

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 2

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

**Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2008**

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 2 Janeiro/Junho de 2008

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof^ª. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 2 (janeiro/junho 2008)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

**FRANCHISING E ANTITRUSTE: O CONTRATO DE
FRANQUIA À LUZ DAS REGRAS DE DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL E NA UNIÃO
EUROPÉIA**

**FRANCHISING UND KARTELLRECHT: DER
FRANCHISEVERTRAG IM LICHT DER NORMEN ZUM SCHUTZ
DES WETTBEWERBS IN BRASILIEN UND IN DER
EUROPÄISCHEN UNION**

Enzo Baiocchi

Resumo: O artigo traz um estudo sobre a questão da aplicação das regras de Direito da Concorrência aos contratos de franchising no Brasil e na União Européia. Objetivo maior é a análise da conformidade de certas cláusulas contratuais em face da legislação antitruste. Após uma breve introdução teórica, são apresentadas as linhas gerais do contrato de franchising, bem como uma reflexão sobre a importância econômica dessa espécie contratual como estímulo à concorrência no mercado. Em seguida, é estudado o conflito entre interesses privados e interesses de ordem pública relacionados ao franchising. O estudo do tema contempla, ainda, uma abordagem comparativa entre a realidade jurídica brasileira e a experiência normativa da Comissão Européia e do leading-case “Pronuptia” do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Ao final, segue a conclusão.

Palavras-chave: Direito Empresarial. Direito Antitruste. Contrato de franchising. Limitações à liberdade contratual. Cláusulas res-

tritivas da concorrência. Validade e nulidade. Abordagem comparativa entre as regras de defesa da concorrência no Brasil e na União Européia.

Resümee: Bei diesem Beitrag handelt es sich um eine Studie über die Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften auf den Franchisevertrag in Brasilien und in der Europäischen Union. Ziel der Untersuchung ist es, die Übereinstimmung bestimmter Vertragsklauseln mit den Gesetzen zum Schutz des Wettbewerbs zu analysieren. Nach einer kurzen Einleitung werden die allgemeinen Vertragsgrundlagen sowie die wirtschaftsrechtliche Relevanz dieses Vertragstyps für die Marktwirtschaft dargestellt. Weiterhin wird die private und öffentliche Interessenabwägung im Hinblick auf den Franchisevertrag berücksichtigt. Der Beitrag befasst sich mit einer rechtsvergleichenden Untersuchung zwischen der brasilianischen Rechtslage und dem europäischen Kartellrecht. Berücksichtigt werden außerdem die „Pronuptia“-Entscheidung des EuGH vom 1986 und die Verordnungen der Europäischen Kommission. Am Ende folgt eine Zusammenfassung.

Schlüsselwörter: Unternehmensrecht. Kartellrecht. Franchisevertrag. Vertragsfreiheitsbeschränkungen. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen. Zulässigkeit und Nichtigkeit der Vertragsklausel. Rechtsvergleichung zwischen dem brasilianischen und dem europäischen Kartellrecht.

1. Introdução

Franchising, como método de negócio, não é recente no ambiente econômico e empresarial brasileiro. A sua rápida expansão a partir da década de 80 — intensificada ao longo dos anos 90 — evidenciou a necessidade de se dar maior clareza às regras do jogo, o que culminou com a promulgação, em 1994, da Lei de Franchising (Lei nº 8.955, de 15/12/1994). A tutela legal do franchising confirma sua importância jurídica e o reconhecimento da sua função econômi-

co-social como circulador de riquezas¹. Ainda hoje, é uma modalidade contratual em franca expansão no Brasil e os números do setor apenas comprovam essa realidade².

A par dessas vantagens, o sistema de franchising pode também apresentar algumas distorções com efeito direto sobre o mercado e a concorrência³. Nas próximas linhas nos interessa perquirir até que ponto a liberdade contratual das partes não vai ao encontro de interesses maiores ditados pela ordem pública. Há um claro consenso na doutrina de que certas cláusulas de franchising têm incontestável vocação de restrição da concorrência. Já à época da promulgação da Lei de Franchising advertiu Nuno T. P. CARVALHO que sua entrada em vigor “pode ter causado a falsa impressão de que esses tipos de contrato estão imunes às imposições antitruste”⁴. A mesma preocupa-

1 Sobre a função econômico-social do contrato como fator determinante para sua tutela jurídica, v. GOMES, Orlando. *Contratos*, 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 22 e ss.

2 Segundo a Associação Brasileira de Franchising — ABF, o país ocupa o 3^o lugar geral em números de franquias no mundo (atrás apenas de Estados Unidos e Japão), e também o 3^o lugar no ranking de países que mais atraem franquias internacionais (empatado com Canadá e Japão), de acordo com dados divulgados por ocasião da 48^a Convenção da *International Franchise Association*, em Orlando (EUA). Os números oficiais do setor, no Brasil, são expressivos. Em 2007, houve um faturamento recorde de R\$ 46 bi., o maior crescimento dos últimos sete anos (em 2001 o faturamento foi de R\$ 25 bi.). Atribui-se a esse desempenho surpreendente a estabilidade econômica por que passa o País, o controle da inflação e o aquecimento da economia, decorrente do aumento do consumo por conta do aumento do poder aquisitivo da população. O bom momento por que passa a economia nacional vem encorajando novos investimentos por parte do empresariado nacional. Prova disso é o aumento significativo (18,2%) de empresas que ingressaram ou adotaram, em 2007, o sistema de franchising como estratégia de desenvolvimento (totalizando 1.197 redes e 65.500 unidades franqueadas em 2007). Segundo a ABF, o ano de 2008 poderá ter um crescimento em torno de 8% a 9% no faturamento. Esses números apenas reforçam a importância dessa modalidade contratual não apenas para a economia nacional (mercado interno, exportações, impostos), mas também sua relevância social, setor que, em 2007, criou 30 mil novos postos de trabalho, totalizando atualmente 594 mil empregos diretos (fonte: ABF — www.portaldofranchising.com.br; acessado em 10/04/2008).

3 Sobre uma primeira avaliação criteriosa das vantagens e desvantagens do sistema de franchising, v. COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e Concessão de Venda no Brasil: da Consagração ao Repúdio?* Revista de Direito Mercantil, São Paulo: RT, 1975, n^o 18, p. 53 e ss.

4 *Os contratos de franquia e o direito antitruste*, Revista da ABPI, n^o 14, 1995, p. 36.

ção manifestou Waldirio BULGARELLI: “vê-se pois que o franchising atua muito mais como forma de dominação do mercado e inclusive de controle dos distribuidores do que como simples técnica nova de venda, aliás, como até quase ingenuamente se tem visto no Brasil”⁵. Se por um lado, se verifica um acentuado risco à concorrência oriundo da relação contratual que se estabelece, mas, por outro, existe uma função econômico-social a ser reconhecida e tutelada, cabe então achar um ponto de equilíbrio dos interesses públicos e privados envolvidos. Aqui, por isso, merece destaque a análise da conformidade dessas cláusulas à luz da legislação antitruste no Brasil e na União Européia⁶.

Ponto de partida será reconhecer, na função do Direito Antitruste, um instrumento normativo de que se vale o Estado para implementar políticas públicas, especialmente políticas econômicas voltadas a organizar e direcionar a concorrência numa economia de mercado e o desenvolvimento econômico do país como um todo, com base em fins específicos⁷. Analisaremos, por fim, até que ponto a ampla experiência normativa e jurisprudencial européia no campo do Direito Antitruste poderá ser útil à realidade jurídica e econômica brasileira. São esses os principais questionamentos a serem tratados neste trabalho.

2. Linhas gerais sobre o contrato de franchising

Certamente não é fácil o exercício de encontrar uma definição suficientemente abrangente, que contemple todas as modalidades e peculiaridades do contrato de franchising. De fato, não há consenso

5 *Contratos Mercantis*, 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 529.

6 No que diz respeito à citação de qualquer norma ou jurisprudência da União Européia, manteremos o padrão lingüístico português europeu inalterado, de acordo com a publicação oficial no *Jornal Oficial da União Européia* em Portugal, tal como foi consultado no original.

7 Cf. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 2^a ed. 2^a tir. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005, p. 193 e ss.

na doutrina quanto ao conceito definitivo de franchising, a não ser pelo esmero de sintetizar em poucas linhas todas as suas nuances jurídicas e tecnológicas⁸. Tampouco parece ser uniforme a predileção pelo uso do termo em inglês, ou aquilo que foi considerado uma “tentativa de aporuguesamento”⁹ com sua tradução para *franquia* ou *franquia empresarial*, como quis o legislador, porém, “muito inexpressiva para ser aceita”¹⁰. Apenas a título de referência para o nosso estudo, ficamos com a definição legal dada pelo art. 2º da Lei de Franchising, embora reconheçamos as suas deficiências e compartilhemos das justas críticas feitas pela doutrina, principalmente no que diz respeito a certos elementos essenciais do franchising¹¹.

A doutrina classifica o franchising como um contrato necessariamente mercantil, típico, consensual, bilateral, oneroso, comutativo, continuativo, híbrido, de adesão e *intuitu personae*¹². A Lei de Franchising não estipula o conteúdo do contrato — e bem assim o fez — deixou-o à livre iniciativa das partes e à criatividade do mercado. No seu art. 3º, a lei elenca apenas os elementos essenciais que deverão

8 Sobre os mais variados conceitos na doutrina v., dentre tantos, MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 577 e ss.; W. BULGARELLI, op. cit., p. 530 ss.; O. GOMES, op. cit., p. 528 e s.; CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 25 e ss.; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 125 e ss.

9 Cf. J. CRETELLA NETO, op. cit., p. 12.

10 Cf. O. GOMES, op. cit., p. 528. Não obstante a preferência pelo termo no seu original em inglês, aceitou-se, no Brasil, a sua variante no vernáculo como a equivalente nacional à figura contratual do *franchising* no Direito americano, nesse sentido v. MARTINS, Fran. op. cit., p. 577-579; W. BULGARELLI, op. cit., p. 530. Reputamos o uso do termo tanto no original em inglês como em português como equivalentes, dada a tipicidade conferida a este último pela Lei nº 8.955/94.

11 Sobre uma análise crítica da definição dada pela Lei, sobretudo com relação à limitação do objeto do contrato a “direito de uso de marca ou patente” e “direito de distribuição”, v. BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1069.

12 Sobre a natureza jurídica do franchising e sua classificação, remetemos ao estudo detalhado de J. CRETELLA NETO, op. cit., p. 38 e ss.

constar obrigatoriamente da *Circular de Oferta de Franquia*. Existem três modalidades principais de contratos: *franchising de produção ou industrial* (o franqueado produz ou fabrica o produto para posterior venda, usando a marca e o know-how do franqueador), *franchising de distribuição ou de produtos* (o franqueado vende produtos fabricados ou adquiridos de terceiros pelo franqueador, que os distribui à rede, usando os sinais distintivos e o know-how do franqueador), e *franchising de serviços* (o franqueado presta determinado serviço, usando os sinais distintivos e o know-how do franqueador). Nos contratos de franchising geralmente ocorre a transferência de um know-how técnico, comercial ou operacional, ou a combinação deles¹³. À parte da discussão terminológica, que aqui não adentraremos, particular interesse merece a perfeita diferenciação entre cada tipo de franchising por ocasião da análise da conformidade de suas cláusulas frente às normas antitruste¹⁴⁻¹⁵.

O rigor detalhista com que a Lei de Franchising passou a regular certas cláusulas e condições contratuais (subentenda-se *Circular de Oferta de Franquia*), mereceu de parte da doutrina a crítica de que “passou-se de um regime jurídico de ampla liberdade (...), para um sistema de rígida disciplina jurídica, acompanhando a tendência intervencionista estatal nos contratos”¹⁶. Por outro lado, já se reconheceu a *Circular de Oferta de Franquia* como sendo o “elemento mais conspícuo” da lei, comparando-a à função exercida pelos editais das licitações públicas, como instrumento capaz de estabelecer relações transparentes e isonômicas entre franqueador e franqueados¹⁷. Seja como for, o fato é que ela introduz, pela primeira vez no ordenamen-

13 Sobre um estudo detalhado do know-how, v. D. B. BARBOSA, op. cit., p. 649 e ss. Ainda sobre a classificação, v. J. CRETELLA NETO, op. cit., p. 41.

14 Cf. J. CRETELLA NETO, op. cit., p. 37.

15 V. pontos 4 e 5.c) *infra*.

16 W. BULGARELLI, op. cit., p. 532.

17 D. B. BARBOSA, op. cit., p. 1072.

to jurídico brasileiro, a noção de “sistema de franquias empresariais” o que vem a caracterizar toda operação contratual envolvida¹⁸.

A lógica econômica do sistema de franchising e suas vantagens para as partes contratantes foi bem definida e sintetizada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) no *leading-case* “Pronuptia”¹⁹, de 28/01/1986: “[r]ather than a method of distribution, it is a way for an undertaking to derive financial benefit from its expertise without investing its own capital. Moreover, the system gives traders who do not have the necessary experience access to methods which they could not have learned without considerable effort and allows them to benefit from the reputation of the franchisor’s business name.” A mesma posição foi adotada pela Comissão Europeia no *Regulamento de Isenção por Categoria* (“*EU-Gruppenfreistellungsverordnung*”), cujas regras aplicam-se diretamente aos contratos de franchising²⁰.

3. Franchising e os interesses de ordem pública: entre livre iniciativa e livre concorrência

A liberdade geral de contratar, de estabelecer livremente direitos e obrigações bilaterais a que o ordenamento jurídico confere de-

18 V. definição do art. 2º da Lei nº 8.955/94; nesse sentido, v. W. BULGARELLI, op. cit., p. 532.

19 TJCE, Proc. nº 161/84, de 28/01/1986, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* (publicado no Repertório de Jurisprudência, p. 353), v. fundamentos da sentença nº 15.

20 *Regulamento (CE) nº 2790/1999 da Comissão, de 22/12/1999, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas*, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (L 336/21), em 29/12/1999, e em vigor até 31/05/2010. No item 6 das considerações gerais do Regulamento lê-se o seguinte: “Os acordos verticais da categoria [dos quais o franchising é apenas um exemplo] definida no presente regulamento podem melhorar a eficiência econômica no âmbito de uma cadeia de produção ou de distribuição, possibilitando uma melhor coordenação entre as empresas participantes; em particular estes acordos podem conduzir a uma redução dos custos de transação e distribuição das partes e a uma otimização das suas vendas e níveis de investimento.”

terminados efeitos entre as partes, nunca foi ilimitada. No direito contratual moderno, os princípios privatísticos da tradicional teoria geral dos contratos encontram seus limites impostos pela ordem jurídica, notadamente constitucional, com primazia do interesse da coletividade e demais interesses de ordem pública, que limitam a autonomia da vontade das partes²¹. Às limitações de caráter genérico, tais como a obediência ao preceito geral dos “bons costumes”²² e de ordem pública, somam-se outras tipicamente de Direito Público, sobretudo de natureza constitucional, e que exercem influência direta na formação e interpretação dos contratos, sejam eles de natureza civil ou mercantil, como é caso do franchising²³. Nesse sentido reconhece BULGARELLI que a própria autonomia da vontade, como princípio informador da gênese de qualquer relação contratual, encontra-se “abalada pela intervenção do Estado”²⁴.

De um modo geral, costuma-se reconhecer que as limitações à liberdade de contratar encontram sua inspiração em razão de utilidade social²⁵. Isso ocorre toda vez que interesses privados sejam contrários às bases da ordem social estabelecida e aceita por determinada sociedade, ou que violem os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem. Nesses casos, diz-se que ferem as leis de ordem pública e os bons costumes²⁶.

21 V. O. GOMES, *op. cit.*, p. 25 e ss.

22 Dentre tantos, citamos apenas, arts. 122 (negócio jurídico) e 187 (ato ilícito) do Código Civil de 2002.

23 V. O. GOMES, *op. cit.*, p. 27 e ss. A respeito da discussão na doutrina sobre a distinção clássica entre obrigações civis e comerciais, e entre contratos de natureza civil ou mercantil e sua importância econômica, mencionamos apenas o estudo de W. BULGARELLI (*op. cit.*, p. 35 e ss.) com extensa citação da doutrina nacional sobre o tema.

24 W. BULGARELLI, *op. cit.*, p. 63. O autor cita como exemplos tipos contratuais modernos, em que o poder público não só obriga a contratar (assim chamados de “contratos coativos”, a que é exemplo o seguro obrigatório), mas que além disso, em outros, regula o próprio conteúdo contratual.

25 Cf. Henri de Page, *apud* Orlando GOMES, *op. cit.*, p. 27.

26 O. GOMES, *op. cit.*, p. 27 s.

Cláusulas do contrato de franchising que violem tais leis são nulas de pleno direito. Com relação às leis de ordem pública, sejam elas de natureza constitucional ou infra-constitucional, interessa ao nosso estudo principalmente aquelas atinentes à repressão às infrações de ordem econômica e de defesa da concorrência.

Nesse contexto, importantes são as conclusões de Orlando GOMES²⁷ quando trata da significação da política legislativa de limitação da liberdade contratual, vista sob a ótica das repercussões do seu exercício na vida econômica e social. Segundo ainda o autor, a experiência demonstrou, “muitas vezes cruelmente”, o acerto da célebre frase de LACORDAIRE que sintetiza o resultado negativo do exercício da liberdade contratual: “entre o fraco e o forte é a liberdade que escraviza e a lei que liberta”²⁸. Sem dúvida, a legislação anti-truste ocupa uma posição de destaque no âmbito da política de controle e limitação da vontade das partes, sobretudo quando se tem em mente o seu papel de instrumento normativo implementador de políticas públicas.

A par das limitações gerais à liberdade contratual, como vimos acima, existem também limitações com base em interesses de ordem pública. No que diz respeito aos aspectos constitucionais do franchising, cabe dizer que este, tanto quanto qualquer outro contrato mercantil que tem por escopo promover a circulação econômica²⁹, contempla uma série de interesses individuais e coletivos que são diretamente tutelados pela Constituição Federal de 1988. Mencionaremos, de passagem, alguns desses interesses, sem a pretensão de explorá-los em toda sua extensão, pois o limite de linhas do trabalho não nos permitiria abordar todos os aspectos constitucionais inerentes à questão dos contratos, nem tampouco delinear com maior esmero a não menos importante interface entre os direitos da propriedade intelectual

27 Op. cit., p. 34 s.

28 Op. cit., p. 35.

29 W. BULGARELLI, op. cit., p. 36.

tual e as normas antitruste³⁰. Uma gama de interesses públicos, tutelados diretamente pela Constituição Federal de 1988, limitam, direta ou indiretamente, a livre iniciativa e o princípio e autonomia da vontade das partes num contrato de franchising.

A Constituição Federal elenca no seu art. 1º, inc. IV, o valor social da livre iniciativa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mais adiante, no *caput* do art. 170, afirma estar a ordem econômica igualmente fundada na livre iniciativa, cujo fim é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da função social da propriedade (inc. III), da livre concorrência (inc. IV), e da defesa do consumidor (inc. V). Segundo as lições de Eros Roberto GRAU, “uma das faces da *livre iniciativa* se expõe, ninguém o contesta, *como liberdade econômica*, ou *liberdade de iniciativa econômica*, cujo titular é a empresa”³¹. Encerra, porém, um conceito mais amplo de desdobramento da liberdade, que ultrapassa uma mera afirmação do capitalismo, eis que essa pode ser entendida como “sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado”³². Sendo assim, a exploração econômica, por meio do contrato de franchising, do bem jurídico propriedade industrial (propriedade-função social dos bens de produção³³) deve atender a fins específicos ditados pela Constituição Federal (art. 5º, XXIX; art. 170, III) e que, como agente gerador e circulador de riquezas dentro da ordem econômica, o exercício dessa propriedade fica subordinado “aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a

30 Para um estudo mais aprofundado sobre as bases constitucionais da propriedade intelectual, v. D. B. BAROBSA, op. cit., p. 87 e ss. Sobre a interface entre ela e o Direito Antitruste, v. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EC Competition Law: text, cases, and materials*, 2ª ed., Oxford: Oxford Univ. Press, 2004, p. 687 e ss.

31 *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 203 (grifado no original).

32 *Idem*, p. 201-202.

33 Cf. E. R. GRAU, op. cit., p. 236 e ss.

realização do fim de assegurar a todos existência digna³⁴. Além disso, os efeitos do contrato de franchising estão diretamente relacionados ao interesse coletivo de tutela dos direitos do consumidor³⁵ (art. 5º, XXXII; art. 170, V), ao princípio geral da livre concorrência (art. 170, IV), e repressão ao abuso de poder econômico (art. 173, § 4º).

Em uma economia de mercado, baseada na livre concorrência, é dever do Estado zelar para que esta não seja restringida ou subvertida por agentes econômicos com poder de mercado. O princípio da livre concorrência, consagrado no inc. IV, do art. 170 da Constituição Federal, é o princípio máximo informador não só da ordem econômica³⁶, mas do Direito da Concorrência como um todo. As vantagens objetivas de um mercado, onde participam agentes econômicos concorrentes entre si, não se limitam apenas na política de preços e práticas comerciais favoráveis ao consumidor, nem numa maior e melhor oferta de produtos e serviços, mas, principalmente, no desenvolvimento tecnológico e, num contexto sócio-econômico mais amplo, no progresso de toda a nação (art. 3º, II). Este princípio, como nota Eros Roberto GRAU³⁷, encontra-se parcialmente reafirmado no inc. IV do art. 170 e prospera no sentido de atualizar, revigorar o capitalismo brasileiro. Sendo assim, é fácil compreender a importância sócio-econômica que exerce o contrato de franchising. O princípio da livre concorrência, ancorado em nossa Constituição Federal e amplamente trabalhado nas leis ordinárias sobre a ordem econômica, tem como

34 *Idem*, p. 247.

35 Aqui compartilhamos o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica à relação estritamente comercial entre franqueador e franqueado, mas, tão-somente, entre estes e o consumidor final, vale dizer, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços oferecidos pela rede de franchising como destinatário final. Neste sentido, v. AMARAL, Luiz H. *Revisão da lei de franquia: novos desafios*, Revista da ABPI, n° 39, 1999, p. 44.

36 Sobre a acepção do conceito de “ordem econômica”, tal como descrito no art. 170 da Constituição Federal, como “conjunto das relações econômicas”, isto é, para indicar o modo de ser da economia brasileira, e não no seu sentido normativo, v. E. R. GRAU, *op. cit.*, p. 67 s.

37 *Op. cit.*, p. 219.

maior objetivo manter o funcionamento sadio das relações de concorrência numa economia de mercado. E como ponderou Eros Roberto GRAU: “[d]aí o arranjo inteligente das leis anti-trust, que preservam as estruturas dos mercados, sem, contudo, extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios”³⁸.

4. O contrato de franchising e as regras de defesa da concorrência

O contrato de franchising estabelece condições uniformes a que aderem os franqueados e, por força da cláusula geral de exclusividade inerente à própria natureza do sistema de franchising, acaba por garantir ao franqueador um verdadeiro monopólio da atividade³⁹. Como toda transação comercial que tem por efeito alterações estruturais no mercado, o contrato de franchising, com suas cláusulas de exclusividade e restritivas de mercado, deve ser atentamente analisado à luz das regras de Direito da Concorrência. Frente a um sem-número de obrigações contratuais, o que ocorre na verdade é uma limitação no campo de ação do franqueado. Daí considerar-se a autonomia do franqueado como relativa⁴⁰. A questão da dominação de mercado se mostra — como observou José CRETELLA NETO — ainda mais preocupante para o Direito da Concorrência no caso dos contratos internacionais de franchising, “em especial quando concebido dentro da realidade jurídica e econômica de um determinado país, com vistas a conquistar mercado em outro”⁴¹. Ademais, analisando-se todos os desdobramentos possíveis da relação contratual que se forma entre franqueador e franqueados, pode-se até mesmo supor “que

38 Op. cit., p. 22.

39 Cf. W. BULGARELLI, op. cit., p. 529.

40 Cf. F. MARTINS, op. cit., p. 581. Neste contexto, o autor cita a observação contundente de Harry KURSH: “[a] good franchise will never permit a franchisee complete freedom”.

41 Op. cit., p. 197.

o sistema de franquia agrava ao contrário de eliminar o risco de lesão à lei antitruste⁴². O cerne de toda problemática que envolve o tema franchising e Direito Antitruste foi bem definido por Martin MENDEL-SOHN: “[t]he more successful a franchise operation the more market power it will achieve and so the greater the likelihood that it will be subject to constraints applied by competition law⁴³”.

A concorrência que se verifica no nível dos franqueados, isto é, dos franqueados entre si, é chamada de concorrência *intradbrand* (intramarca)⁴⁴. Essa constatação será importante mais adiante na definição de mercado relevante e da posição dominante do franqueador, especialmente na relação franqueador/franqueados. De um modo geral, a ambivalência do sistema de franchising em face ao Direito da Concorrência revela-se da seguinte forma: é certo que reduzem a concorrência interna de produtos (*intradbrand-Wettbewerb*) por meio da homogeneização das unidades de distribuição/venda de uma mesma rede de franchising, mas, simultaneamente, fortalecem a concorrência externa (*interbrand-Wettbewerb*) dos sistemas entre si⁴⁵. Se é certo reconhecer que a dinâmica econômica do franchising propicia indiretamente a concentração de mercado, vale lembrar, porém, que as vantagens econômicas, sobretudo no plano de estímulo à concorrência, são também de interesse do Estado.⁴⁶ Com a ajuda da análise econômica do direito e da “Teoria dos *Property Rights*”, pode-se en-

42 D. B. BARBOSA, op. cit., p. 1078.

43 *Franchising law*, 2^a ed. Richmond: Richmond Law & Tax, 2004, p. 281.

44 A importância da diferença entre concorrência intermarcas e concorrência intramarcas no segmento de sorvetes, e a relação desta última com o franchising, já foi realçada pelo CADE no Proc. nº 0148/1994 (Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo; Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. — IAG), *apud* D. B. BARBOSA, op. cit., p. 1077 s.

45 Cf. MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen: Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge*, Munique: Beck, 1992, vol. 2, p. 9.

46 Remetemos, mais uma vez, ao capítulo de Paula FORGIONI (*Os fundamentos do antitruste*, p. 193 e ss.) sobre as normas antitruste como instrumentos de implementação de políticas públicas.

tender melhor a correlação que existe, de um lado, entre a restrição à concorrência por direitos exclusivos do tipo monopólio (de que é exemplo a propriedade intelectual/industrial), e de outro, os esforços do ordenamento jurídico, sobretudo por parte do Direito da Concorrência, a fim de assegurar o devido funcionamento da concorrência⁴⁷⁻⁴⁸. Nesse sentido sustenta Wolfgang FIKENTSCHER⁴⁹ que, sem pequenos monopólios legalmente instituídos e limitados, nenhum sistema empresarial poderá existir, e sendo assim, “property rights” e “market theory” são dois caminhos que levam a um mesmo destino.

No caso específico do franchising, a análise sobre os efeitos restritivos da concorrência se fará tão necessário quanto maior for a expansão territorial e econômica da rede de filiados (*franchising network*⁵⁰), pois isso implicará diretamente numa maior possibilidade de concentração de poder de mercado e num eventual questionamento sobre uma potencial conduta anticoncorrencial. O contrato de franchising, entendido como um acordo em que franqueados fazem parte de uma rede uniforme de negócios (“*uniform business network*”), pode ter um impacto positivo na concorrência do mercado. Isto por-

47 Cf. LEHMANN, Michael. *Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliche Schutzrechte — Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Förderung des Wettbewerbs*. GRUR International, 1983, p. 361.

48 Sobre a “Teoria dos *Property Rights*”, como parte da análise econômica do direito, e sua aplicação aos direitos de propriedade intelectual, v. LEHMANN, Michael. *Bürgerliches Recht und Handelsrecht — eine juristische und ökonomische Analyse*, Stuttgart: Pöschel, 1983, p. 31 e ss.; POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 7^a ed., New York: Aspen Publishers, 2007, p. 31 e ss.; SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4^a ed., Berlin: Springer, 2005, p. 617 e ss. Sobre as bases econômicas e a justificação, sob o ponto de vista da análise econômica, dos direitos de propriedade intelectual, v. LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*, Belknap Press of Harvard University Press: Cambridge, 2003, p. 403 e ss. Sobre a análise econômica do monopólio (*The Theory of Monopoly*) e das leis antitruste, v. R. A. POSNER, *Economic analysis of law*, p. 279 e ss., e p. 295 e ss.

49 *Weltwirtschaftsrecht, europäisches Wirtschaftsrecht*, vol. I, München: Beck, 1983, p. 41.

50 Sobre o conceito e história de rede de franchising e marketing de rede, v. BARROSO, Luiz Felizardo. *O franchising e o marketing de rede*, Revista da ABPI, 1996, n^o 24, p. 33-34.

que, ele não só propicia a entrada de novos concorrentes no mercado, mas também induz a um aumento da concorrência “*inter-brand*”. Isto é, por um lado ele possibilita que um franqueador aumente consideravelmente a sua reputação e sua rede sem o emprego de investimentos vultuosos, e, por outro, proporciona a entrada do franqueado num mercado já testado e consolidado pelo franqueador⁵¹.

O contrato de franchising, inevitavelmente, sempre trará em seu bojo cláusulas e condições diversas, que restringem a liberdade de atividade econômica e empresarial do franqueado. Por força do disposto no art. 3º da Lei de Franchising certas informações devem ser obrigatoriamente escritas, e em linguagem clara e acessível, no texto *da Circular de Oferta de Franquia*, como por exemplo, certas preferências quanto à divisão territorial (inciso X), aquisições subordinadas (inciso XI), ou obrigação de não-concorrência (inciso XIV, b). Mas aqui cabe uma observação. A obrigatoriedade legal da inclusão de tais ajustes como cláusulas necessárias do contrato não permite concluir nem que o legislador esteja convalidando de antemão sua eficácia jurídica, muito menos que essas cláusulas estejam fora do alcance das normas antitruste. Caso contrário, estaríamos diante — usando as palavras de Nuno T. P. CARVALHO — de “certificados de imunização” de tais acordos frente à legislação antitruste, o que não é bem o caso, apesar da “falsa impressão” induzida pelo texto da Lei de Franchising⁵². Como ensina Orlando GOMES, o contrato (ou uma de suas cláusulas) pode ter sua ineficácia declarada quando, embora permitido, isto é, estipulado na conformidade dos preceitos legais específicos, os efeitos que produziria são contrários à lei. Isso porque, concluiu Orlando GOMES: “o meio é lícito; ilícito o fim”⁵³. A ilicitude do contrato de franchising consiste num *agere contra legem*, por violação de norma imperativa, a da defesa da concorrência.

51 Cf. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 651.

52 Op. cit., p. 36.

53 Op. cit., p. 170.

Um contrato de franchising pode contemplar, portanto, uma série de cláusulas com nítida vocação anticoncorrencial. Nestes casos, é imprescindível analisar estas, bem como outros acertos contratuais, sob a ótica da proteção da livre concorrência. O risco de abuso de poder econômico está diretamente associado à noção de mercado relevante e será tão maior quanto for a atuação de determinado agente econômico num determinado setor da economia e numa determinada área geográfica. O contrato de franchising, por sua natureza e características, está intrinsecamente relacionado a esses dois importantes fatores de conceituação do mercado relevante: dimensão de produtos e/ou serviços e dimensão territorial.

5. A realidade brasileira

a) A legislação antitruste aplicável aos contratos de franchising

A conformidade e a validade dos contratos de franchising de acordo com as normas antitrustes brasileiras dependerá da análise minuciosa da legislação de defesa da concorrência, principalmente a aplicação do art. 4º, inc. I-a, e II da Lei nº 8.137/90⁵⁴, e da Lei nº 8.884/94⁵⁵.

A Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste Brasileira) tem como característica a generalidade, protegendo a concorrência como um todo, ou seja, regulando o comportamento dos agentes econômicos com base em medidas preventivas (art. 54) e repressivas (arts. 20 e 21), como forma de proteção à ordem econômica⁵⁶. O art. 20 consagra, no plano da legislação infraconstitucional, o preceito do art. 170 da Constituição Federal, e tem por objeto a tutela da livre concorrência e, concomitantemente, a da livre iniciativa. Desse modo, a disciplina da concorrên-

54 Lei nº 8.137, de 27/12/1990, publ. no D.O.U. de 28/12/1990.

55 Lei nº 8.884, de 11/06/1994, publ. no D.O.U. de 13/6/1994.

56 Cf. P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 225 s.

cia se coloca como correlata à livre iniciativa⁵⁷. A licitude ou ilicitude das cláusulas de um contrato de franchising dependerá da violação ou não do estatuído no art. 20. Dessa forma, nos termos do art. 20, constituem infração da ordem econômica as cláusulas de um contrato de franchising, ou qualquer outra forma de ajuste entre franqueador e seus franqueados que, independentemente de culpa, tenha por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: i) prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; ii) domínio de mercado relevante; iii) aumento arbitrário dos lucros; ou iv) abuso de posição dominante. Seguem, no § 2º, do mesmo artigo, a definição legal de posição dominante no mercado relevante, e no § 3º, a sua presunção, a partir do momento que a empresa ou grupo de empresas controle 20% de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Por sua vez, a flexibilização das regras rígidas da concorrência ocorre por meio de autorizações disciplinadas no art. 54⁵⁸. Sendo assim, acordos que possam limitar, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. O mecanismo encontrado pela legislação brasileira — que se assemelha ao sistema americano do “*rule of reason*” e ao europeu de isenção por categoria (art. 81-3 TCE) — possibilita viabilizar práticas que, embora restritivas da concorrência, encerram eficiências compensatórias; assim chamadas de “válvulas de escape”⁵⁹. Segundo ainda Paula

57 Cf. P. A. FORGIONI, Paula, *Os fundamentos do antitruste*, p. 271. A autora em passagem anterior (op. cit., p. 64), onde tratou do tema sobre a concorrência e o liberalismo econômico no contexto histórico da revolução industrial, como segundo período da disciplina do comportamento dos agentes econômicos nos mercados, destacou que: “[l]ivre mercado significa poder conquistar novos consumidores, praticando o comércio e a indústria como bem aprover ao agente econômico. E tudo isso não é possível sem que haja a livre concorrência”.

58 Sobre um estudo detalhado do sistema brasileiro de isenções em bloco, bem como as condições para a concessão da autorização pelo CADE, v. P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 222 e ss.

59 Cf. P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 202, e tb. p. 203 e ss. (a autora atribui o uso da expressão “válvula de escape” a J.J.G.Canotilho, *Direito constitucional*, 1993, p. 169).

A. FORGIONI: “em princípio, *a Lei Antitruste regula a concorrência de forma geral entre os agentes econômicos*. Ela será *geral* quando comparada a diplomas que lhe fazem escapar determinados setores ou práticas do regramento antitruste, submetendo-os à lógica diversa da concorrencial plena (*leis específicas*)”⁶⁰. Confrontando os princípios enunciados no art. 170 da Constituição Federal e as isenções previstas na Lei Antruste, lembra a autora os ensinamentos de Norberto Bobbio no sentido de que não há antinomias (senão aparentes) no sistema jurídico, e conclui que, “*em virtude de texto legal*, é posta uma *isenção em bloco*, que permite prática restritiva da concorrência. *Eis nossas isenções: leis específicas autorizadoras de restrições concorrenciais, que prevalecem sobre a regra geral* (Lei 8.884, de 1994). Vê-se, portanto, que o sistema jurídico brasileiro admite a existência de isenções à Lei Antitruste. Como demonstrado, não é necessária disposição expressa nesse sentido; a legalidade e constitucionalidade das leis específicas autorizadoras de práticas anticompetitivas decorrem diretamente da Constituição Federal. Enfim, *a viabilidade de uma isenção em bloco, no Brasil, brota da interpretação sistemática do nosso direito*⁶¹.

b) Abuso de posição dominante pelo franqueador

Embora raro de se verificar na prática, entendemos que o franqueador pode, em tese, exercer controle de parcela substancial do mercado relevante, seja ele geográfico, material ou instrumental⁶². No

60 *Os fundamentos do antitruste*, p. 226 (grifado no original). Um caso de lei específica sobre isenção em bloco para determinado setor da economia é a Lei nº 6.729/79 (conhecida como *Lei Ferrari*), sobre a “concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre”.

61 *Idem*, p. 228 (grifado no original). A autora adota esse mesmo raciocínio em seu estudo sobre os contratos de distribuição, v. *Contrato de distribuição*, p. 160.

62 Sobre a diferenciação entre os diversos tipos de mercados e a vocação elástica do conceito, v. P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 230 e ss. Sobre a forma como o CADE

entanto, parece mais razoável supor — sobretudo se levarmos em consideração que o objeto do contrato de franchising é a exploração econômica de direitos de propriedade industrial — que a atividade empresarial desenvolvida se enquadre na isenção geral do § 1º, já que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” não constitui infração à ordem econômica. Isso só não ocorrerá, se o franqueador controlar mais de 20% do mercado relevante. Assim entendido, os contratos de franchising, via de regra, não necessitam de autorização prévia do CADE, com base no art. 54, Lei nº 8.884/94⁶³.

A aferição dessa circunstância supera, a nosso ver, a simples constatação de haver ou não relação de concorrência entre o franqueador e seus franqueados⁶⁴. Compartilhamos o entendimento de que o franqueador pode, sim, exercer abuso de posição dominante em face de seus franqueados. Determinadas cláusulas impostas aos franqueados são apenas um indício nesse sentido. Neste ponto, cabe a observação de Denis Borges BARBOSA no sentido de que “[s]e não há concorrência entre eles [entre franqueador e franqueados], é porque a franquia, considerada como *forma confederal*, eliminou tal concorrência”⁶⁵.

A questão foi bem colocada por Paula A. FORGIONI ao discorrer sobre a definição do mercado relevante considerando a rela-

aplica os critérios de delimitação do mercado relevante, v. Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 50, de 01/08/2001 (*Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*).

63 Nesse sentido, v. AMARAL, Luiz Henrique O. do; et. al. *Brazil*, in: Mendelsohn, Martin(Org.), *International encyclopaedia of franchising*. Richmond: Richmond Law & Tax, 2004, p. 28.

64 Cf. ficou consignado na *Ata da Reunião Conjunta das Comissões de Direito da Concorrência e de Franquia e Transferência de Tecnologia*, de 18/08/2001, realizada por ocasião do XXI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual (Vitória/ES): “a relação entre franqueador/franqueado, em si, não é de concorrência”.

65 Op. cit., p. 1078 (grifado no original).

ção entre o fornecedor e seus distribuidores: “[q]uando se trata dos acordos verticais, a grande polêmica é verificar se, além do mercado entremarcas⁶⁶, existe um mercado intramarca que possa ser reconhecido separadamente. Essa operação, no mais das vezes, coloca o fornecedor em posição dominante sobre o mercado intramarca, viabilizando a prática de eventual abuso. É muito importante ter em mente, de início, que *o talho do mercado relevante intramarca pode ser influenciado pelo poder que o fornecedor detém no mercado entremarcas*”⁶⁷. O mesmo ocorre no caso dos acordos verticais envolvendo franchising. Opinamos também no sentido de que esse “*talho do mercado relevante intramarca*” poderá ser efetuado se o vínculo entre franqueador e seus franqueados “encerrar profunda *sujeição* dos últimos ao primeiro”⁶⁸. Para fins de delimitação da concorrência intramarca, a posição dominante do franqueador afere-se, portanto, em termos absolutos, isto é, no universo da própria rede de franchising⁶⁹.

Para efeitos de subsunção dos atos do franqueador ao art. 20 da Lei Antitruste — e é ainda Paula A. FORGIONI⁷⁰ que conclui — e quanto à caracterização da infração à ordem econômica: i) esta somente ocorrerá se houver prejuízo à concorrência; ii) tal prejuízo pode verificar-se no mercado entremarcas; iii) ou no mercado intramarcas, o que pode ocorrer: iii.1) quando o agente econômico detém posição dominante no mercado entremarcas, iii.2) quando as particularidades do caso concreto autorizem o isolamento do mercado intramarca como independente (mercado relevante autônomo).

66 Nota 21 no original citado: “Lembramos que a concorrência entremarcas é aquela enfrentada pelo produtor, enquanto a intramarca refere-se à que impera entre os distribuidores de um mesmo produto.”

67 *Contrato de distribuição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, p. 396 (grifado no original).

68 *Idem*, p. 396 (grifado no original).

69 Cf. N. T. P. CARVALHO, *op. cit.*, p. 38.

70 *Contrato de distribuição*, p. 407; v. tb. p. 408 e ss.

c) Cláusulas restritivas da concorrência

Talvez a cláusula que mais afete a questão antitruste nos casos de franchising seja aquela relativa às condições subordinadas, em inglês conhecidas como “tying” ou “tie-in”, e entre nós, como venda casada. São típicas no contrato de franchising de produção e de distribuição. Significa que o franqueado é obrigado a adquirir os insumos indispensáveis à operação da franquia diretamente do franqueador ou de terceiro por ele designado.

Como destacou Nuno T. P. CARVALHO⁷¹ em estudo específico sobre a matéria, o problema da subordinação de um modo geral, e no sistema de franchising em particular, comporta a existência cumulativa de três elementos, sem os quais não há de se falar em ilicitude em face das leis antitrustes. Em primeiro lugar, deve haver uma nítida separação entre a compra do produto ou serviço realmente desejado pelo franqueado (chamado de produto ou serviço *subordinante*, que pode ser a marca, o nome comercial, ou o *trade dress*), e o produto ou serviço adicional, cuja aquisição o franqueador impõe ao franqueado (chamado de produto ou serviço *subordinado*, que é a obrigatoriedade imposta ao franqueado de adquirir somente do franqueador ou de fornecedores por ele indicados) como condição para que este se afilie à rede. O segundo elemento, diz respeito à posição dominante do franqueador no mercado relevante do produto ou serviço *subordinante*, que, como vimos, deve ser aferida no universo da própria franquia (concorrência intramarca). Se isso ocorrer, o comprador (no caso a pessoa interessada em integrar a relação contratual como franqueado) não tem como escolher quanto à aquisição do produto *subordinante*, ou seja, o sinal distintivo objeto do contrato. Haverá, ainda, ilicitude se existir a probabilidade do franqueador assumir também uma posição dominante no mercado relevante do produto ou serviço *subordinado*; é o terceiro e último elemento.

71 Op. cit., p. 37.

Nos contratos de franchising de produção e de serviços, é clara a separação entre o produto *subordinante* (marca ou know-how licenciados) e o produto *subordinado* (insumos indispensáveis à operação da franquia). Exemplo clássico de subordinação nos contratos de franchising é a obrigatoriedade imposta por redes de lanchonete *fast-food* a seus franqueados, com relação à compra de certos insumos (p.ex., copos, guardanapos, pães, hambúrgueres etc.) que, apesar de não ostentarem a marca da rede, devem ser adquiridos exclusivamente dos fornecedores indicados pelo franqueador⁷². No caso específico do franchising de distribuição, essa separação não chega a ser tão nítida. Exemplo disso são as redes de franchising no segmento de cosméticos e perfumaria. Geralmente, produto e marca assumem aquilo que podemos chamar de “duas faces de uma mesma moeda”, ou seja, são inseparáveis. Nos casos, portanto, em que a separação entre produto *subordinante* e *subordinado* não for nítida, ou que por razões de eficiência econômica não se justifique tal separação, não haverá ilicitude da subordinação⁷³.

De tudo visto, destaca Nuno T. P. CARVALHO⁷⁴ que se as condições subordinadas forem consideradas restritivas da concorrência, poderão constituir, caso a caso, um ilícito civil, administrativo ou penal, de acordo com os seguintes dispositivos legais: alínea “i”, do artigo 11, da Lei Delegada nº 4/62⁷⁵; inciso I, do artigo 39, do Código

72 O exemplo é de N. T. P. CARVALHO, op. cit., p. 38 (hipoteticamente sobre a rede *McDonald's*).

73 Cf. N. T. P. CARVALHO, op. cit., p. 37. O autor cita como exemplo de eficiência econômica a venda de sapatos como um único produto, o par de sapatos, e não os pés direito e esquerdo separadamente; o que poderá parecer, para quem desejar adquirir somente um deles, uma relação de subordinação. O que não é verdade.

74 Op. cit., p. 36.

75 Art. 11: “Fica sujeito à multa de 150 a 200.000 Unidades Fiscais de Referência — UFIR, vigente na data da infração, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que: (...) i) subordinar a venda de um produto, compra simultânea de outros produtos ou a compra de uma quantidade imposta”; Lei Delegada nº 4, de 26/09/1962, publ. D.O. de 27/09/1962, (Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distri-

de Defesa do Consumidor⁷⁶; inciso II, do artigo 5º, da Lei nº 8.137/90⁷⁷; inciso XXIII, do artigo 21, da Lei nº 8.884/94⁷⁸. O problema todo reside no fato de que é muito tênue o limiar que separa a liberdade contratual de se dispor de tal cláusula e uma ofensa potencial ao princípio da livre concorrência. Caracterizada a condição de subordinação pela conjunção desses três elementos que a compõem, somente não haverá ilicitude se se verificar eficiências que a justifiquem⁷⁹. A admissão de uma ou outra justificativa de eficiência econômica deverá atender ao critério de praticabilidade, ou seja, a subordinação será ilícita se houver meios “praticáveis” e ao alcance do franqueador para atingir os mesmos fins, porém com menos ineficiência econômica e com meios menos desfavoráveis ao franqueado⁸⁰.

Mas o problema das condições subordinadas, apesar de ser observado com mais frequência na prática, não é o único a merecer atenção redobrada das autoridades antitruste. Outras cláusulas oriun-

buição de produtos necessários ao consumo do povo); redação do art. 11 alterada pela Lei nº 7.784/89, e a do *caput* pela Lei nº 8.881/94.

76 Lei nº 8.078, de 11/09/1990, art. 39: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: D) condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

77 Art 5º: “Constitui crime da mesma natureza: (...) II) subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço”.

78 Art. 21: “As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) XXIII) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

79 Cf. N. T. P. CARVALHO, *op. cit.*, p. 39. Entre as razões comumente apresentadas para justificar a subordinação em contratos de franquia, o autor menciona as quatro a seguir: a) garantir a padronização da apresentação visual e da qualidade dos produtos, serviços e estabelecimentos dentro da rede de franqueados; b) exercício de um controle rigoroso de qualidade; c) obtenção de descontos na aquisição de produtos, serviços e insumos de terceiros devido às compras em maior quantidade; e d) obtenção de rendimentos adicionais para o franqueador derivados das vendas diretas dos produtos subordinados ou de comissões quando esses produtos subordinados sejam vendidos por terceiros.

80 Cf. N. T. P. CARVALHO, *op. cit.*, p. 39 s.

das de um contrato de franchising podem oferecer igual ou maior risco à concorrência. Haverá uma probabilidade de restrição da concorrência no caso de cláusulas, por exemplo, i) que garantam ou estipulem certas exclusividades (acordos de exclusividade de comercialização ou de aquisição), ii) que estabeleçam restrições territoriais e de base de clientes, iii) que estipulem obrigação de não-concorrência, iv) que ocasionem discriminação de preços, ou que encerrem obrigações no sentido de fixação de preços mínimos de revenda ou de tabelamento de preços.

Sendo assim, toda cláusula de um contrato de franchising considerada restritiva da concorrência com base nos arts. 20 e 21, da Lei Antitruste, e cuja autorização não tenha sido previamente aprovada pelo CADE (art. 54), será nula de pleno direito. Neste ponto cabe um importante reparo. Não são apenas as cláusulas (informações ou ajustes escritos⁸¹) do contrato de franchising que são colimadas pelas normas antitruste. Isso porque, tais normas, notadamente os incisos do art. 20, da Lei Antitruste, aplicam-se com o mesmo rigor a todas as práticas e ajustes possíveis e imagináveis no sistema de franchising, ainda que como tais não possam ser considerados estritamente jurídicos, no sentido de ato jurídico por produzir efeitos juridicamente vinculantes. Cabe, aqui, a observação pontual de Paula A. FORGIONI no sentido de que “ainda que se trate de ato nulo de pleno direito, inválido ou ineficaz, ou mesmo que não tenha chegado a existir no mundo jurídico, poderá subsumir-se à Lei Antitruste brasileira, caso determine a incidência de qualquer dos incisos do art. 20, da Lei 8.884, de 1994”⁸². Para tanto, não importa a forma como se reveste tais ajustes,

81 No que diz respeito ao requisito essencial da forma, exige a Lei nº 8.955/94 que essa seja escrita (além de uma “linguagem clara e acessível”, cf. art. 3º, *caput*) não apenas com relação às cláusulas necessárias a serem definidas na *Circular de Oferta de Franquia*, mas também ao assim chamado “contrato-padrão” (art. 3º, inc. XV). Já no sentido da obrigatoriedade da forma escrita para os contratos de franchising com base em “condições uniformes a que aderem os licenciados”, ainda antes da promulgação da Lei nº 8.955/94, v. O. GOMES, op. cit., p. 529.

82 *Os fundamentos do antitruste*, p. 160.

sejam por “simples trocas de informações, cartas de intenção, ou mesmo acordos de cavalheiros”⁸³, o certo é que a conduta infringirá a ordem econômica, na medida em que se adequar aos tipos (“*Tatbestand*”) previstos nos arts. 20 e 21. É o caso, por exemplo, da recomendação de preços por parte do franqueador a seus franqueados. É válida a mera recomendação de preços médios ou até máximos (uma espécie de “*price guidelines*”), a fim de manter uma padronização mínima da rede e de valorização da marca, desde que não impeça ou dificulte a concorrência de preços. No entanto, caso se verifique, na prática, uma obrigatoriedade na sua aplicação (imposição de preço de revenda, “*price fixing*”), ocorrerá uma nítida restrição da concorrência, caracterizando, por conseguinte, uma infração à ordem econômica, nos termos do inc. XI, do art. 21, da Lei Antitruste.

Neste ponto, não há como deixar de reconhecer a semelhança dos efeitos sobre a concorrência que podem exercer certas cláusulas oriundas dos contratos de franchising (principalmente o franchising de distribuição), de um lado, e dos contratos de distribuição (concessão comercial), do outro. De fato, são figuras contratuais distintas⁸⁴. Porém, forçoso é reconhecer que ambas possuem funções econômicas bastante semelhantes. Ambas visam facilitar o escoamento de bens mediante a distribuição ou venda de produtos e a prestação de serviços, sendo que no franchising isso se dá de forma mais abrangente, por meio de uma licença de uso de sinais distintivos e de know-how, além da devida assistência técnica ao franqueado⁸⁵⁻⁸⁶.

83 P. A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, p. 160 s. A autora sublinha ainda a circunstância de que a ilicitude anticoncorrencial da prática independe da sua tipificação formal no ordenamento jurídico, e cita, como exemplos, os consórcios entre empresas, os grupos de sociedades e os acordos de acionistas, todos previstos na Lei nº 6.404/1976.

84 Quanto à distinção feita pela doutrina, citamos apenas os estudos de F. K. COMPARATO, op. cit., p. 53-54; W. BULGARELLI, op. cit., p. 532-535.

85 Nesse sentido v. P. A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 105-106.

86 Alguns dos conflitos inerentes às partes do contrato de distribuição, cujo reflexo pode ser sentido no campo das leis antitruste, foi sintetizado por P. A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 118-136.

Visto por esse ângulo, as cláusulas dessas duas figuras contratuais podem vir a ter impacto semelhante sobre a concorrência. E visto a carência de decisões no CADE sobre a análise da conformidade das cláusulas de um contrato de franchising com base na legislação antitruste nacional, entendemos que pode ser útil um estudo paralelo das decisões, presentes e futuras, envolvendo os contratos de distribuição⁸⁷.

6. A experiência na União Européia

a) Aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia

A conformidade das cláusulas de um contrato de franchising em face da legislação antitruste deve atender à análise do âmbito de aplicação dos artigos 81 (ex-art. 85) e 82 (ex-art. 86) do Tratado da Comunidade Européia (TCE)⁸⁸. Essas duas normas são as fontes primárias do Direito da Concorrência na União Européia.

Cabe ressaltar, inicialmente, que nem sempre todo negócio jurídico, cujo efeito deva ser sentido além das fronteiras de um Estado-membro, pode vir a ser obrigatoriamente objeto do Direito Europeu da Concorrência⁸⁹. E, por outro lado, como veremos mais adiante, uma rede nacional de franchising, operando nos limites territoriais de um único Estado-membro, pode, ainda assim, ser considerada restri-

87 Para um estudo detalhado sobre a conformidade das cláusulas do contrato de distribuição (concessão comercial) à luz da legislação antitruste, v. P. A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 169 e ss. (sobre a questão dos preços de revenda); p. 200 e ss. (sobre a divisão territorial e de mercado); p. 249 e ss. (sobre acordos de exclusividade); e p. 281 e ss. (sobre vendas casadas).

88 *Tratado que Institui a Comunidade Européia*, de 25/03/1957 (versão em língua portuguesa disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/index.htm>; acessado em 10/04/2008).

89 Cf. GERSTNER, Stephan. *Franchising und Kartellrecht*, in: Giesler, Jan Patrick; Nauschütt, Jürgen (Org.), *Franchiserecht*, 2^a ed., Köln: Luchterhand, 2007, p. 174.

tiva da concorrência e prejudicial ao comércio entre os Estados-membros. Exige-se, portanto, uma análise criteriosa dos pressupostos de aplicação de ambos os artigos: no caso do art. 81 TCE, se existem acordos restritivos da concorrência, e no do art. 82 TCE, se se verifica uma das condições de abuso de posição dominante. Além disso, levando ainda em conta as posições distintas que franqueador e franqueado ocupam na cadeia de produção e distribuição, cabe analisar a aplicação do *Regulamento (n.º 2790/1999) de Isenção por Categoria* (“*EU-Gruppenfreistellungsverordnung*”)⁹⁰.

O art. 81 TCE é a norma central na apreciação da validade, sob o ponto de vista concorrencial, do contrato de franchising. É ela que dispõe quais são as condutas consideradas incompatíveis e lesivas à concorrência no mercado comum, e prevê, ainda, a nulidade de qualquer cláusula ou acordo que satisfaça a proibição do artigo. Isso só não ocorrerá se determinados acordos possam ser contemplados com o benefício de uma das regras de exceção por categoria, elencadas no n.º 3 desse mesmo artigo (“*block exemption*” ou “*Gruppenfreistellung*”). Segundo a Comissão Europeia, com base no n.º 3 do art. 81 TCE e no *Regulamento de Isenção por Categoria*, o n.º 1 do art. 81 TCE não se aplica aos acordos ou práticas concertadas em que participam duas ou mais empresas, cada uma delas operando, para efeitos do acordo, em um nível diferente da produção ou da cadeia de distribuição, e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços (a que a Comissão denomina “acordos verticais”). A isenção por categoria do art. 81-3 só é aplicável na medida em que estes acordos contenham restrições da

90 “*Regulamento (CE) n.º 2790/1999 da Comissão, de 22/12/1999, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas*”, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (L 336/21), em 29/12/1999. Visando simplificar as regras aplicáveis aos acordos de fornecimento e de distribuição, este regulamento substituiu, de forma única, alguns outros regulamentos de isenção por categoria (Reg. n.º 1983/83 e Reg. n.º 1984/83), bem como o *Regulamento n.º 4087/88, de 30/11/1988, relativo à isenção de certas categorias de acordos de franquia*. Até a publicação do Reg. n.º 2790/1999, a verificação da adequação das cláusulas de contrato de franchising em face ao art. 81 TCE era feita com base nesse regulamento.

concorrência abrangidas pelo art. 81-1 (a que a Comissão denomina “restrições verticais”)⁹¹.

O art. 81 TCE foi concebido com base em conceitos econômicos e, sendo assim, a definição de mercado relevante é de vital importância para determinar a compatibilidade de acordos com base nesse artigo⁹². Para a aplicação do nº 1, do art. 81, exige-se a aferição dos seguintes elementos: (i) acordos, decisões ou práticas concertadas; (ii) possibilidade de afetar o comércio entre os Estados-membros; e (iii) objetivo ou efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no Mercado Comum. Este artigo contempla, portanto, os seguintes princípios básicos: em primeiro lugar, a proibição de quaisquer acordos ou ajustes que prejudiquem o livre comércio entre Estados-membros ou que tenham por objeto ou efeito a obstrução, restrição ou distorção da concorrência no Mercado Comum (e elenca uma lista exemplificativa de atos que podem constituir tais proibições); em segundo, a nulidade de pleno direito como efeito da proibição; e em terceiro, elenco de isenções às proibições descritas no nº 1, do mesmo artigo.

Como vimos antes, um contrato de franchising pode ter um impacto negativo na concorrência e na liberdade de comércio. Mas isso não significa necessariamente a aplicação automática do art. 81-1 TCE. A partir do momento em que se constata uma possível restrição da concorrência ou prejuízo no comércio entre os Estados-membros, há de se analisar também se o contrato de franchising não pode ser considerado de pequena importância (“*agreement of minor importance*”), uma vez que não restringe sensivelmente a concorrência, nos termos do art. 81-1 TCE, e que, por conseguinte, ficaria fora do alcance da norma⁹³. Cabe ressaltar, porém, que a regra “*de minimis*”

91 Cf. Reg. nº 2790/1999, art. 2-1; sobre as explicações do âmbito de sua aplicação, v. nº 24 e nº 201 da “*Comunicação*”.

92 Cf. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 106.

93 V. item 1, da “*Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do nº 1 do artigo 81 do Tratado que*

não se aplica a acordos entre empresas não-concorrentes, que direta ou indiretamente contenham as restrições de concorrência previstas nas isenções por categoria para acordos verticais; e esse é o caso da maioria dos contratos de franchising⁹⁴.

Como veremos mais adiante, o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias considerou no *leading-case* “Pronuptia” (1986) que certas cláusulas de um contrato de franchising são restritivas da concorrência e capazes de prejudicar o comércio entre os Estados-membros, nos termos do art. 81-1 TCE, e isso ocorrerá ainda que o contrato tenha sido celebrado entre empresas com sede em um mesmo Estado-membro, mas cujo efeito se faça sentir em outro, como por exemplo, cláusulas que tenham por fim impedir a atuação de franqueados em outros Estados-membros.

A aplicação do art. 81 TCE, seja as proibições do n° 1 ou as isenções por categoria do n° 3, em nada afasta a aplicação do art. 82 TCE. Em se verificando abuso de posição dominante no mercado específico por parte do franqueador ou do franqueado, ou de ambos,

institui a Comunidade Europeia (de minimis)”, publ. Jornal Oficial das Comunidades Européias, em 22/12/2001 (2001/C 368/07). De acordo com os itens de 7 a 9, a Comissão considera que acordos entre empresas que afetam o comércio entre os Estados-membros não restringem sensivelmente a concorrência na acepção do art. 81-1 quando a quota no mercado (“*market share*”) de cada uma das partes no acordo não ultrapassar um determinado percentual em qualquer dos mercados relevantes afetados pelo acordo, a ser calculado da seguinte forma: quando o acordo for concluído entre empresas que sejam concorrentes efetivos ou potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre concorrentes = “*market share*” de 10%), e quando este for concluído entre empresas que não sejam concorrentes efetivos nem potenciais em qualquer desses mercados (acordos entre não-concorrentes = “*market share*” de 15%). Nos casos em que for difícil determinar se se trata de um acordo entre concorrentes ou de um acordo entre não concorrentes, aplica-se o limiar de 10%. Os limiares de “*market share*” são reduzidos para 5%, tanto para os acordos entre concorrentes como entre não-concorrentes, sempre que a concorrência for restringida num mercado relevante pelo efeito cumulativo de acordos de venda de bens ou de serviços concluídos por diferentes fornecedores ou distribuidores. Para efeitos de aplicação desse dispositivo, entenda-se por “quota de mercado” o percentual referente às vendas efetuadas por uma empresa num determinado mercado em relação ao total das vendas feitas nesse mercado.

94 V. art. 4 do Reg. n° 2790/1999, v tb. PRATT, John H. *Franchising Law and Practice*, London: Sweet & Maxwell, 2005, p. 4013, n° de margem 4-036.

aplicar-se-á também a regra do art. 82. O abuso, para que haja incidência do artigo, pode se verificar, por exemplo, na estipulação abusiva de preços, na limitação de vendas que causem prejuízo ao consumidor final e na estipulação de condições diferentes para o mesmo trabalho⁹⁵. Do elenco de práticas que exploram de forma abusiva uma posição dominante no mercado, nos termos do art. 82-2, a de maior interesse para o franchising é a que visa “limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores”. Isso porque, como já estudamos antes, todo contrato de franchising contém cláusulas que, de uma forma ou de outra, limitam a produção e a distribuição dos bens e serviços objetos do contrato, seja por meio da cláusula de não-concorrência, seja pela obrigatoriedade imposta ao franqueado de adquirir os produtos do contrato de franchising diretamente do franqueador ou de um fornecedor exclusivo previamente indicado por ele (condições subordinadas ou “*tie-in*”).

Porém, o que se observa na prática é que nos setores da economia onde é mais comum o sistema de franchising, dificilmente ocorrerá abuso de poder dominante. No caso do franqueado, isto é ainda mais improvável, tendo em vista que são, na grande maioria dos casos, pequenos e médios empresários com atuação limitada a certos limites territoriais⁹⁶. No caso do franqueador, a Comissão reconhece que haverá posição dominante toda vez que este detiver uma participação acima de 30% no mercado relevante⁹⁷. De fato, a quota ou participação de mercado é o indício mais veemente de um provável abuso de posição dominante. Porém, não deve ser tomado em termos absolutos. Deve-se proceder também a uma ampla e prudente ponderação dos interesses individuais envolvidos, pois é certo que uma série de limitações e restrições são tidas como necessárias para garantir e viabilizar o funcionamento do sistema de franchising como um todo⁹⁸.

95 Cf. S. GERSTNER, op. cit., p. 174.

96 S. GERSTNER, op. cit., p. 191.

97 Cf. art. 3 do Reg. nº 2790/1999; v. S. GERSTNER, op. cit., p. 192.

98 Nesse sentido, S. GERSTNER, op. cit., p.194.

Embora a incidência ou não do art. 81 não afaste a aplicação do art. 82, na prática observa-se que, em se verificando uma das isenções por categoria do art. 81-3, dificilmente ocorrerá um dos casos de abuso de posição dominante elencados no art. 82. Stephan GERSTNER⁹⁹ apresenta três justificações: i) com base nos critérios da Comissão e do Tribunal de Justiça restam raros os casos de abuso de posição dominante por parte do franqueador; ii) ainda que se verifique uma participação no mercado relevante por parte do franqueador de mais de 30%, o contrato já não mais será considerado isento com base no art. 3-1 do Reg. nº 2790/1999; iii) por fim, na ponderação dos interesses das partes interessadas, pesará sempre o interesse maior da proteção do know-how. Sendo assim, considera-se menos provável que o art. 82 tenha um impacto significativo sobre os contratos de franchising¹⁰⁰.

b) O *leading-case* “Pronuptia”

O primeiro caso — e ainda hoje, após mais de 20 anos, o único — em que se analisou a adequação das cláusulas de um contrato de franchising em face às regras antitruste europeias foi o *leading-case* “Pronuptia”¹⁰¹, em 28/01/1986. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias apreciando a questão prejudicial proposta dois

99 Op. cit., p. 209.

100 Nesse sentido, v. J. H. PRATT, p. 4008, nº de margem 4-020; S. GERSTNER, op. cit., p. 174.

101 TJCE, Proc. nº 161/84, de 28/01/1986, *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*. Sobre um análise extensa da decisão em doutrina estrangeira, v. EPP, Wolfgang. *Franchising und Kartellrecht*, Colônia: Heymann, 1994, p. 224 e ss.; KORAH, Valentine. *Franchising and the EEC Competition Rules Regulation 4087/88*, Oxford: ESC Publ. Ltd., 1989, p. 19 e ss.; BUNTE, Hermann-Josef, *Franchising und EG-Kartellrecht*, NJW, 1986, p. 1406 e ss.; J. H. PRATT, op. cit., p. 4014 e ss.; entre nós, CRETELLA NETO, op. cit., p. 199 e 203 e ss. Ainda antes de “Pronuptia”, porém em sede administrativa, a Comissão Europeia já havia analisado em 1977 o caso “Campari” (publicado no Jornal Oficial nº L70/69, em 1978), voltado exclusivamente para certos aspectos do franchising de produção, e de pouca relevância para o tema da conformidade das cláusulas de franchising com as normas concorrenciais.

anos antes pelo *Bundesgerichtshof* (Supremo Tribunal Federal, Alemanha) sobre a interpretação e a aplicação do então art. 85-1 (atual art. 81-1) TCE e do Regulamento nº 67/67¹⁰² aos contratos de franchising, pronunciou-se no sentido favorável a essa aplicação, mas com a ressalva de que determinadas limitações ou restrições à aquisição de mercadorias não estão sujeitas à proibição desse artigo, desde que essas sejam indispensáveis à proteção do know-how, do nome e da identidade da rede de franchising.

Com a sentença no caso “Pronuptia”, o Tribunal reconheceu duas categorias de cláusulas essenciais ao bom funcionamento de um contrato de franchising, que têm por objeto a exploração econômica de conhecimentos técnicos (fornecimento do know-how e assistência comercial e técnica), mas que, por si só, não constituem formas de restrição da concorrência, de acordo com o art. 81-1 TCE¹⁰³: o primeiro grupo de cláusulas diz respeito às disposições indispensáveis à proteção do know-how e das técnicas e métodos do negócio do franqueador, para que essas não beneficiem direta ou indiretamente possíveis concorrentes; o segundo grupo de cláusulas trata de todo e qualquer tipo de disposição que seja indispensável ao controle e proteção da identidade e dos nomes dos signos distintivos que representam a rede de franchising. Com base então nessas duas categorias de cláusulas gerais, entendeu o Tribunal que não constitui restrição da concorrência, no sentido das proibições do art. 81-1 TCE, as seguintes cláusulas contratuais entre franqueador e franqueados¹⁰⁴: i) disposições indispensáveis a fim de impedir que o know-how transferido reverta em favor de concorrentes do franqueador; ii) proibição de abrir negócio idêntico ou similar no mesmo mercado ou território

102 *Regulamento nº 67/67/CEE da Comissão, de 22/03/1967, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85 do Tratado a certas categorias de acordos de exclusividade* (publicado no Jornal Oficial nº 57, de 25/03/1967, p. 849-852; revogado em 30/06/1983).

103 TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 16 e ss.; v. S. GERSTNER, op. cit., p. 183 s.; JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 651.

104 TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 16 e ss.

onde atua o franqueador (cláusula de não-concorrência) durante a vigência do contrato ou após determinado tempo de sua extinção; iii) proibição de transferir o negócio ou direitos e obrigações do contrato sem a anuência prévia do franqueador; iv) obrigação de aplicar e utilizar os métodos de negócio e o know-how transmitidos pelo franqueador; v) obrigação de vender os produtos fornecidos pelo franqueador exclusivamente nas lojas padronizadas da rede, a fim de manter um padrão único de apresentação (“*uniform shop layout*”); vi) obrigação de adquirir e vender exclusivamente os produtos fornecidos diretamente pelo franqueador ou por fornecedores por ele indicados; vii) obrigação de requerer previamente o consentimento do franqueador para qualquer tipo de publicidade, no que diz respeito à sua natureza (“*uniform advertising layout*”).

Nesse sentido, entendeu o Tribunal que determinadas cláusulas restritivas e de exclusividade são inerentes à própria natureza do contrato de franchising e, desde que essas não restrinjam a liberdade das partes contratantes além do necessário ao bom funcionamento do sistema de franchising, não se aplicam as proibições do art. 81-1 TCE¹⁰⁵.

Sendo assim, a compatibilidade das cláusulas do contrato de franchising dependeria das disposições previstas no art. 81-1 TCE e do contexto econômico, em que essas se inserem¹⁰⁶. Desde sua decisão no caso “*Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*”¹⁰⁷, o Tribunal vem reconhecendo reiteradamente que certos acordos, que não tenham por finalidade restringir a concorrência, devem ser avaliados no contexto de mercado em que estão inseridos e que deve ser adotada uma abordagem econômica para avaliar os seus efeitos, sobretudo no que diz respeito à conformidade de certas cláu-

105 TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 9.

106 TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 27 (1).

107 TJCE, Proc. nº 56/65, de 30/06/1966, *Société Technique Minière v. Maschinenbau Ulm GmbH*.

sulas restritivas em face do art. 81-1 TCE¹⁰⁸. Contudo, na sentença do caso “Pronuptia” o Tribunal não adotou completamente a sua tradicional abordagem econômica e considerou como restritivas da concorrência¹⁰⁹: i) cláusulas voltadas à divisão territorial de mercados entre franqueador e franqueados, ou entre franqueados entre si, ainda que sejam estipuladas entre empresas com sede no mesmo Estado-membro, as quais podem prejudicar o comércio entre os Estados-membros, na medida em que impedem os franqueados de se estabelecerem em outro Estado-membro¹¹⁰; ii) cláusulas que impeçam ou dificultem a concorrência de preços. A mera recomendação de preços (“*price guidelines*”) por parte do franqueador a seus franqueados não fere as regras da concorrência, desde que não se verifique na prática uma obrigatoriedade na sua aplicação.

Embora no caso concreto da sentença “Pronuptia” se tratasse de contrato de franchising de distribuição, tem-se admitido que os princípios gerais consolidados na sentença do Tribunal aplicam-se,

108 Nesse sentido, v. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 202. No âmbito da política da concorrência praticada pela Comissão Europeia “a análise econômica desempenha um importante papel na aplicação do direito comunitário da concorrência às restrições verticais”, v. já nesse sentido o nº 180 do “*Livro verde sobre as restrições verticais no âmbito da política comunitária da concorrência*”, publicado em 22/01/1997, Com. (96) 721 (“*Green Paper on Vertical Restraints*” ou “*Grünbuch zur Vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*”). A mesma posição foi mantida na *Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras comunitárias de concorrência às restrições verticais — Seguimento do Livro Verde sobre as restrições verticais*, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* nº C 365, em de 26/11/1998 (COM/98/0544 final): “o objectivo do actual exercício de revisão é o de criar um novo equilíbrio entre uma abordagem mais econômica e um nível razoável de segurança jurídica” (seção IV, nº 5).

109 Nesse sentido, v. JONES, Alison; SUFRIN, Brenda, op. cit., p. 651.

110 Cf. TJCE-“Pronuptia”, v. fundamentos da sentença nº 26. Neste ponto, o TJCE reitera entendimento anterior no caso “*Michelin*” (TJCE, Proc. nº 322/81, de 09/11/1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission*), sobre a aplicação do então art. 86 (atual art. 82) TCE, v. fundamentos da sentença nº 15: “*when the holder of a dominant position obstructs access to the market by competitors, it makes no difference whether such conduct is confined to a single Member State as long as it is capable of affecting patterns of trade and competition on the common market*”.

por analogia, aos contratos de franchising de serviços e de fabricação¹¹¹. Por ser ainda anterior ao Regulamento nº 4087/88¹¹² que tratava das isenções por categoria para as cláusulas de contrato de franchising, e que posteriormente foi substituído pelo Regulamento nº 2790/1999 (*Regulamento de Isenção por Categoria*), os princípios gerais do caso “Pronuptia” continuam valendo. No entanto, entende a doutrina que a sentença representa uma espécie de “registro do momento” (“*Momentaufnahme*”), e que uma aplicação sistemática a casos mais recentes requer uma certa cautela, tendo em vista o dinamismo fático e jurídico e as constantes transformações por que passou o sistema de franchising nos últimos anos¹¹³. Por conta disso, a fim de se verificar a aplicação das isenções do art. 81-3, ou mesmo das proibições do art. 81-1, aos contratos de franchising, deve-se levar em consideração toda a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sobre esses artigos, bem como as decisões, comunicados oficiais e regulamentos da Comissão Europeia¹¹⁴.

c) A posição da Comissão Europeia

Como vimos, o caso “Pronuptia” foi o único julgado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em que foi analisada a fundo a adequação dos contratos de franchising às normas europeias da concorrência. De fato, sua importância como *leading-case* e, como acabamos de ressaltar, a contemporaneidade de seus princípios, influenciou decisivamente a política da concorrência dentro da União Europeia para os contratos de franchising¹¹⁵. Com base nos

111 Em sentido mais restrito, v. J. H. PRATT, op. cit., p. 4015, nº de margem 4-040.

112 Regulamento nº 4087/88 da Comissão, de 30 de novembro de 1988, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85 do Tratado a certas categorias de acordos de franquia, Jornal Oficial nº L 359, de 28/12/1988.

113 Cf. S. GERSTNER, op. cit., p. 182.

114 Cf. J. H. PRATT, op. cit., p. 4009, nº de margem 4-023.

115 Comissão Europeia, *Política de Concorrência na Europa: as regras da concorrência aplicá-*

princípios da sentença “Pronuptia” e também na sua própria experiência¹¹⁶, a Comissão adotou inicialmente o Regulamento nº 4087/88 que tratava das isenções por categoria para as cláusulas de contrato de franchising, substituído depois pelo *Regulamento de Isenção por Categoria* (Reg. nº 2790/1999). Logo em seguida, a Comissão publicou as chamadas “*Orientações relativas às restrições verticais*” (“*Guidelines on vertical restraints*” ou “*Vertikal-Leitlinien*”)¹¹⁷, que são de vital importância para se entender como as isenções por categoria do Reg. nº 2790/1999 se aplicam aos contratos de franchising¹¹⁸⁻¹¹⁹.

Com o *Regulamento de Isenção por Categoria*, a Comissão reconheceu que certos acordos verticais podem contribuir para o au-

veis aos acordos de fornecimento e de distribuição, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2002, p. 16 e ss., bem como p. 23 s. (disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications>, acessado em 10/04/2008).

116 Seguindo os princípios da sentença “Pronuptia” quanto à conformidade de cláusulas de contratos de franchising com o Direito Comunitário da Concorrência, a Comissão analisou posteriormente os seguintes casos: “*Yves Rocher*” (17/12/1986, 87/14/EEC, publ. *Jornal Oficial* nº L8/49, 1987), “*Computerland*” (13/07/1987, 87/407/EEC, publ. *J.O.* nº L222/12, 1987), “*Service Master*” (20/08/1988, 88/604/EEC, publ. *J.O.* nº L332/38, em 1988) e “*Charles Jourdan*” (02/12/1988, 89/94/EEC, publ. *J.O.* nº L35/31, em 1989).

117 *Comunicação da Comissão — Orientações relativas às restrições verticais*, publicado no *Jornal Oficial* sob nº C 291 (2000/C 291/01), em 13/10/2000.

118 A parte que trata dos contratos de franchising compreende os pontos 42-45 e 199-201 das “*Orientações relativas às restrições verticais*” (2000/C 291/01).

119 O nº 199 das chamadas “Orientações” definiu o contrato de franchising da seguinte forma: “Acordos de franquia: [o]s acordos de franquia contêm o licenciamento de direitos de propriedade intelectual relativos em especial a marcas comerciais ou insígnias e saber-fazer [know-how] para a utilização e distribuição de bens ou serviços. Para além da licença de direitos de propriedade intelectual, o franqueador presta normalmente ao franqueado durante o prazo do acordo assistência comercial ou técnica. A licença e a assistência fazem parte integrante do método comercial objecto da franquia. Ao franqueador que concede a licença é em geral paga uma franquia ou royalty pelo franqueado para a utilização do método comercial específico. Os acordos de franquia podem proporcionar ao franqueador a possibilidade de criar com investimentos limitados uma rede uniforme de distribuição dos seus produtos. Para além do fornecimento do método comercial, os acordos de franquia, normalmente incluem uma combinação de diferentes restrições verticais, ou seja, distribuição selectiva e/ou obrigação de não concorrência e/ou distribuição exclusiva ou as suas formas mais atenuadas”.

mento da eficiência econômica no âmbito de uma cadeia de produção ou de distribuição, compensando por sua vez eventuais efeitos anticoncorrenciais resultantes desses acordos, mas que para isso acontecer, depende do grau de poder de mercado das empresas em causa¹²⁰. Ao contrário dos antigos regulamentos nº 1983/83, nº 1984/83 e nº 4087/88, que elencavam tanto os casos de restrições permitidas como proibidas, o atual *Regulamento de Isenção por Categoria* concentra-se apenas nas restrições proibidas, ou seja, casos em que, em hipótese alguma, haverá isenção; do que se pode concluir que excetuando-se estes, todos os outros são permitidos. De grande importância para a aplicação do *Regulamento de Isenção por Categoria* aos contratos de franchising são os seus artigos 4º e 5º, uma vez que enumeram determinadas limitações da concorrência que estão fora do grupo de isenção por categoria do nº 1, do art. 2º precedente e, por conseguinte, do âmbito de aplicação do art. 81-3 TCE. A doutrina costuma denominar de “*black list of hardcore restrictions*” (“*Kernbeschränkungen*”) aquelas elencadas no art. 4º (i.e., a isenção do art. 2º não se aplica ao acordo como um todo, perdendo este o benefício do *Regulamento* e a qualidade de “isento” aos olhos do art. 81-3 TCE), e de “*grey list*” (“*bedingte Verbote*”) as do art. 5º (i.e., a isenção não é aplicável somente a algumas obrigações do acordo, sem que este perca sua validade)¹²¹.

As “*Orientações*”, por sua vez, esmiúçam quais são os tipos de cláusulas de um contrato de franchising que inicialmente contêm as

120 Regulamento nº 2790/1999, itens 6 e 7 das considerações iniciais. O art. 2º elenca quais são as formas de acordos que podem se beneficiar de tais isenções. Em seguida, o art. 3º estabelece que a isenção prevista no art. 2º é aplicável desde que: i) a quota de mercado do fornecedor não exceda 30% do mercado relevante no qual venda os bens ou serviços contratuais, e ii) em caso de obrigações de fornecimento exclusivo, a quota de mercado do comprador não ultrapasse 30% do mercado relevante em que este adquire os bens ou serviços contratuais. Mais adiante, o art. 9º descreve minuciosamente as formas para se calcular a quota de mercado.

121 Sobre um estudo detalhado dos artigos do *Regulamento de Isenção por Categoria* aplicáveis aos contratos de franchising, v. J. H. PRATT, op. cit., p. 4027 e ss.; S. GERSTNER, op. cit., p. 194 e ss.

restrições da concorrência abrangidas pelo art. 81-1 TCE, mas que consideradas necessárias para proteger os direitos de propriedade intelectual do franqueador, são igualmente cobertas pelo *Regulamento de Isenção por Categoria*. Aliás, umas das “*Orientações*” é no sentido de que este só é aplicável aos acordos abrangidos no âmbito de aplicação do art. 81-1 TCE¹²². Além disso, as “*Orientações*” não prejudicam a aplicação da “*Comunicação de minimis*” ou de qualquer outra comunicação com relação aos contratos de franchising¹²³. A finalidade da “*Comunicação de minimis*” é mais no sentido de orientar, sem efeito vinculativo, os tribunais e as autoridades dos Estados-membros sobre a aplicação do art. 81 TCE¹²⁴. De fato, reconhece a Comissão que pode ocorrer a aplicação do art. 81-1 TCE, embora as partes suponham, de boa-fé, que o acordo esteja abrangido pelos termos da “*Comunicação*”; nesse caso, somente não será aplicada a multa.

A posição oficial da Comissão é clara no sentido de admitir a conformidade *a priori* das cláusulas de um contrato de franchising com as normas comunitárias da concorrência. Por outro lado, a partir de uma análise das diretrizes expostas nas “*Orientações*”, reconhece a Comissão que haverá riscos à concorrência com relação a contratos de franchising e outros acordos verticais sempre que a concorrência entremarcas (“*inter-brand competition*”) for insuficiente; o que, no contexto do franchising, equivale a dizer que franqueador e seus franqueados detêm poder de mercado significativo no mercado relevante em que atuam¹²⁵. De um modo geral, as regras da concorrência, bem como as isenções por categoria, aplicáveis aos contratos de franchising podem ser assim sintetizadas¹²⁶:

122 Cf. nº 8 das “*Orientações*”.

123 *Idem*.

124 V. item 4 da “*Comunicação*”.

125 Cf. J. H. PRATT, op. cit., p. 4025, nº de margem 4-102.

126 Cf. Comissão Européia, *Política de Concorrência na Europa*, op. cit., p. 23 s.; v. tb. “*Orientações relativas às restrições verticais*”, art. 44.

Cláusula de não-concorrência na venda de produtos concorrentes: uma obrigação de não vender bens ou serviços semelhantes não é abrangida pelo âmbito de aplicação do art. 81-1 TCE, se a obrigação for necessária para manter a identidade e reputação comuns da rede franqueada, além de permitir que o franqueador mantenha a uniformidade dos estabelecimentos e impedir que os concorrentes se beneficiem da sua designação comercial. Nestes casos, a obrigação de não-concorrência pode manter-se durante toda a vigência do contrato¹²⁷;

Quanto maior a importância do know-how transferido, mais provável será que as restrições verticais satisfaçam as condições de isenção previstas no art. 81-3¹²⁸;

As seguintes obrigações são geralmente consideradas necessárias para proteger os direitos de propriedade intelectual do franqueador, sendo geralmente consideradas não abrangidas pelo âmbito do art. 81-1 TCE e igualmente cobertas pelo *Regulamento de Isenção por Categoria*¹²⁹:

- a) uma obrigação por parte do franqueado de não desenvolver, direta ou indiretamente, quaisquer atividades semelhantes (cláusula de não-concorrência por exercício de atividades comerciais concorrentes)¹³⁰;
- b) uma obrigação por parte do franqueado de não adquirir participações financeiras no capital de uma empresa concorrente, de tal modo que esse fato conferisse ao franqueado o poder de influenciar o comportamento econômico da empresa concorrente;
- c) uma obrigação por parte do franqueado de não divulgar a terceiros o know-how transmitido pelo franqueador, enquanto este não tiver sido tornado público;
- d) uma obrigação por parte do franqueado de comunicar ao franqueador qualquer experiência adquirida na exploração do franchising e conceder-lhe, assim como a outros franqueados, uma licença não exclusiva para o know-how resultante dessa experiência;

127 “Orientações”, n.º 200-2 e 201.

128 “Orientações”, n.º 200-1.

129 “Orientações”, n.º 44; v. tb. Reg. n.º 2790/1999, art. 2-3 c/c “Orientações” n.º 30 e 43).

130 V. tb. “Orientações”, n.º 157, e 200-2.

- e) uma obrigação por parte do franqueado de informar o franqueador de infrações aos direitos de propriedade intelectual licenciados, desencadear procedimentos legais contra os infratores ou apoiar o franqueador em quaisquer procedimentos legais contra os infratores;
- f) uma obrigação por parte do franqueado de não utilizar o know-how licenciado pelo franqueador para outros efeitos que não a exploração do franchising;
- g) uma obrigação por parte do franqueado de não ceder os direitos e obrigações resultantes do acordo de franchising sem o acordo do franqueador.

Cláusula de padronização da qualidade a nível de distribuidores: por meio de um “sistema qualitativo de distribuição seletiva”, um fornecedor selecionado atendendo a critérios de qualidade, compromete-se a vender os bens ou serviços estipulados no contrato apenas a distribuidores previamente autorizados pela rede. Obrigações desse tipo têm por objetivo manter um padrão único de qualidade e evitar possíveis danos à imagem da rede de franchising, o que pode acontecer com franchising que opera com marcas famosas e produtos de luxo e de alta qualidade¹³¹. Esse tipo de obrigação poderá excepcionalmente satisfazer as condições previstas no art. 81-3 TCE, se for indispensável para proteger investimentos substanciais e específicos de uma relação, realizados pelos representantes autorizados. As restrições à venda por parte dos franqueadores (cláusula de localização e distribuição seletiva) proporcionam um incentivo aos franqueados para que estes invistam no seu próprio estabelecimento de franchising e, se não forem necessárias para esse fim, pelo menos ajudam a manter a identidade comum, compensando assim a eliminação da concorrência entremarcas¹³². De um modo geral, cabe ressaltar, porém, que quaisquer acordos que estabeleçam um “sistema quantitativo de distribuição seletiva” não se beneficiam da isenção por categoria e são atingidos pela proibição do art. 81-1 TCE¹³³.

131 Cf. Reg. nº 2790/1999, art. 4, alínea “b”, 3º item (a definição de “sistema de distribuição seletiva” está prevista na alínea “d”, do art. 1º); v. decisão do TJCE no caso “L’Oréal”, Proc. nº 31/80, de 11/12/1980; sobre a distinção entre sistemas qualitativo ou quantitativo na distribuição seletiva, v. S. GERSTNER, op. cit., p. 186 s.

132 V. “Orientações”, nº 116-8, 195 e 201.

Quanto às restrições verticais relativas à compra, venda e revenda de bens e serviços no âmbito de um acordo de franchising, tais como distribuição selectiva, obrigação de não concorrência ou distribuição exclusiva, o *Regulamento de Isenção por Categoria* é aplicável até um limiar de quota de mercado de 30% para o franqueador ou o fornecedor por este designado¹³⁴.

A posição oficial da Comissão vem se confirmando no grande número de aprovação de contratos de franchising ao longo dos últimos anos, com exceção, porém, — e aqui a Comissão adota o mesmo entendimento do TJCE no *leading-case* “Pronuptia” — de cláusulas voltadas à divisão territorial de mercados entre franqueador e franqueados, ou entre franqueados entre si, e cláusulas que impeçam ou dificultem a concorrência de preços¹³⁵.

Do quanto foi visto acima conclui-se, portanto, que uma simples rede nacional de franchising, operando nos limites territoriais de um único Estado-membro, pode, ainda assim, infringir os preceitos do art. 81-1 TCE, não obstante o fato dessa norma pressupor um acordo que prejudique o comércio entre os Estados-membros. Justamente por essa razão que as regras comunitárias da concorrência, e em particular as isenções por categoria (“*block exemptions*”) aplicáveis aos contratos de franchising, devem levar em consideração um grande número de redes de franchising¹³⁶. Ademais, além das obrigações examinadas acima, considerar-se-á nula qualquer cláusula que de alguma forma seja “susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenha por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”, nos termos do art. 81, nº 1 e 2 TCE.

133 Cf. Reg. nº 2790/1999, art. 4, alíneas “c” e “d”, e art. 5, alínea “c”.

134 “*Orientações*”, nº 200, v. tb. nº 95; v. art. 3-1 do Reg. nº 2790/1999.

135 Nesse sentido, v. A. JONES; B. SUFRIN, op. cit., p. 653.

136 Cf. J. H. PRAIT, op. cit., p. 4005, nº de margem 4-013.

No entanto, é certo reconhecer que com base na cláusula “*de minimis*”¹³⁷ a maioria dos contratos de franchising, em princípio, não restringe sensivelmente a concorrência na acepção do art. 81-1 TCE, e por isso, não necessita de prévia autorização da Comissão¹³⁸. Avanço significativo na política de aplicação mais eficaz das regras comunitárias de concorrência pôde ser sentido com a entrada em vigor do Regulamento nº 1/2003¹³⁹. Com ele a Comissão estabeleceu um novo “regime de exceção diretamente aplicável”. Com base no art. 1º, deste Regulamento, não é mais necessária a decisão prévia da Comissão (declaração formal de isenção), para o efeito de aplicação tanto das proibições do nº 1 do art. 81, como das isenções do nº 3 desse mesmo artigo, bem como também no caso da proibição de exploração abusiva de uma posição dominante referida no artigo 82 TCE. O Regulamento divide ainda a responsabilidade de execução (“*enforcement*”) das regras de concorrência — até então sob sua única e exclusiva responsabilidade — com as autoridades antitruste nacionais e os tribunais dos Estados-membros, os quais passaram a ter competência para aplicar os artigos 81 e 82 TCE. Diante disso, vê-se que a mudança introduzida pelo Reg. nº 1/2003 é mais no campo de aplicação das regras comunitárias da concorrência e em nada muda a essência das isenções por categoria, e muito menos altera a política da concorrência europeia para os contratos de franchising¹⁴⁰.

137 “Comunicação da Comissão relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do nº 1 do artigo 81 do Tratado que institui a Comunidade Europeia (*de minimis*)”, publ. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, em 22/12/2001 (2001/C 368/07), v. itens de 7 a 9. No entanto, de acordo p.ex. com o item 11-1, considerar-se-ão restrições da concorrência (e não se aplicam os pontos 7, 8 e 9) os acordos de franchising que tenham por objeto: a) a fixação de preços de venda de produtos a terceiros; b) a limitação da produção ou das vendas; c) a repartição de mercados ou de clientes.

138 Nesse sentido, v. J. H. PRAIT, op. cit., p. 4007, nº de margem 4-018, e p. 4010, nº de margem 4-025.

139 Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81 e 82 do Tratado, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (L 1/1), em 04/01/2003, e com vigência a partir de 01/05/2004.

140 Nesse sentido, v. J. H. PRAIT, op. cit., p. 4047, nº de margem 4-166/167.

7. Conclusões

A Lei Antitruste Brasileira, como vimos, é uma lei de caráter geral, que de um lado reprime os abusos de poder econômico e as práticas anticoncorrenciais, e de outro estabelece as chamadas “válvulas de escape”. Como observou Paula A. FORGIONI, a isenção de que trata a Lei Antitruste pode recair sobre uma gama de relações econômicas, onde vale a seguinte técnica jurídica: “há uma *lei geral* que cuida da concorrência e uma *lei específica* que retira de seu campo de incidência certo setor da economia”¹⁴¹. Sendo assim, não há como não ver na Lei de Franchising a natureza de *lei específica autorizadora de restrições concorrenciais* em face da norma geral da Lei Antitruste¹⁴².

O que queremos dizer é que o sistema de franchising é anti-competitivo por natureza. O contrato de franchising contém uma série de cláusulas com nítida vocação anticoncorrencial, que, por outro lado, encerram eficiências econômicas que justificam a sua isenção. Não obstante isso, comungamos a mesma preocupação de Nuno T. P. CARVALHO¹⁴³, de que a obrigatoriedade de inclusão de certas cláusulas na *Circular de Oferta de Franquia* não deve ser entendida como uma espécie de “certificado de imunização” contra a aplicação da legislação antitruste. Porém, não reputamos necessária a aprovação de uma isenção por categoria especialmente voltada para os contratos de franchising¹⁴⁴⁻¹⁴⁵. Entendemos que esse papel, como observamos acima, já cabe à Lei de Franchising¹⁴⁶.

141 *Os fundamentos do antitruste*, p. 161 (grifado no original).

142 V. ponto 5.a), e nota 61 *supra*.

143 Op. cit., p. 36.

144 Cf. N. T. P. CARVALHO, op. cit., p. 40. Note-se que, na União Européia, o Reg. nº 4087/88 que tratava das isenções por categoria para as cláusulas de contrato de franchising (um subproduto da decisão “*Pronuptia*”), foi extinto e seus princípios gerais incorporados no *Regulamento de Isenção por Categoria* (Reg. nº 2790/1999).

145 O mesmo raciocínio, porém, não se aplica aos contratos de transferência de tecnologia. Aqui, temos de concordar que o sistema carece, não só de uma *lei específica* para este tipo de

Após quase uma década e meia da promulgação da Lei de Franchising, o temor de inundação do CADE com um sem número de pedidos voluntários de autorização, com base no art. 54 da Lei Antitruste, (felizmente) não se confirmou. Não achamos que isso possa ser visto como um indício de que, sob o ponto de vista concorrencial, não haja distorção no sistema de franchising. O sistema está longe de ser perfeito. Em face dessa realidade, achamos que nossa autoridade antitruste deveria dar maior atenção a certas cláusulas que, embora incluídas na *Circular de Oferta de Franquia*, acabam se transformando na forma mais vil de restrição da concorrência, visto que estão revestidas de uma aparente legalidade. Entretanto, não resta dúvida que sobre tais acordos penderá — como bem formulou Nuno T. P. CARVALHO — “a espada de Dâmocles da nulidade, por violação das normas antitruste”¹⁴⁷.

A interface entre o Direito Civil — bem como também os Direitos de Propriedade Intelectual — e o Direito Antitruste é tema de grande interesse prático e acadêmico, sobretudo sob o ponto de vista de direito comparado. Atualmente, não há como estudar a disciplina jurídica do antitruste sem antes conhecer a doutrina e a jurisprudência européia e norte-americana. Por outro lado, como bem ponderou Karin GRAU-KUNTZ em recente estudo sobre Direito de Autor e Direito da Concorrência, “[o] Brasil não é União Européia. A realidade brasileira leva as ordens jurídica e econômica brasileiras a perseguirem fins outros, muitas vezes diferentes daqueles perseguidos pela União Européia ou por outros Estados europeus ou da América do

contrato, mas também, e principalmente, de um mecanismo de isenção por categoria tal como ocorre no Direito Comunitário da Concorrência. Nesse sentido, v. ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil (aspectos contratuais e concorrenciais da propriedade industrial)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 241 e ss., e p. 308-309.

146 Tal como ocorre com a *Lei Ferrari* e o regime de concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre (v. nota 60 *supra*). Nesse sentido, v. P. A. FORGIONI, *Contrato de distribuição*, p. 160 s.; v. tb. D. B. BARBOSA, *op. cit.*, p. 1077, nota nº 1485.

147 *Op. cit.*, p. 40.

Norte. (...) O que aqui se pretende afirmar é que, no que diz respeito ao Brasil, as soluções para a composição de interesses entre o direito privado sobre bens imateriais e o direito antitruste, direito cuja função é ordenar a concorrência de forma a direcionar o desenvolvimento econômico em uma ou outra direção, devem ser feitas sob medida para a realidade brasileira. Experiências e soluções estrangeiras podem, mas não servem necessariamente à realidade e aos objetivos político-econômicos brasileiros”¹⁴⁸.

A experiência jurídica européia em matéria de franchising e concorrência não deve, porém, ser desprezada. Serviu-nos para demonstrar que é possível uma distorção no sistema de franchising. Digno de nota é, ainda, o Reg. nº 1/2003 da Comissão Européia que introduziu um novo “regime de exceção diretamente aplicável”. Talvez um dos problemas que mais preocupa grande parte dos juristas seja justamente aquele voltado à aplicação e à efetividade das normas jurídicas (“*enforcement*”). E nesse campo, mais uma vez, sobressai a experiência do Direito Comunitário. Sem dúvida que o Reg. nº 1/2003 foi um avanço considerável nesse sentido. O grande número de regulamentos e atos normativos da Comissão, além da sua vasta jurisprudência administrativa, e também a do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, demonstra a maturidade da União Européia nessa matéria. Atendendo sempre à realidade jurídica e econômica brasileira, quiçá um pouco dessa experiência não possa ser útil ao nosso legislador pátrio e à nossa própria autoridade antitruste.

148 *Direito de autor e concorrência*, Manuscrito, 2008, p. 12-13 (trabalho aceito para publicação na coletânea de textos sobre questões de direitos autorais, organizada por Allan Rocha de Souza, a ser editada pela Faculdade de Direito de Campos e distribuída pela Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, em 2008).

