “autocontenção judicial”<sup>26</sup>, importando, neste estudo, a linha de abstenção na interferência das políticas públicas, a seguir tratada como “atuação deferente”.

#### 4.2.3.2 Atuação Deferente

Consoante já explicitado, é inegável a melhor posição da Administração Pública para tomada de decisões, em especial as agências reguladoras e executivas (governamentais), devido à expertise que desenvolvem (discricionariedade técnica) e à interpretação prospectiva norteadora dos atos proferidos, justificando, assim, uma postura de deferência no ordenamento judicial brasileiro, expressamente prevista no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>27</sup> (LINDB – Decreto-lei nº 4.657/1942).

Segundo Eduardo Jordão, o termo “deferência” judicial refere-se à adoção de uma “postura autorrestritiva no controle que operam sobre as decisões administrativas”, ou seja, ocorre quando os magistrados limitam-se a avaliar a razoabilidade da decisão do gestor, evitando oferecer sua própria solução (2016, p. 50).

É fácil a aplicação da teoria de controle judicial deferente em *soft cases*, como, por exemplo, os que envolvem aplicação de multas administrativas, uma vez que se limitam à análise da legalidade do ato<sup>28</sup>.

Mas também se encontram casos de sua aplicação em *hard cases*, como no RE nº 10839955/DF, julgado em 2019, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal manteve decisão

<sup>26</sup> “Conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes”. (Barroso, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 24).

<sup>27</sup> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

<sup>28</sup> (...) 2. A escolha da penalidade aplicável é atividade administrativa enquadrada no âmbito do poder discricionário da autoridade fiscalizadora e o enquadramento de infrações como leves, graves ou gravíssimas pode ser feito em regulamento, sem violação ao princípio da legalidade, até mesmo em razão do disposto no art. 3º da Lei nº 9.933/99, que atribui competência do INMETRO para regulamentação da matéria. 3. Tendo a autuação ocorrido de acordo com as determinações legais e em observância aos princípios norteadores da atividade administrativa, correta a aplicação da multa. (...) (TRF4, AC 0003740-55.2008.404.7204, Terceira Turma, Relator João Pedro Gebran Neto, D.E. 24/08/2011) (online).

administrativa do CADE, que impôs penalidades às empresas envolvidas na formação de cartel no Distrito Federal<sup>29</sup>.

O enfoque do presente estudo, como já expresso em outras passagens, consiste em hard cases envolvendo mercado de combustível. De forma que, aprioristicamente, o exercício do poder regulador deveria ser preservado, situação que dá margem, inclusive, ao questionamento acerca da competência do Poder Judiciário em detrimento do CADE.

Contudo, não se pode olvidar que, apesar da aparente autonomia das agências reguladoras, as políticas públicas desenvolvidas por elas emanam do órgão central, qual seja, da orientação política vigente em determinado período. Enquanto no âmbito judicial, a imparcialidade afastaria, em tese, essa tendência política.

Mas se pode dizer que o princípio da deferência separa o que é controle do que é gestão, com intuito de diminuir a probabilidade de subjetivismo judicial com base em critérios de razoabilidade, podendo ser utilizado como valioso instrumento de proteção das atividades da Administração Pública (MEDEIROS, 2020, p. 218).

Passa-se, então, à análise da intervenção estatal, por intermédio do Poder Judiciário, sobre o preço do combustível.

#### 4.2.4 Intervenção judicial sobre o preço do combustível

A princípio, parte-se da premissa segundo a qual o controle judicial dos atos administrativos é necessário para corrigir usurpação de competências e exercício ilegal de poder, encontrando sua legitimidade na teoria da separação dos poderes ou sistema de freio e contrapesos (*checks and balances system*)<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> (...) 5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos. 6. A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte. (...). (STF. 1ª Turma. RE 1083955 AgR/DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 28/05/2019. Publicação: 07/06/2019) (online).

<sup>30</sup> Segundo o pensamento de Montesquieu, nesse sistema, os poderes do Estado seriam divididos em: Legislativo, Executivo e Judiciário. O Poder Legislativo possui a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, de administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. Aplicar o Sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei é um freio ao ato legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto

Essa ideia formadora do Direito Administrativo, presente em nossa Constituição Federal (art. 2º) <sup>31</sup>, possui o condão de afastar do controle jurisdicional as relações entre os particulares e o Estado, nesse contexto, inserindo a intervenção judicial sobre o preço de combustível praticado por um empresário autorizado a explorar a atividade de revenda de combustível num regime de liberdade na fixação do preço a partir do ano de 2002. Contudo, o avanço do ativismo judicial banalizou a incursão do Poder Judiciário nas relações cotidianas.

No caso de suposto cartel envolvendo preço do etanol na cidade de Goiânia, no segundo semestre de 2017, deveria o Procon Goiás ter comunicado a ANP e o CADE sobre as investigações preliminares ou, como efetivamente o fez, judicializar a questão ajuizando ações civis públicas?

Por se tratar de *hard case*, a resposta não se mostra simples, pois, à primeira vista, a postura de manter a separação dos poderes parece a melhor saída, mas, considerando a efetividade que se tem via decisão liminar, para angariar imediatidão de resposta sobre o mercado em determinado momento, descortina-se a legitimidade da segunda escolha.

Essa situação abre espaço também para a conduta do juiz minimalista (*small steps*), cujo doutrinador expoente trata-se de Cass Sustein (1999), procedimentalmente consistente em resolver casos concretos complexos sem grande profundidade argumentativa e substancialmente em preservar a ordem democrática.

Passa-se ao segundo momento de análise do caso, uma vez judicializada a questão, qual a melhor postura a ser praticada pelo magistrado: deferente ou ativista? Novamente, a solução não é simplória, uma vez que à luz da complexidade da formação do preço do combustível e da predominância de discricionariedade técnica, tender-se-ia a uma postura de autorrestrição na interferência do Poder Judiciário na livre iniciativa, enquanto a postura ativista, tal como ocorreu, pende para a solução imediata via controle judicial de determinado mercado, como, por exemplo, reduzindo a margem de lucro dos estabelecimentos arrolados no polo passivo da lide.

que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas fazendo, assim, com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes. Para Montesquieu a liberdade estaria em fazer tudo o que as leis permitissem e a liberdade política só se acharia presente nos governos moderados. Por isso, Estados livres, para ele, eram os Estados moderados, onde não se abusasse do poder, muito embora a experiência lhe dissesse que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele, indo até os seus limites. Para que o abuso de poder não ocorra, é necessário que "o poder freie o poder"(MONTESQUIEU, 2008).

<sup>31</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O princípio da livre iniciativa não é absoluto, mostrando-se adequadas ao caso as lições de Rizzato Nunes:

Ora, a Constituição Federal garante a livre-iniciativa? Sim. Estabelece a garantia da propriedade privada? Sim. Significa isso que, sendo proprietário, qualquer um pode ir ao mercado de consumo praticar a “iniciativa privada” sem nenhuma preocupação de ordem ética no sentido da responsabilidade social? Pode qualquer um dispor dos seus bens de forma destrutiva para si e para os demais partícipes do mercado? A resposta a essas duas questões é não (2012, p. 105-107).

Por outro lado, não se espera neutralidade<sup>32</sup> do juiz, mas imparcialidade<sup>33</sup>, esta consistente na equidistância entre as partes, ou seja, não ter interesse em relação a qualquer delas, todavia tarefa impossível obter absoluta neutralidade, porquanto cada indivíduo carrega sua carga moral, cultural e preconceitos estabelecidos ao longo da vida.

Dessa forma, insuficiente ou impossibilitado o juízo de subsunção<sup>34</sup>, mormente quando a mesma situação ampara a aplicação de normas da mesma hierarquia jurídica, o neoconstitucionalismo invoca a aplicação dos princípios para equilibrar os binômios livre iniciativa x intervenção do Estado, livre concorrência x direito do consumidor e controle judicial deferente x ativismo.

<sup>32</sup> "É insustentável pretender que um juiz não seja cidadão, que não participe de certa ordem de idéias, que não tenha uma compreensão do mundo, uma visão da realidade. Não é possível imaginar um juiz que não a tenha, simplesmente porque não há homem que não a tenha." A neutralidade é um mito, mas a imparcialidade é dever. (BOUJIKIAN, 2020, online).

<sup>33</sup> “O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese), o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de ‘colaboradores necessários’: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993, p. 53).

<sup>34</sup> Juízo da subsunção pode ser compreendido como o juiz boca da lei, extraído da clássica obra de Montesquieu em *Do Espírito das Leis*, na qual define juizes como “apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem moderar nem a força, nem o rigor” (MONTESQUIEU, 2008, p. 180).

## 5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, delineou-se o surgimento do Estado Regulador no Brasil, que ocorreu paulatinamente nas Constituições Federais a partir da imperial, tendo sido concretizada após a era Vargas, em 1930. Seguiu-se traçando as principais diretrizes que culminaram com a (des)regulação do mercado de combustível, que chegou ao seu ápice com o neoliberalismo na década de 90, consolidado pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Nesse contexto, discorreu-se a respeito da tendência atual sobre a neorregulação, embasada na teoria da Nova Governança, com intuito de alcançar melhoria do serviço prestado pelo setor público, de forma direta ou indireta, e, com isso, especificamente, no setor das agências reguladoras, evitar que a temática bata a porta do Poder Judiciário.

Tratou-se também sobre os principais órgãos de defesa do consumidor relativos ao setor de revenda de combustível, quais sejam, CADE, ANP, INMETRO e Procon Goiás, este contextualizado no recorte que se fez no trabalho referente ao mercado de combustível da cidade de Goiânia-GO, no segundo semestre de 2017, quando eclodiram ações civis públicas na Justiça Comum, questionando aumento “injustificado” do preço do etanol e ações penais na Justiça Federal voltadas à apuração de condutas de agentes do Inmetro e pessoas ligadas aos postos de combustíveis envolvidos em esquema de fraude na volumetria e fiscalização dos estabelecimentos (proprietários e funcionários).

No segundo capítulo, procurou-se esclarecer a complexidade do mercado de combustível, em relação ao qual, cotidianamente, questiona-se a ocorrência de infração à ordem econômica, especialmente sobre a prática de cartel na formação do preço dos produtos no setor de revenda. Para tanto, traçou-se linhas gerais sobre as condutas anticompetitivas; formação do preço, em especial do combustível; fatos e fundamentos jurídicos que permeiam as lides cíveis citadas como paradigma para escolha do tema, além das principais decisões proferidas nelas até o presente momento.

Apontou-se dois casos de condenação pelo CADE acerca da ocorrência de cartel, nas cidades de Belo Horizonte – MG e Brasília – DF, como também apresentou-se informações sobre as operações da Polícia Federal deflagradas na capital goiana, a fim de apurar fraudes na fiscalização dos postos revendedores de combustíveis e prática de crimes que interferem diretamente na formação de preço afetando o princípio constitucional da livre concorrência,

demonstrando, assim, a fragilidade e falhas na regulação do setor, no qual, em que pese imperar a liberdade na fixação do preço, exige-se atenção do Poder Público tanto em nível macro, por se tratar de insumo para diversas atividades produtivas, como em nível de defesa do consumidor.

No terceiro capítulo, ingressou-se no tema referente ao controle judicial dos atos administrativos, o qual juntamente com o do ativismo judicial não são novos, no entanto propôs-se, neste estudo, analisá-los à luz do Direito Constitucional Econômico, mormente considerando que a relação consumerista sempre se mostra enfraquecida diante da influência do poder econômico, levando a sua proteção ao âmbito constitucional, arrolado como princípio da atividade econômica (art. 170, inc. V da Constituição Federal).

Em que pese a amplitude da questão, escolheu-se tratar de algumas dicotomias que a envolvem, como: intervenção do Estado x liberalismo; atividade regulatória x atividade jurisdicional; discricionariedade técnica (cognição superficial) x cognição exauriente; interpretação prospectiva x análise regressiva; e ativismo x atuação deferente. Fechando-se o tópico com análise específica da intervenção judicial no mercado de combustível.

Para conclusão, imperioso partir da premissa segundo a qual o princípio da livre iniciativa não é absoluto.

Destarte, no que tange ao controle judicial de atos administrativos, perfilha-se o entendimento segundo o qual é possível ao Poder Judiciário substituir o juízo técnico da Administração Pública, porquanto em que pese a Constituição Federal dispor expressamente sobre o princípio da separação de poderes, também concedeu àquele a prerrogativa de corrigir as ações ou omissões administrativas, desembocando em relações, muitas vezes, complexas, cuja análise exige reflexão sobre matérias para além do Direito.

Procurou-se demonstrar que, para que a advocacia administrativa consiga ser efetivamente exercida, produzindo resultados eficazes, pressupõe-se a existência de uma autoridade antitruste autônoma e independente, livre de pressões políticas e de riscos de captura regulatória, algo impossível no modelo brasileiro, situação que descortina a fragilidade da concretude dos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência, também com status constitucional.

Concluindo-se que as leis antitrustes fazem com que os empresários fiquem mais preocupados em atender as determinações arbitrárias dos burocratas do que as preferências dos consumidores.

Por certo, o ideal seria fixar critérios objetivos de atuação e concretização de direitos (como, por exemplo, ocorreu no Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça – afeto ao fornecimento de medicamentos)<sup>35</sup>, posto que a segurança jurídica encontra-se diretamente relacionada à objetividade da lei e da padronização de sua regulamentação.

Mas, como exposto em todo o trabalho, a complexidade do mercado de combustível e a necessidade de atendimento dos reclamos sociais, diante das falhas da regulação e inspeção, levam ao alargamento do ativismo judicial.

Se as distribuidoras controlam preços e impõem margens de lucro aos revendedores de combustíveis, cabe-lhes tomar providências para que cesse essa situação, não valendo utilizar esse discurso como matéria de defesa perante o consumidor nem aos órgãos reguladores nem ao Poder Judiciário, tampouco promoverem alinhamentos de preços para auferirem lucros.

Os estabelecimentos revendedores possuem ferramentas legítimas de se insurgirem contra as normas, preços e condutas anticoncorrenciais que lhes são direcionadas, mostrando-se em muitas situações vulneráveis perante as distribuidoras e o poder público, o que não dizer da vulnerabilidade do consumidor. Todavia, conforme expresso, a saída não deve ser a prática de atos anticoncorrenciais nem criminais.

Nesse contexto, a fragilidade da articulação entre Direito e a Política agigantou o papel do Poder Judiciário, tornando-o protagonista em responder os anseios da população diante da crise de ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Se, de um lado, o legislador criou normas a serem obedecidas, caberia ao Poder Executivo, no caso do suposto cartel ocorrido na cidade de Goiânia-GO no ano de 2017, atuar de forma ativa e, até que ponto, não o fazendo, abre espaço para a configuração daquele Poder como o salvador da pátria, culminando em verdadeira panaceia, chegando a ocorrer limitação

<sup>35</sup> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018 - REsp 1657156/RJ (online).

na margem de lucro dos postos de combustíveis da referida capital por um determinado período compreendido entre o final do ano de 2017 e o início de 2018.

Sendo assim, à primeira vista, não pairam dúvidas acerca do notório ativismo judicial da decisão proferida na ação civil pública nº 5428221.62.2017.8.09.0051, ao reduzir a margem de lucro bruto dos postos revendedores de combustíveis, o que parece encontrar-se corroborado pelo próprio magistrado que, em um segundo momento, ao reanalisar o caso, reconheceu que aquela limitação não poderia perdurar ad eternum até que fosse possível um trânsito em julgado na ação, demonstrando o cunho meramente econômico do referido ato.

Por outro lado, os métodos judiciais tradicionais não conseguem dar uma resposta efetiva para a solução de causas complexas, os chamados hard cases, como a do aumento de preços nos postos de gasolina, já que permeiam temas e reflexões sobre o sistema de abastecimento de combustíveis automotivos, a economia e a sociedade.

De forma que se faz necessária a utilização de outros mecanismos hábeis para a solução de tal imbróglio e é nesse diapasão que se deve repensar o direito antitruste e a jurisdição constitucional.

O binômio ativismo-atuação deferente encontram-se presentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo passíveis de desencadear tanto aspectos positivos quanto negativos, de forma que o problema central, contudo, não pode ser imputado à forma de atuação do Poder Judiciário, mas às causas que permeiam a judicialização de questões complexas, afetas, no caso em estudo, principalmente ao Poder Executivo, com vista a aparar as falhas no modelo regulatório por intermédio das ferramentas da neorregulação.

O debate encontra-se incipiente, ainda existe bastante espaço para discussão, elucidação e críticas, mas é importante que se lance luz para o problema da falha da regulação do mercado de combustível, em especial na cidade de Goiânia-Go, que, por sua vez, desencadeia o intervencionismo estatal no setor através da judicialização da questão, porquanto juízes não são neutros, devem ser imparciais e podem adotar tanto uma postura deferente quanto ativista no exercício da função jurisdicional, constitucionalmente inafastável.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito**. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

ANP abre cadastro para interessados em audiência pública da rodada do pré-sal. **Petronotícias**. 2013. Disponível em: <https://petronoticias.com.br/anp>. Acesso em: 29 dez. 2020.

APÓS reajuste, litro da gasolina chega a R\$ 4,49 em postos de Goiânia. **O Popular**. 2017. Disponível em: <https://www.opopular.com.br/noticias/economia/ap%C3%B3s-reajuste-litro-da-gasolina-chega-a-r-4-49-em-postos-de-goi%C3%A2nia-1.1387657>. Acesso em: 17 jul. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito dos Serviços Públicos**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AYRES, Alberto José Silva; FREITAS, Tiarajú Alves de. Análise do mercado de combustíveis no Brasil e no Rio Grande do Sul. 2007. **Economia e Tecnologia**. Disponível em: [http://www.economiaetecnologia.ufpr.br/XI\\_ANPEC-Sul/artigos\\_pdf/a4/ANPEC-Sul-A4-04-analise\\_do\\_mercado\\_de\\_co.pdf](http://www.economiaetecnologia.ufpr.br/XI_ANPEC-Sul/artigos_pdf/a4/ANPEC-Sul-A4-04-analise_do_mercado_de_co.pdf). Acesso em 08 mar. 2021.

BARATA-MOURA, José. **Marx e a crítica da escola histórica do Direito**. Lisboa (Portugal): Caminho, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. CEUB. vol. 5, número especial, 2015.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar.-abr. 2006.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional, Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2004.

BOUJIKIAN, Kenarik. Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever. **Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/escritos-mulher-neutralidade-mito-imparcialidade-juiz-dever>. Acesso em: 03 fev. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Contêm as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 2019.

BRASIL. Lei n. 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)Lein. 12.529/2011. Acesso em: 05 jan. 2021.

BRASIL. Lei Geral das Agências Reguladoras. Lei Federal Geral, nº 13.848 de 25 de junho de 2019. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm). Acesso em: 29 nov. 2020.

CABRAL, Mário André Machado. A aplicação do antitruste no Brasil: o mito da falta de efetividade da lei de crimes contra a economia popular de 1938. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC (Universidade Federal do Ceará)**. v. 38 n. 2 (2018): jul./dez. 2018.

CADERNOS do Cade - Varejo de Gasolina 2014. **CADE**. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/cadernos-do-cade-varejo-de-gasolina.pdf/view>. Acesso em: 21 jan. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed. Coimbra, Ed. Livraria Almedina, 1997.

CARRIJO, Gustavo Dantas. **Análise estatística dos preços de combustíveis para auxílio na detecção de cartéis no setor de distribuição**. Coletânea de Pós-Graduação, v. 4 n. 9. Governança e Controle da Regulação em infraestrutura. Brasília, 2019.

CARTILHA do Posto Revendedor de Combustíveis. **ANP**. 6ª edição. 2017. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/cartilhas/Cartilha\\_Posto\\_Revendedor\\_de\\_Combustiveis\\_6a\\_ed.pdf](http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/cartilhas/Cartilha_Posto_Revendedor_de_Combustiveis_6a_ed.pdf). Acesso em: 05 jan. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, V. M. Regulação econômica e serviços públicos. *In*: SCHAPIRO, M. G. (Org.) **Direito econômico: direito econômico regulatório**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. **CADE: O Oligopólio no Estado Brasileiro de Intervenção Necessária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CAVALLINI, Marta. Como é formado o preço da gasolina e do diesel? **G1**. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/como-e-formado-o-preco-da-gasolina-e-do-diesel.ghtml>. Acesso em: 01 out. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CONHEÇA o Papel das Agências Reguladoras. **IDEC**. Disponível em: <http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/conheca-o-papel-das-agencias-reguladoras>. Acesso em: 29 nov. 2020.

DEZ respostas para suas dúvidas sobre o preço da gasolina. **Petrobras**. 2018. Disponível em: <https://duvidasgasolina.hotsitespetrobras.com.br/>. Acesso em: 01 out. 2020.

DIAGNÓSTICO da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis Automotivos. ANP. **Governo do Brasil**. 2ª edição. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/livros-e-revistas/arquivos/diagnostico-sdc-2020.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DOWNSTREAM. **Wikipédia**. 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Downstream>. Acesso em: 04 jan. 2021

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JUNIOR, T. S.; SALOMÃO FILHO, C.; NUSDEO, F. (Org.) **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Manole, 2009.

FERREIRA FILHO, M. G. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FILIPPELLI, Marilena. **Collective dominance and collusion. Parallelism in EU and US competition law**. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FÓRUM Nacional Sucroenergético pede rápidas medidas de auxílio. **SIFAEG**. Disponível em: <http://sifaeg.com.br/informe/forum-nacional-sucroenergetico-pede-rapidas-medidas-de-auxilio/>. Acesso em: 06 jan. 2021.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria política do direito: uma introdução política ao direito**. Brasília: Brasília jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo (SP): RCS, 2007.

GUERRA, Sérgio. Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, fevereiro/março/abril, 2010. Disponível em: <http://www.direitoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-SERGIO-GUERRA.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2014.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 17<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2015.

GUIA da política de governança pública. Presidência da República. Casa Civil. 2018. **Governo do Brasil.** Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/guia-da-politica-de-governanca-publica>. Acesso: em 03 jan. 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** R454/1<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> tir. / Curitiba: Juruá, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Maria Tereza Fonseca Dias, Camila Silva Nicácio. 5.ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Almedina, 2020.

INSTITUCIONAL. Inmetro. **Governo do Brasil.** 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/inmetro/pt-br/aceso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 05 jan. 2021.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros, SBDP, 2016.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo.** 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre (RS): Sérgio Antonio Fabris 1986.

KLEIN, Aline Lícia. **Exercício de Atividades de Polícia Administrativa por Entidades Privadas.** Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2014. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22092015-132314/publico/tese\\_vfinal\\_Aline\\_Licia\\_Klein.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22092015-132314/publico/tese_vfinal_Aline_Licia_Klein.pdf). Acesso em: 23 jan. 2021.

LEAL, Rogério Costa. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios.** Brasília: ENFAM, 2010.

LUNARDI, S. G; DIMOULIS, D. Democraticidade ou juridicidade?: reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais.** Belo Horizonte, v. 10, n. 35, maio/ago. 2016. p. 168

MARX, Karl. **O Capital Mercadoria Valor e Mais Valia.** 1987. Coleção: Economia Política. Edições LeBooks.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública.** Florianópolis: UFSC, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro,** 42<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**, 2ª ed, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINISTÉRIO de Minas e Energia. Notícias e Comunicados. **ANP**. 2020. Disponível em: [https://www.gov.br/anp/pt-br/canais\\_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-lanca-painel-dinamico-de-precos-de-combustiveis-e-derivados](https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/anp-lanca-painel-dinamico-de-precos-de-combustiveis-e-derivados). Acesso em: 29 nov. 2020.

MONTESQUIEU, C.L. de S. **Do Espírito das leis**. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1976.

MPF em Goiás consegue a condenação de fiscais do Inmetro pela prática do crime de concussão. **Jusbrasil**. 2019. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/656616911/mpf-em-goias-consegue-a-condenacao-de-fiscais-do-inmetro-pela-pratica-do-crime-de-concussao>. Acesso em: 05 jan. 2021.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional** – 3 ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NETO; Arnaldo Bastos Santos; BAMBIRRA, Felipe Magalhães. Direito Econômico e Vagueza: o uso de conceitos jurídicos indeterminados. Organizadores: Arnaldo Bastos Santos Neto e Geraldo Henrique Costa Barbosa de Almeida. **Norma, linguagem e teoria do direito: reflexões para a compreensão do direito do século XXI** [livro eletrônico]. 1. ed. – Goiânia: Editora Espaço Acadêmico, 2020.

NIED, Paulo Sergio. O conceito de eficiência econômica e a ruptura do contrato de sociedade. **COMPENDI. Publica Direito**. 2011. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=21be9a4bd4f81549>. Acesso em: 08 mar. 2021.

NUNES, Luis Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

NUSDEO, F. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

OPERAÇÃO Dubai: 28 denunciados viram réus por participação em cartel de combustíveis no DF. **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. 2018. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2018/10210-operacao-dubai-28-denunciados-viram-reus-por-participacao-em-cartel-de-combustiveis-no-df>. Acesso em: 05 jan. 2021.

PAIM, Antonio. **História do Liberalismo Brasileiro**. 2ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: LVM, 2018.

PECI, Alketa. **Regulação e administração pública**. et. al. Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar. Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: FGV, 2014.

PEREIRA, Lucas Bellini. **A Cartelização no mercado varejista de combustíveis automotores brasileiro, sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**. Trabalho de conclusão de curso de graduação. São Paulo: Mackenzie, 2018.

PERGUNTAS sobre infrações à ordem econômica. **CADE**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 25 out. 2020.

PESQUISA Processual. **CADE**. 2018. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnmFDgAfJTIfRn8\\_ywCu dV1gCNGrQiNgXFAcnXWdW\\_WjLHltdgMcDhirUvUV7vhgatEzAr2Oq45eqbVm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnmFDgAfJTIfRn8_ywCu dV1gCNGrQiNgXFAcnXWdW_WjLHltdgMcDhirUvUV7vhgatEzAr2Oq45eqbVm). Acesso em: 06 jan. 2021.

PISKE, Juíza Oriana; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System). **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**. 2018. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 03 fev. 2021.

PORTARIA n.º 486, de 16 de outubro de 2018. **INMETRO**. 2018. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/legislacao/rtac/pdf/RTAC002534.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

PROCON Estado de Goiás. **PROCON**. Disponível em: <https://www.procon.go.gov.br/expediente>. Acesso: em 05 out. 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo**. M.books, 2015.

S. Neto, Manoel P. **Manual de direito do petróleo: uma visão jurídica do outro negro no Brasil** / Manoel P. S. Neto. 1ª ed. - Jundiaí (SP): Paco, 2018.

SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. Malheiros: São Paulo, 2001.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação da atividade do petróleo e do gás natural no Brasil. et. al. **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: FGV, 2014.

SAYEG, Ricardo Hasson. **Aspectos contratuais da exclusividade no fornecimento de combustíveis automotivos**. Bauru, SP: EDIPRO, 2002.

SÉRIE histórica do levantamento de preços. **ANP**. 2016. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/levantamento-de-precos/serie-historica-levantamento-precos>. Acesso em: 05 out. 2020.

SISTEMA de Legislação. **ANP**. Disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacaoanp/resolanp/2013/novembro&item=ranp-41-2013>. Acesso em: 05 jan. 2021.



SILVA, Flávia Martins André da. Poder Discrecional da Administração Pública. **DireitoNet**. 08 jun. 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2635/Poder-discrecional-da-Administracao-Publica>. Acesso em: 31 jan. 2021.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, P. F. Paradigmas e pragmatismos no surgimento do Estado Regulador brasileiro em cotejo com o modelo americano de regulação, *Journal of Law and Regulation*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 219-242, outubro 2015.

SOCIEDADE de risco. **Wikipédia**. 2019. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Sociedade\\_de\\_risco](https://pt.wikipedia.org/wiki/Sociedade_de_risco). Acesso em: 13 jan. 2021

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política**: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Espaço Jurídico: Journal of Law [EJL], v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. et. al. **Regulação no Brasil**: Uma visão multidisciplinar. Org. Sérgio Guerra. - Rio de Janeiro: FGV, 2014.

SUNSTEIN, C. *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política, **Revista Direito GV**, São Paulo 8(1) | P. 037-058 | Jan-Jun 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2011.

\_\_\_\_\_. O “estado econômico”, no mundo globalizado. **Revista de Direito Internacional e Econômico**, v.1, n.2, p.7-32, jan./mar., 2003.

TRANSPORTE. Controle e Fiscalização de Serviços Públicos. **Agência Goiana de Regulação**. Disponível em: <https://www.agr.go.gov.br/regulacao-e-fiscalizacao/transporte.html>. Acesso em: 04 out. 2020.

VELLOSO, C. M. S. Da intervenção do estado na ordem econômica: o monopólio e temas conexos. In: MACIEL, A. F.; DOLGA, L.; BERALDO, L. F. **Estudos de direito constitucional**: homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.219-246.

VENANCIO FILHO, A. **A intervenção do Estado no domínio econômico**: o direito público econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VENDA direta de combustíveis entre produtores e postos revendedores. **Brasil Postos**. 2019. Disponível em: <https://www.brasilpostos.com.br/noticias/noticias-mercado/a-venda-direta-de-combustiveis-entre-produtores-e-postos-revendedores/>. Acesso em 06 jan. 2021.

VOCÊ sabe como funciona a tributação por Pauta fiscal? Entenda aqui. 2018. **Eficiência Fiscal**. 2019. Disponível em: <https://blog.eficienciafiscal.com.br/tributacao-por-pauta-entenda-agora/>. Acesso em: 06 jan. 2021.

YANASE, João. **Custos e formação de preços (livro eletrônico)**: importante ferramenta para tomada de decisões. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. 6º Mb; EPUB.

\_\_\_\_\_. **Produção de Commodities e Desenvolvimento Econômico**. Organizadores: Luiz G. de Mello Belluzo, Cláudio R. Frischtak, Mariano Laplane. Campinas: UNICAMP. Instituto de Economia, 2014.

\_\_\_\_\_. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, tomo IV (recurso eletrônico): direito comercial / coords. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018. (pg. 12 TAVARES)

\_\_\_\_\_. **Regulação, livre concorrência e defesa do consumidor na indústria do petróleo: o papel da ANP**, publicado no 2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás, BRITO; ANDRADE; 2003. RIO DE JANEIRO. (pg. 28 da dissertação)

\_\_\_\_\_. Empresa de Pesquisa Energética - EPE – SÉRIE: **Formação de preços de combustíveis**: Margem Bruta de Distribuição e Revenda. 2019. (pg. 43 da dissertação)

\_\_\_\_\_. O “estado econômico”, no mundo globalizado. Bernardina Ferreira Furtado Abrão. **Revista Mestrado em Direito**, ano 9, n.1, p.323-344, Osasco: 2008.