INSPER
LLC – DIREITO EMPRESARIAL

MARIA FERNANDA BUSSAMRA SAD

O contrato de franquia e o abuso do poder econômico: fixação de preço de revenda

São Paulo

2016

MARIA FERNANDA BUSSAMRA SAD

O contrato de franquia e o abuso do poder econômico: fixação de preço de revenda

Trabalho de conclusão de curso para aprovação
na Pós-graduação *latu sensu* LLC Direito
Empresarial no Insper, Direito.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes
Roque

São Paulo

2016

Sad, Maria Fernanda Bussamra.

O contrato de franquia e o abuso do poder econômico: fixação de preço de revenda.

Maria Fernanda Bussamra Sad. — São Paulo, 2016.

20 f.

Trabalho de Conclusão de Curso LLC Direito Empresarial—
Insper, 2016.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

1. Franquia. 2. Poder econômico. 3. Abuso de poder. 4. Fixação de preço de revenda. I. Maria Fernanda Bussamra Sad. II. O contrato de franquia e o abuso do poder econômico: fixação de preço de revenda.

MARIA FERNANDA BUSSAMRA SAD

O contrato de franquia e o abuso do poder econômico: fixação de preço de revenda

Trabalho de conclusão de curso para aprovação
na Pós-graduação *latu sensu* LLC Direito
Empresarial no Insper, Direito.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes
Roque

DATA DE APROVAÇÃO: __/__/____

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer aos meus maiores exemplos, Denise e Carlos, que sempre me ajudaram e estiveram ao meu lado durante todo este curso, me incentivando a jamais desistir.

À minha irmã, Maria Carolina, que de alguma forma participou desta etapa, seja com seu sorriso ou até mesmo com seu silêncio.

Ao meu namorado Fernando, à minha avó Jeny, aos meus amigos e demais parentes, por terem de alguma forma me auxiliado nesta jornada.

“O poder econômico é capaz de falsear as informações sobre o mercado, sobretudo através do instrumento fundamental do mercado, verdadeira representação da ‘mão invisível’ de Adam Smith: o preço”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 61)

RESUMO

O presente trabalho visa analisar se a fixação de preço de revenda no contrato de franquia, pelo franqueador ao franqueado, pode se caracterizar como infração da ordem econômica. Discute-se o poder econômico do franqueador sobre as atividades do franqueado, especialmente em razão da dependência empresarial, dos custos irrecuperáveis a curto prazo e da falta de informação inicial, não podendo este se opor às restrições verticais lhe impostas. O primeiro capítulo trata das principais características e da estrutura do contrato de franquia, demonstrando dois pontos de tensão com o direito concorrencial: o objeto e o modelo de negócio desenvolvido, em que o franqueado para utilizar a marca e *know-how* cedidos terá de cumprir com determinações do franqueador, tendo sua livre iniciativa restrita em prol da uniformização da marca e da padronização da rede. No segundo capítulo há uma breve análise concorrencial da ordem econômica, das formas de preço de revenda (mínimo, máximo, fixo e o preço sugerido) e de entendimentos doutrinários acerca da licitude ou não da cláusula de fixação de preço de revenda no contrato de franquia. Há, ainda, comentários da Legislação Antitruste e das penalidades severas para infração da ordem econômica, caso tal prática seja considerada ilícita e, por fim, há apontamentos de casos interessantes julgados pelo CADE sobre a fixação de preço de revenda. Todo o arcabouço deve ser analisado sob a regra da razão em detrimento da regra da ilicitude *per se*, sendo necessária a verificação dos efeitos gerados ao mercado, pró-concorrenciais ou anticoncorrenciais, para somente poder se afirmar que a fixação de preço de revenda praticada pelo franqueador é considerada uma prática lícita ou ilícita, sendo esta última passível de punição pelo CADE.

Palavras-chave: Franquia. Poder econômico. Abuso de poder. Fixação de preço de revenda.

ABSTRACT

This dissertation seeks to analyze whether the conduct of resale price maintenance (“RPM”) in franchise contracts, undertaken by the franchisor in face of the franchisee, can be characterized as an infraction of the economic order. The economic power of the franchisor over the franchisee’s activities is taken into account, mainly with views to corporate dependence, short-term *sunk costs* and initial lack of information, in such a manner that the franchisee is unable to oppose the vertical restrictions that are imposed upon it. The first chapter delineates the main characteristics and the structure of the franchise contract, demonstrating two points of tension of anti-trust law: the subject-matter and model of the core business that is developed, in which the franchisee is authorized to utilize the brand and know-how that are provided by the franchisor in exchange for compliance with the obligations set forth by the franchisor, in such a manner that the franchisee has its free enterprise restricted for the purposes of rendering brands uniform and grid standardization.

The second chapter sets out to establish brief antitrust analysis of the economic order, the manners of resale pricing (minimum, maximum, fixed and suggested price) and the academic comprehensions regarding the legality of RPM clauses in franchise contracts. Furthermore, chapter two provides commentary on the updated antitrust legislation and the severe sanctions for infractions to the economic order in the event that this conduct is considered illicit and, finally, notes in respect to interesting case-law of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) regarding RPM. This theoretical framework must be analyzed under the scope of the rule of reason to the detriment of the *per se* illicit conduct; it is necessary that the effects created in the market be analyzed, and whether they are positive or negative under an antitrust scope. It is only after this analysis that it is possible to affirm that the conduct is licit or illicit and, in the event that it is illicit, it will be sanctioned by CADE.

Key-words: Franchise. Economic Power. Abuse of Power. Resale Price Maintenance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§ - parágrafo

AC - Ato de concentração

AP - Averiguação Preliminar

art. - artigo

arts. - artigos

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF - Constituição Federal

COF - Circular de Oferta de Franquia

dez. - dezembro

inc.- inciso

INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial

nº - número

PA - Processo Administrativo

RPM - *resale price maintenance*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONTRATO DE FRANQUIA: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	11
1.1 CONCEITO E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE FRANQUIA	11
1.2 ESTRUTURA DO CONTRATO DE FRANQUIA E DETERMINAÇÃO DE CONDIÇÕES COMERCIAIS PELO FRANQUEADOR.....	13
2 CONTRATO DE FRANQUIA: ANÁLISE CONCORRENCIAL	16
2.1 ACORDOS VERTICAIS E O CONTRATO DE FRANQUIA.....	16
2.2 FORMAS DE FIXAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA	18
2.2.1 PREÇO MÍNIMO DE REVENDA E PREÇO MÁXIMO DE REVENDA	19
2.2.2 PREÇO FIXO DE REVENDA	19
2.2.3 PREÇO SUGERIDO DE REVENDA	20
2.3 ORDEM ECONÔMICA: LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA.....	20
2.4 FIXAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA E O CONTRATO DE FRANQUIA	20
2.5 LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE	20
2.5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	20
2.5.2 FIXAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA COMO INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA	20
2.5.3 CADE E A FIXAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA	20
CONCLUSÃO.....	29
REFERÊNCIAS	30
REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES	33

INTRODUÇÃO

Atualmente, a franquia possui alta relevância no mundo dos negócios, em especial nos tempos de crise econômico-financeira, sendo vista como um modelo ideal¹ que, segundo a Associação Brasileira de Franchising-ABF, teve um crescimento no primeiro trimestre de 2016 de 7,6%, no segundo, de 8,1% e, no terceiro de 8,8%, comparado com os mesmos períodos do ano anterior².

Isto pode ser justificado pelo fato de se tratar de um negócio que, por conter boa reputação da marca no mercado e um sistema operacional e financeiro previamente testado e consolidado, gerar ao franqueado, maior segurança e atratividade para investir.

Entretanto, apesar das vantagens do contrato empresarial em epígrafe, o presente trabalho irá analisar brevemente um ponto de tensão deste instrumento com o direito concorrencial, qual seja a fixação de preço de revenda do produto e/ou serviço a ser oferecido ao consumidor final, pois o franqueador, para preservar a marca, a uniformidade e a qualidade da rede, exerce vasto poder de controle sobre as atividades do franqueado.

E, o exercício deste poder econômico pelo franqueador pode se caracterizar como abuso, o qual é tido quando um agente prejudica a livre iniciativa e a livre concorrência, princípios estes, dentre outros, que fundamentam a ordem econômica, apesar do franqueado ter ciência que para ingressar na rede, terá que obedecer a certas determinações para continuidade no negócio.

Caso tal prática se enquadre como uma infração da ordem econômica, as penalidades são severas, sendo capazes de gerar a ruptura da atividade comercial exercida pelo franqueador, com a perda do direito monopolístico de exploração de sua marca e/ou patente e com o ônus de arcar com os prejuízos advindos da conduta.

¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING-ABF. **Mercado de Franchising cresce em meio à crise.** 2016. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/noticias/mercado-de-franchising-cresce-em-meio-a-crise/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

² ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING-ABF. **Franchising cresce 8,8% no terceiro trimestre de 2016.** Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/noticias/franchising-cresce-88-no-terceiro-trimestre-de-2016/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

1 CONTRATO DE FRANQUIA: BREVES CONSIDERAÇÕES

1.1 Conceito e principais características do contrato de franquia

Franquia é um contrato empresarial, disciplinado pela Lei nº 8.955 de 15 de dez. de 1994, em que o franqueador, detentor de uma marca ou patente registrada perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e possuidor de um *know-how* em determinado ramo, cede ao franqueado em caráter não exclusivo, o direito de utilizar desta marca ou patente, de distribuir produtos e/ou serviços em um território pré-fixado, bem como de utilizar a tecnologia de implantação e o sistema operacional previamente definidos para viabilizar a operação do negócio (art. 2)³.

Em contrapartida, o franqueado deverá remunerar o franqueador pelas verbas deste sistema, quais sejam (i) taxa inicial de franquia, que remunera a licença de uso da marca, a assessoria inicial para implantação da unidade e os treinamentos para transmissão do *know-how*; (ii) taxa mensal de franquia (*royalties*), equivalente geralmente ao percentual do faturamento bruto auferido na unidade para assistência contínua, supervisão de campo e utilização da marca enquanto o contrato perdurar; e, (iii) taxa de publicidade, que se refere ao *marketing* global realizado pelo franqueador para notoriedade da marca no território nacional.

Não obstante haver legislação específica da franquia, esta é considerado pela doutrina como contrato atípico⁴, pois somente há menção da fase pré-contratual, em que cabe ao franqueador entregar a Circular de Oferta de Franquia (COF), com todas as informações e documentos do negócio (art. 3), para que o franqueado promova o *full disclosure* sobre os dados fornecidos e decida investir de maneira consciente.

³ Sobre a definição de franquia, Jorge Pereira Andrade leciona que: “Franquia é o conceito pelo qual uma empresa industrial, comercial ou de serviços, detentora de uma atividade mercadológica vitoriosa, com marca notória ou nome comercial idem (franqueadora), permite a uma pessoa física ou jurídica (franqueada), por tempo e área geográfica exclusivos e determinados, seu uso, para venda ou fabricação de seus produtos e/ou serviços mediante uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre o movimento de vendas, oferecendo por isso todo seu ‘know-how’ administrativo, de marketing e publicidade, exigindo em contra-partida um absoluto atendimento a suas regras e normas, permitindo ou não a subfranquia”. (**Contratos de franquia e leasing**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 20). Fran Martins complementa que é “o contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligadas por vínculo de subordinação” (**Contratos e Obrigações Comerciais**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 440).

⁴ Segundo Fabio Ulhoa, “A Lei nº 8.955, de 1994, embora discipline determinados aspectos da franquia, não a tornou modalidade de contrato típico. Ao contrário, as relações entre franqueador e franqueado continuam regendo-se exclusivamente pelas cláusulas contratualmente pactuadas. O que o legislador estabeleceu, com este diploma, foi a regra de absoluta transparência nas negociações que antecedem a adesão do franqueado à franquia” (**Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. p. 448).

Caso a COF não seja entregue no prazo mínimo de dez dias antes da assinatura do contrato ou do pagamento de qualquer valor ou, ainda, contenha informações falsas, levará a anulabilidade do instrumento em questão (arts. 4 e 7).

Por este modelo de negócio há uma colaboração recíproca entre empresários independentes⁵, sem que haja vínculo de subordinação, em que o franqueador visa à expansão da sua rede e a entrada em novos mercados, e o franqueado, por sua vez, interessado na utilização da marca que conta com prestígio e um sistema já testado, tem a possibilidade de utilizar de métodos comprovados de operação e de *know-how*, da vasta publicidade e da assistência técnica e operacional contínua do franqueador.

A padronização é uma das principais características do contrato de franquia pois, além de o franqueador visar uniformizar sua marca no mercado⁶, o consumidor deve ter a mesma experiência e tratamento em qualquer unidade deste sistema, decorrendo daí a imposição de certas condições inerentes aos estoques, território de atuação, *mix* de produtos, dever de não concorrência durante e após o término contrato, modalidades de vendas, uso de uniformes e fixação de preço de revenda, sendo este último o escopo do presente trabalho.

As exigências rigorosas de comercialização e formatação da franquia quanto à fixação de preço de revenda são inerentes a este tipo de contrato, pelo fato de o franqueador visar manter a qualidade do sistema, impedindo que sua marca arduamente construída seja exposta de qualquer forma, sob pena de lhe ocasionar sérios prejuízos.

Em um primeiro momento, portanto, a imposição de certas condições comerciais pelo franqueador não podem ser tidas como ilícita ou anticoncorrencial, por ser da própria situação peculiar e da essência do contrato de franquia, manter a homogeneidade dos preços em todas

⁵ Segundo Calixto Salomão Filho, “A cooperação empresarial é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir com a autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo. Para que ocorra uma concentração empresarial, ao contrário, é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico para todas as operações por elas realizadas. Não ocorre simplesmente uma uniformização de certos comportamentos de mercado ou realização de certa atividade comum”. (**Direito Concorrencial: As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 267-268). Ainda, Ana Cláudia Redecker dispõe que: “[...] o conceito de franquia empresarial, [...] é uma forma de colaboração comercial entre empreendedores independentes regulada por um contrato, no qual uma parte – franqueador – concede a uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas – franqueados – o direito de utilizar da própria razão social e/ou da própria marca, e eventualmente, de outros sinais distintivos, para a venda de produtos ou prestação de serviços, sobre a base de um conceito previamente desenvolvido e consolidado no mercado, com assistência técnica para sua comercialização, sem vínculo de subordinação, valendo-se do recíproco interesse, recebendo em troca uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre o movimento de vendas, o franqueador controla a utilização da marca e dos sinais distintivos utilizados pelo franqueado com o fim de garantir uma prestação uniforme ao público e uma qualidade constante dos produtos e/ou serviços oferecidos.” (**Franquia Empresarial**, São Paulo: Editora Memória Jurídica, 2002. p. 37).

⁶ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. **O contrato de franquia empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica Editora: São Paulo, 2003, p. 120.

as lojas franqueadas, para proteção da marca, do sistema desenvolvido, dos outros franqueados e dos clientes fidelizados.

1.2 Estrutura do contrato de franquia e determinação de condições comerciais pelo franqueador

Em que pese haver autonomia entre o franqueador e o franqueado, tal se dá de forma relativa, pois há “um sem-número de obrigações oriundas do contrato de franquia que tolhem a ação do franqueador, apesar de ser ele empresa independente [...]”⁷.

A realidade é que o franqueador exerce de fato vasto poder de controle sobre as atividades do franqueado, em especial quanto à fixação de preço de revenda, influenciando diretamente no mercado em que este atua, por não poder, unilateralmente e sem autorização prévia, modificar as condições comerciais que lhe foram impostas. Nesse sentido, dispõem Jorge Lobo e Fran Martins que:

[...] o franqueador, [...] permanentemente orientando e fiscalizando as atividades do franqueado, que não atua senão em conformidade com as ordens do franqueador, a quem deve rigorosa obediência, sob pena de infringir o contrato que celebrou e que o obriga a observar e cumprir as instruções do franqueador sobre produção, comercialização, administração e marketing. Ora, se o franqueador cede, e efetivamente cede, (1) técnicas industriais ou métodos, expostos em ‘manuais de operações, (2) a marca e o logotipo, (3) o seu know-how e know-why, (4) na franquia de industrialização, o projeto de engenharia básica, (5) assessoria técnica e de treinamento contínuo (jurídico, fiscal, tributária, financeira, de engenharia, pesquisa de localização do ponto de venda, marketing, informática), além de prestar serviços de supervisão nas operações de comercialização e administração geral do franqueado, **parece que ele, franqueador, externamente exerce, de fato, o poder de controle sobre o franqueado**⁸.

Fixado o preço pelo franqueador, não pode o franqueado, a seu bel-prazer, alterá-lo para conseguir maiores lucros- quando o altera para mais- ou maior número de fregueses, quando a alteração é para menos. Em qualquer hipótese, entretanto, o preço da venda das mercadorias é fixado sempre pelo franqueador. O franqueado, desejando fazer qualquer alteração no mesmo, terá que ter a aprovação do franqueador, que, para atendê-lo, examinará as condições existentes para a alteração do preço no território concedido ao franqueado. Os terceiros que se sentirem prejudicados com a alteração do preço de venda das mercadorias, pelo franqueado, poderão dirigir-se diretamente ao franqueador, fazendo suas reclamações. Sendo estas justas, poderá o ocorrido dar lugar ao cancelamento da franquia pelo franqueado⁹.

Há, então, forte dependência externa entre as partes, pois forma-se um “[...] grupo econômico de subordinação com controle externo, em que o franqueador tem os deveres e

⁷ MARTINS, **op. cit.**, p. 442.

⁸ LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 49-50. (Grifo nosso)

⁹ MARTINS, **op. cit.**, p. 448.

responsabilidades próprias do controlador, inclusive devendo responder por eventuais abusos do poder de controle [...]”¹⁰.

E isto, diga-se, facilita o abuso do franqueador em relação ao franqueado, sendo três as características da franquia, segundo Calixto Salomão Filho, que tem o condão de facilitar a criação de sua posição dominante e a prática de eventual abuso econômico, quais sejam (i) os custos irreparáveis, (ii) a insuficiência de informações; e, (iii) a dependência empresarial:

Em primeiro lugar, na franquia, [...] exigem-se do franqueado investimentos específicos, relativos ao uso da propriedade intelectual, dos serviços de assistência técnica e do *know-how*. Somam-se a estes, também com um caráter específico, os outros investimentos que os franqueados fazem em suas unidades. Todos têm uma característica comum: exatamente porque específicos para a tecnologia/serviço do franqueado não podem, via de regra, ser aproveitados em outras atividades. **São, portanto, tipicamente, custos irrecuperáveis (*sunk costs*)**. O tipo de investimento exigido do franqueado, portanto, torna bastante custoso para ele o término da relação com o franqueador. **Isto cria uma relação de dependência entre o primeiro e o segundo, a qual pode levar este último a agir de forma oportunista, abusando da posição de poder que detém sobre o franqueado após o investimento inicial.** A existência de tais custos, verdadeiras barreiras à entrada e saída do mercado, constitui sem dúvida uma fonte de dependência do franqueado em relação ao franqueador¹¹.

[...] a maioria dos franqueados não têm o conhecimento técnico necessário para avaliar com precisão as consequências da relação de longo prazo que está estabelecendo. Além disso, aquelas podem ser insuficientes para a efetiva aferição dos riscos envolvidos no negócio. É inegável, também, que alguns franqueados podem ser mais informados do que outros. Isto pode permitir que o franqueador opte por agir de forma oportunista contra aqueles que são menos informados, em que [...] **a informação inicial não é apta a excluir dependência porque é insuficiente e, com frequência, discriminatória**¹².

[...] a última das causas da dominação está nos elementos jurídicos específicos da franquia. [...] **outra característica jurídica relevante que implica dominação é a existência de marca de grande renome.** Sendo o mercado do franqueado largamente dependente da reputação da marca que lhe é licenciada através do contrato de franquia, tanto maior será o estímulo do franqueado a permanecer na relação, por sempre acreditar que da ligação à marca depende sua sobrevivência. Aqui é o poder de mercado, quando ligado à marca, que se estende até a relação de franquia. Essas duas características jurídicas coligadas caracterizam a chamada dependência empresarial. [...] de outro lado, fonte de dependência empresarial é também a relação empresarial continuada. **Origem da dependência é aqui o vínculo econômico duradouro entre as partes**¹³.

Portanto, toda vez que houver “[...] a expectativa de que os agentes econômicos venham a restringir demandas, limitar oferta, retirar-se do mercado por força da restrição de

¹⁰ LOBO, *op. cit.*, p. 51.

¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Editora Malheiro, 2002. p. 102. (Grifo nosso)

¹² *Ibid.*, p. 104-105. (Grifo nosso)

¹³ *Ibid.*, p. 105-106. (Grifo nosso)

informação ocorrida e de que essa situação venha a perdurar e até se reproduzir no tempo [...]”¹⁴, tais condutas poderão provocar sérios riscos ao direito concorrencial.

Por esta razão, quando se fala do contrato de franquia e da fixação de preço de revenda pelo franqueador deve se ter em mente dois pontos conflitantes com o direito concorrencial: (i) o objeto do contrato, em que o franqueado está plenamente ciente que para utilizar a marca e o *know-how* cedidos deverá cumprir com as determinações do franqueador, sob pena de ter o contrato rescindido e ser obrigado a indenizá-lo por perdas e danos, em razão da desobediência; e, (ii) o modelo de negócio desenvolvido, em que o franqueado ao ingressar nessa relação contratual está ciente que terá sua livre iniciativa restrita em prol da uniformidade da marca e da padronização da rede perante o mercado em geral.

Passa-se a uma breve análise concorrencial relacionada ao contrato de franquia para se detectar se há abuso do poder econômico exercido pelo franqueador ao fixar preço de revenda ao franqueado e, em caso positivo quais sanções no âmbito administrativo estará sujeito.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 162.

2 CONTRATO DE FRANQUIA: ANÁLISE CONCORRENCIAL

2.1 Acordos verticais e o contrato de franquia

Os acordos restritivos da concorrência podem ser divididos em horizontais ou verticais, sendo o primeiro aquele celebrado por “agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência”¹⁵ e o segundo, por seu turno, disciplina “relações entre agentes econômicos que desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diversos, muitas vezes complementares”¹⁶, que estão na mesma cadeia produtiva, porém, em níveis diferentes.

Assim, quando houver acordos ou práticas “impostas unilateralmente por empresas que atuem em diferentes estágios da cadeia produtiva/distributiva, e que resultem em limitações”¹⁷, deve-se falar em restrições verticais à concorrência.

Nesse contexto se insere o contrato de franquia, pois há uma relação entre “um fornecedor de insumos (em sentido amplo, incluindo o *know-how*) e uma empresa à jusante, a qual utiliza estes insumos para oferecer bens e serviços”¹⁸, sendo os franqueados “[...] apenas um instrumento de pressão do franqueador sobre o mercado de consumo e não os representantes do consumidor perante os produtos, verdadeiros instrumentos de captação de suas necessidades e transposição para o franqueador/produtos”¹⁹.

Segundo Calixto Salomão Filho, nos acordos restritivos verticais o comportamento do franqueador é o de colocar o franqueado em uma situação de inferioridade, que apenas permanece no mercado para obedecê-lo e servi-lo, fenômeno este chamado por este Autor de aniquilamento empresarial, que deve ser sancionado pelo direito concorrencial:

[...] em se tratando de predação vertical, deve-se falar em aniquilamento empresarial e não eliminação de mercado. A possibilidade de eliminação do mercado é um requisito da predação horizontal. Na relação horizontal a lógica de mercado é exatamente fazer desaparecer o concorrente para tomar-lhe o lugar. Nas relações verticais isso não ocorre. **O comportamento natural do agente econômico, que objetiva a dominação, é reduzir o distribuidor ou franqueado a uma verdadeira**

¹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 334. Vicente Bagnoli define mercado relevante como “[...] a tradução liberal da língua inglesa de *relevant market*, cujo sentido é determinar o mercado em questão, o *locus* pertinente à análise concorrencial de determinada prática ou operação” (**Direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 184).

¹⁶ FORGIONI, **op. cit.**, p. 334.

¹⁷ GONÇALVES, Priscila Brólio. **Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais**. São Paulo: Editora Singular, 2002. p. 290.

¹⁸ FORGIONI, **op. cit.**, p. 106.

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 127. Ainda, Paula Forgioni corrobora que “[...] o acordo entre empresa fabricante e outra distribuidora configura acordo vertical, ou entre a franqueadora e seus franqueados” (FORGIONI, **op. cit.** p. 334).

situação de ‘subemprego’ na qual permanece no mercado apenas para servir o agente econômico do qual depende. Aniquilada sua margem de lucro, totalmente endividado perante o fornecedor ou franqueador, torna-se um instrumento de suas vontades e, portanto, potencialmente de seu abuso sobre o consumidor final [...]. **É o aniquilamento empresarial, nesse sentido, fruto da predação vertical, que deve ser sancionado pelo direito concorrencial [...]**²⁰.

Os acordos restritivos verticais podem se subdividir pelo preço, em que “[...] incluem a fixação (ou manutenção) e a sugestão de preços de revenda [...]”²¹ e pelo não preço, em que “[...] abrangem as limitações territoriais e de clientela, a exclusividade, as cláusulas de quantidades mínimas e de estoque, as de venda casada, etc”²².

Dentre as condutas mais comuns dos acordos restritivos verticais pelo preço está a fixação de preço de revenda, que são “cláusulas que visam a proporcionar, ao fabricante, certo controle sobre os preços praticados pelos distribuidores”²³ em que “o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores” (Resolução nº 20 de 9 de junho de 1999, Anexo I, letra ‘b’, do CADE)²⁴.

Tal diferenciação se faz necessária para a verificação dos efeitos produzidos para a concorrência, pois enquanto os acordos horizontais “neutralizam a competição principalmente entre os agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante (encontrando-se, portanto, em relação de competição)”²⁵, os acordos verticais “podem produzir efeitos anticoncorrenciais em três mercados relevantes (mercado do fornecimento de matéria-prima, mercado da produção e da distribuição) [...]”²⁶.

Não se devem considerar os acordos restritivos verticais lícitos ou ilícitos por si só, antes de se analisar os motivos pelos quais são adotados pelo agente econômico e quais suas consequências ao mercado. Mais especificamente, deve se verificar se a prática de fixação de preço de revenda no contrato de franquia traz efeitos pró-concorrenciais ou anticoncorrenciais.

Os efeitos pró-concorrenciais podem se dar por meio (i) do aumento da concorrência entremarcas (agentes econômicos que atuam com marcas diferentes); (ii) da eliminação do fenômeno da dupla marginalização, ou seja, quando há poder de mercado tanto pelo

²⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 126-127. (Grifo nosso)

²¹ GONÇALVES, **op. cit.**, p. 154.

²² **Ibid**, p. 155.

²³ FORGIONI, **op. cit.**, p. 357.

²⁴ [Tal resolução foi revogada parcialmente pela Resolução nº 45 de 28 de março de 2007 do CADE, alterações estas que não impactam no presente trabalho].

²⁵ FORGIONI, **op. cit.**, p. 334.

²⁶ FORGIONI, **op. cit.**, p. 334.

franqueador quanto pelo franqueado/distribuidor, que, para aumentar a margem de lucro, aumentam o preço final do produto e/ou serviço; (iii) da melhoria dos serviços pré-venda e pós venda, com maior qualidade e com mão-de-obra mais qualificada, eliminando a figura do *free-rider*, que é o agente que se beneficia de investimentos feitos por outro franqueado, sem nenhum esforço; e, (iv) da preservação da marca e da imagem do produto e/ou serviço oferecido.

Já os efeitos anticoncorrenciais podem se dar através (i) da diminuição/eliminação da concorrência intramarcas (agentes econômicos que atuam sob a mesma marca), tendo como consequência a de que “[...] exclui a possibilidade de distribuidores mais eficientes exercerem pressões competitivas sobre os demais, reduzindo preços e aumentando o bem-estar do consumidor”²⁷; e, (ii) do aumento unilateral de poder de mercado do franqueador que, ao deter poder de controle e ingerência sobre o franqueado, irá lhe impor condições comerciais que podem causar danos a sua livre iniciativa de praticar a atividade empresarial.

2.2 Formas de fixação de preço de revenda

A fixação de preço de revenda (RPM) é um tipo de restrição vertical imposta pelo agente econômico superior (no caso o franqueador), a fim de delimitar e/ou influenciar o preço que o revendedor (no caso o franqueado) irá oferecer ao consumidor final, como forma de uniformizar os preços e dispor de coesão para o negócio.

Tal prática “pode ser convencionada entre os agentes econômicos ou imposta unilateralmente por um deles”²⁸ e, sob qualquer destes prismas, a principal característica “é a obrigatoriedade da disposição”²⁹, em que não há a possibilidade de negociação àqueles que não estiverem de acordo com o preço determinado.

Há três formas de fixação de preço de revenda: (i) fixação de preço mínimo de revenda; (ii) fixação de preço máximo de revenda; e, (iii) fixação de preço de revenda fixo, as quais são utilizadas pelo franqueador como meios de controle sobre seu franqueado, em especial para homogeneizar as condições de comercialização dos integrantes de sua rede.

Porém, há, ainda, o denominado preço sugerido de revenda que, apesar de não representar uma violação à concorrência por não haver sanção pela sua não observância, dependendo da forma como for abordado pelo franqueador, pode mascarar uma fixação de

²⁷ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 166.

²⁸ *Ibid*, p. 159.

²⁹ *Ibid*, p. 160.

preço de revenda e, portanto, todo o arcabouço de efeitos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais deverá ser analisado no caso concreto.

2.2.1 Preço mínimo de revenda e preço máximo de revenda

O preço mínimo de revenda é aquele em que “os distribuidores não podem revender os produtos a preços inferiores ao piso fixado”³⁰, não podendo o franqueado sob nenhum pretexto abaixar o limite de preço imposto pelo franqueador.

O preço máximo de revenda, por seu turno, é aquele em que o franqueado não pode “revender os produtos a preços superiores ao teto estabelecido”³¹. O franqueador impõe um limite de preço, em que não é dada a possibilidade ao franqueado de vender acima do estipulado.

2.2.2 Preço fixo de revenda

O preço fixo de revenda se refere à imposição do valor final do produto e/ou serviço pelo franqueador ao franqueado, “com previsão expressa (ou implícita, mas efetiva) de penalidades para o caso de descumprimento da determinação efetuada (inclusive a possibilidade de rompimento do contrato)”³².

É considerada como a prática que gera maiores danos ao mercado, pois o preço não é delimitado de acordo com a oferta e a procura, mas sim pela imposição unilateral do franqueador ao seu franqueado, para que não ocorra nenhuma concorrência predatória na rede, além de ter o intuito de manter a homogeneidade dos preços dos produtos e/ou serviços oferecidos ao consumidor final³³.

Assim, enquanto no preço máximo de revenda “os distribuidores podem concorrer entre si abaixo do teto fixado, sendo possível, portanto, ainda que restrita, a concorrência através de preços entre os distribuidores da mesma marca”³⁴ e no preço mínimo “também é possível a competição no que tange aos preços, desde que observado o piso fixado”³⁵, no caso

³⁰ GONÇALVES, **op. cit.**, p. 164.

³¹ **Ibid.**, p. 164

³² **Ibid.**, p. 171.

³³ Cf. GONÇALVES, **op. cit.**, p. 166.

³⁴ **Ibid.**, p. 165.

³⁵ **Ibid.**, p. 165.

do preço fixo de revenda, isto não ocorre, “onde simplesmente não há a concorrência via preços entre os distribuidores da mesma marca”³⁶.

2.2.3 Preço sugerido de revenda

Outra forma que merece destaque na análise concorrencial é o preço sugerido de revenda, que “[...] caracteriza-se pela não vinculação dos agentes econômicos, podendo os mesmos praticar preços diversos dos sugeridos”³⁷. Em outras palavras, a mera sugestão de preço feita pelo franqueador não vincula, tampouco obriga o franqueado a assim proceder, pois inexistente fiscalização e punição caso não seja acatada.

Entretanto, necessário se ter cautela com o modo em que o preço sugerido de revenda é utilizado pelo franqueador, que a princípio não traz efeitos anticoncorrenciais ao mercado, mas pode mascarar uma verdadeira imposição pelo franqueador para que a sugestão seja adotada, o que deixaria de ter o caráter sugestivo e passaria a ser uma real fixação de preço de revenda.

Assim, “a licitude ou ilicitude da sugestão dependerá da valoração do contexto econômico no qual se insere e dos efeitos a serem produzidos no mercado”³⁸.

2.3 Ordem econômica: livre iniciativa e livre concorrência

Após demonstrada as formas de fixação de preço de revenda, necessário se faz tecer comentários sobre a ordem econômica, que deve ser analisada sob o prisma da Constituição Federal de 1988 (CF).

O art. 170 *caput*, incisos e parágrafo único trazem os fundamentos e os princípios da ordem econômica, tais como a livre iniciativa (*caput* e parágrafo único) e a livre concorrência (inc. IV), como forma de se atingir a justiça social. Nas palavras de Vicente Bagnoli:

Ordem econômica é o conjunto de princípios dispostos na Constituição Federal, tais como a função social da propriedade, a liberdade de concorrência e o respeito aos direitos dos consumidores e dos trabalhadores, que têm por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica e coordenar a atividade de seus agentes. O direito de propriedade individual e o princípio da liberdade de iniciativa são também

³⁶ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 165.

³⁷ *Ibid.*, p. 205.

³⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos de Distribuição**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 171.

fatores importantes que impulsionam a atividade econômica numa economia social de mercado que valoriza o capitalismo democrático [...]”³⁹.

O dispositivo legal supra deve ser interpretado conjuntamente com o art. 173, § 4º, que dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, o que revela que, o exercício do poder econômico de qualquer agente deve “respeitar a livre concorrência, sendo a repressão do seu abuso um instrumento para tanto”⁴⁰.

Observa-se que a mera existência de poder econômico “não é um mau *per se*, pelo contrário, sem o poder econômico não se viabilizam grandes obras e investimentos necessários para o desenvolvimento do país”⁴¹, não tendo, portanto, o condão de ferir a ordem econômica, apenas havendo o abuso se se configurar as hipóteses do art. 173, §4º, CF.

Assim, deve se analisar o caso concreto para se detectar se as condutas praticadas pelo franqueador causam efeitos anticoncorrenciais e violam a ordem econômica, pois “as práticas respaldadas em justificativas legítimas e cujas eficiências e benefícios superem eventuais efeitos restritivos não violam a ordem econômica”⁴². Nesse sentido:

[...] restrições à concorrência, dominação de mercados e aumento de lucros **somente poderão ser reprimidos se forem desarrazoados e apresentarem efeitos prejudiciais preponderantes sobre os benefícios e os efeitos pró-competitivos**. A *contrario sensu*, tal como já mencionado, **o poder econômico exercido regularmente- ou seja, com respaldo em legítimos interesses negociais ou estratégicos do agente econômico, observando a sua função social, ou cujas eficiências e outros benefícios superem eventuais efeitos restritivos – não atenta contra a ordem econômica**⁴³.

Com isso notamos que no sistema brasileiro vigora a regra da razão em detrimento da regra da ilicitude *per se*⁴⁴. Isto quer dizer que, não basta o reconhecimento de um ato ser danoso por si só para que seja considerado um ilícito, não importando as possíveis eficiências que poderá trazer. Ao consolidar a regra da razão, dever-se-á averiguar todos os efeitos

³⁹ BAGNOLI, *op. cit.*, p. 230.

⁴⁰ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 116.

⁴¹ BAGNOLI, *op. cit.*, p. 169.

⁴² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, P. 295

⁴³ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 139-140. (Grifo nosso)

⁴⁴ Marcos Paulo Veríssimo conceitua a ilicitude *per se*, como “absoluta pelo próprio objeto, como o delito de mera conduta que não admite qualquer consideração sequer sobre o potencial abstrato de produção de efeitos negativos da conduta, ou tampouco prova contrária de produção (ainda que excepcional) de eficiências capazes de sobrepujar os potenciais efeitos daninhos” (CADE. **Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44**, p. 1725. Disponível em: <

gerados pela fixação do preço de revenda ao mercado, para somente a partir daí poder se afirmar se será considerada uma prática lícita ou ilícita praticada pelo franqueador.

Considerando, à vista disso, que se “admite cláusulas restritivas da concorrência, desde que razoáveis e necessárias para a consecução de acordos ou obrigações lícitos”⁴⁵, a restrição à concorrência adotada quanto à fixação de preço de revenda pelo franqueador seria lícita, podendo ser justificada com a finalidade de proteção da marca e da qualidade do sistema oferecido, apesar de haver, a bem da verdade, um controle pelo franqueador no *modus operandi* do negócio explorado pelo franqueado.

Somente a fixação de preço de revenda seria considerada ilícita se a conduta do franqueador ocasionasse prejuízos à ordem econômica e houvesse desequilíbrio excessivo entre as partes. Ora, mas restringir a livre iniciativa e a livre concorrência deste “subordinado” não se estaria causando enormes prejuízos ao desenvolvimento de sua atividade empresarial, pelo fato de o franqueador estar se utilizando abusivamente de sua posição econômica dominante?

Mais ainda, será que é suficiente ao franqueador justificar a restrição de fixação de preço de revenda ao franqueado, sob o manto da preservação da marca, da homogeneidade dos preços e do modelo de negócio desenvolvido, como sendo necessária e razoável à ordem econômica?

Estas reflexões são importantes para leitura do próximo item, que examinará as posições doutrinárias sobre a fixação de preço de revenda no contrato de franquia, jamais tendo o condão de esgotar o tema.

2.4 Fixação de preço de revenda no contrato de franquia

No que se refere à fixação de preço de revenda no contrato de franquia “é preciso, portanto, determinar com precisão o significado e função desse tipo de cláusula para poder avaliar sua ilicitude, isto é, em que circunstâncias pode vir a se configurar o ilícito de dominação do mercado [...]”⁴⁶.

Paula Forgioni afirma que antes de se considerar lícita ou ilícita *per se* a fixação de preço de revenda dever-se-á ponderar diversos fatores para se concluir se há impacto concorrencial:

⁴⁵ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As condutas**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 296.

Mediante a determinação do preço de revenda, a posição de força do fabricante sobre a rede poderá ser potencializada, dando margem a abusos contra aqueles que se encontram em situações de dependência econômica e/ou vinculados por dispositivos contratuais⁴⁷.

[...] o fato de termos imposição ou sugestão não é determinante para a decisão sobre a licitude ou ilicitude da prática, que dependerá do impacto concorrencial gerado. Assim, antes de aderirmos a cômodas fórmulas preestabelecidas (v.g., “sugestão é lícita; imposição, ilícita), **é preciso ponderar uma infinidade de fatores: poder econômico dos agentes, estrutura dos mercados, sistema de distribuição normalmente adotado pela concorrência e tantos outros**⁴⁸.

Para os que defendem a licitude da cláusula de fixação de preço de revenda no contrato de franquia, Claudineu de Melo entende que tal prática se justifica por dois motivos, primeiro, pois “[...] há necessidade de se manter uniforme o preço do produto, uma vez que a sua oscilação constante ou discrepância entre distribuidores poderia gerar a perda de credibilidade e prestígio do próprio produto”⁴⁹ e, segundo, pois “[...] a função social do fabricante impõe-lhe o ônus de preservar os interesses da comunidade em que se insere, garantindo-lhe o preço que praticaria se a venda fosse por ele realizada, diretamente”⁵⁰.

Segundo este Autor, para o franqueador obter êxito no negócio, “pode e deve ele, isto sim, estabelecer uma política objetiva de preços, aplicável indistintamente a toda a rede de distribuição”⁵¹. O ilícito somente seria caracterizado se o franqueador fixasse preços vantajosos para algum dos franqueados em detrimento da rede como um todo.

Calixto Salomão Filho entende que a fixação de preço de revenda no contrato de franquia tem como base a proteção da marca e a reputação do franqueador no mercado, sendo pró-concorrencial:

[...] requisito essencial para que o produto possa aparecer para o público sob aquela marca comum é homogeneidade de preços entre os franqueados. Essa homogeneidade serve, aqui, a dois objetivos perfeitamente concorrenciais. Em primeiro lugar, permitir o fornecimento dos bens pelo produtor sem que esse tenha que chegar até o nível da distribuição via concentração vertical. Em segundo, permitir que os franqueados se sintam seguros para realizar os investimentos necessários para garantir a qualidade do produto⁵².

[...] toda vez que a restrição à concorrência for imprescindível para garantir o acesso ao mercado sem concentração vertical a restrição será lícita, por pró-concorrencial. É o que ocorre, por exemplo, na hipótese da franquia⁵³.

⁴⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos de Distribuição**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 174.

⁴⁸ **Ibid**, p. 172. (Grifo nosso)

⁴⁹ MELO, Claudineu de. **Contratos de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 132.

⁵⁰ MELO, 1987, **loc. cit.**

⁵¹ MELO, 1987, **loc. cit.**

⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As condutas**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. p. 307.

⁵³ **Ibid**, p. 312.

Ainda nesse sentido, Adalberto Simão Filho defende que no sistema de franquia é necessária a homogeneidade na cadeia de distribuição, em que os produtos e/ou serviços devem obedecer a padrões de formatação impostos pelo franqueador, em especial quanto à fixação do preço de revenda, medidas estas justificadas pela necessidade de o público “[...] ter o mesmo produto ou serviço em qualquer ponto de consumo da rede, não caracterizando infração às regras de concorrência”⁵⁴.

Priscila Brólio Gonçalves pontua benefícios ao consumidor com a fixação do preço de revenda, pois, “[...] o preço de revenda significa a segurança de que aquele produto pode ser adquirido em qualquer estabelecimento ao mesmo preço, conforme anunciado pelo fornecedor”⁵⁵. Porém, ressalva que há a perda da liberdade contratual, perigo de engessamento da oferta e eliminação da concorrência via preços, sendo certo que o preço mais justo é o decorrente da livre concorrência e não da imposição pelo franqueador:

[...] a estipulação do preço de revenda elimina a concorrência via preços entre os distribuidores, sendo certo que, em tese, o preço mais justo é aquele determinado pela livre concorrência e não aquele imposto pelo fabricante⁵⁶.

[...] **além da perda da liberdade contratual, há o perigo do engessamento da oferta, ante a impossibilidade de acomodá-la à demanda na hipótese de redução dos preços de produtos similares**⁵⁷.

Em sentido contrário, Américo Martins da Silva e Jorge Lobo consideram ilegais *per se* as cláusulas de fixação de preço de venda, pois tratam de flagrante violação à ordem econômica e a legislação antitruste, pois prejudicam a livre concorrência e constitui exercício de posição economicamente dominante:

[...] sendo o franqueado e o franqueador empresas independentes e totalmente distintas uma da outra, a cláusula que reserva ao franqueador o direito exclusivo de fixar os preços das mercadorias para revenda e/ou serviços franqueados, os descontos, as condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas de aquisição dos produtos ou de sua venda, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios do franqueado com terceiros ou com a clientela ou consumidor, **trata-se de flagrante infração da ordem econômica instituída no Brasil, uma vez que limitam ou prejudicam a livre concorrência, bem como constitui exercício de forma abusiva de posição**

⁵⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 73).

⁵⁵ GONÇALVES, **op. cit.**, p. 164.

⁵⁶ **Ibid**, p. 161-162.

⁵⁷ **Ibid**, p. 163. (Grifo nosso)

economicamente dominante. Não é de hoje que procura-se denunciar tal espécie de anomalia⁵⁸.

Parece fora de dúvida que certas cláusulas padrão do contrato de franchising, v.g., (1) que obriga o franqueado a observar e cumprir as ordens do franqueador, (2) que estipula a fixação do preço dos produtos e serviços fica a critério exclusivo do franqueador etc., podem ser tidas como práticas coibidas [...] ⁵⁹. [...] não se pode dizer que o grupo econômico formado pelo franqueador e franqueados visa o domínio do mercado, eliminar a concorrência e usufruir aumento arbitrários de lucros, se comparado com os dos concorrentes?⁶⁰

Marcelo Fernandes, por sua vez, entende que ainda pairam dúvidas acerca da possibilidade de abuso do poder econômico por parte do franqueador na fixação de preço de revenda, “[...] eis que algumas das características dos contratos de *franchise* poderiam ensejar práticas de eliminação da concorrência e contrárias ao princípio da livre iniciativa”⁶¹.

Portanto, conforme se vê o tema não é pacífico, havendo divergências quanto à licitude ou ilicitude da fixação de preço de revenda praticada pelo franqueador.

2.5 Legislação Antitruste

2.5.1 Considerações iniciais

A Lei nº 12.529 de 30 de nov. de 2011 trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada por seus princípios constitucionais, dentre eles a livre iniciativa, a livre concorrência e a repressão ao abuso de poder econômico (arts. 1 e 2), a fim de garantir o equilíbrio entre os agentes no mercado, dando a oportunidade de uma competição justa e livre de práticas abusivas, sendo o CADE o órgão responsável por julgar os casos de ilícitos concorrenciais no território brasileiro (art. 4).

Não se deve perder de vista que para se caracterizar infração da ordem econômica, deve estar presente a figura do abuso como prática anticoncorrencial passível de punição, disposta no art. 173, §4º da CF, que se dá quando o agente, titular de posição dominante, atua em sua atividade empresarial contrariamente à função social, para restringir à liberdade de iniciativa e à livre concorrência⁶².

⁵⁸ **A Franquia e as Infrações da Ordem Econômica.** Juiz de Fora, Minas Gerais, ano XI, abr. 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3682/a_franquia_e_as_infracoes_da_ordem_economica_>. Acesso em: 17 mai. 2016. (Grifo nosso).

⁵⁹ LOBO, **op. cit.**, p. 63.

⁶⁰ **Ibid.**, p. 60.

⁶¹ FERNANDES, **op. cit.**, p. 117.

⁶² Cf. BRUNA, Sergio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em exercício.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 177-178.

2.5.2 Fixação de preço de revenda como infração da ordem econômica

As infrações da ordem econômica são tratadas no Título V da Lei em epígrafe, nos arts. 31 ao 44, sendo que a atuação repressiva do CADE quanto à fixação de preço de revenda pode ser justificada com base no art. 36 *caput* e seus incisos.

Assim, há um rol exemplificativo que dispõe como infrações da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de: limitar, falsear ou prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência ou a livre iniciativa (**inc. I**); dominar mercado relevante de bens ou serviços (**inc. II**); aumentar, arbitrariamente, os lucros (**inc. III**); e, exercer de forma abusiva, posição dominante (**inc. IV**), a qual se presume quando uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante (§2º).

Somam-se como infrações da ordem econômica as condutas previstas no §3º, tais como: impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros (**inc. IX**) e recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais (**inc. XI**).

Há, então, a repressão de condutas que se enquadrem como a imposição de preços de revenda, tendo como penalidades as multas elencadas no art. 37, que variam de: 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação (**inc. I**); R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), quando não for possível utilizar-se o critério do faturamento bruto (**inc. II**); e, 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) da multa aplicada à empresa no caso de administrador, responsável pela infração cometida, comprovada sua culpa ou dolo (**inc. III**). Em caso de reincidência as multas serão aplicadas em dobro (§1º).

Sem prejuízo, poderão ser aplicadas novas penas elencadas no art. 38, isoladamente ou cumulativamente, dentre elas, a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante da pessoa jurídica, pelo prazo de 5 (cinco) anos (**inc. VI**) e qualquer outro ato

ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (**inc. VII**).

Como se vê, a fixação de preço de revenda quando configurada, enseja a aplicação de sanções muito severas, capazes de gerar a bancarrota da atividade comercial exercida pelo franqueador, se comprovado o abuso de seu poder econômico frente ao franqueado.

E isto se relaciona com o presente estudo, pois como a Lei de Franquia em nenhum momento outorga o direito de o franqueador fixar e impor condições comerciais ao franqueado, em especial quanto à fixação de preço de revenda, por tal prática estar-se-ia sofrendo sérios riscos de ser drasticamente punido e responsabilizado pela conduta anticoncorrencial, podendo perder o direito monopolístico de exploração de sua marca ou patente em favor de terceiros e ainda, ter que arcar com os prejuízos advindos desta conduta.

A realidade é que até a presente data não se noticiou nenhum franqueador que tenha sido punido pela fixação de preço de revenda, porém, conforme será demonstrado, o entendimento do CADE quanto ao tema pode ser se alterado, o que não impede que este órgão venha a condenar o acordo restritivo vertical no contrato de franquia.

2.5.3 CADE e a fixação de preço de revenda

O CADE ao julgar processos administrativos referentes à fixação de preço de revenda, na vigência da legislação antitruste revogada (Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994), se valia da regra da razão, vez que apenas com a análise do caso concreto poderia se detectar se o ato praticado pelo agente econômico se figurava como abuso do poder econômico.

Por exemplo, no caso que se figuravam como Requerentes a Skol e a Carlsberg (AC nº 122/97), o preço mínimo de revenda fixado pela primeira, para distribuição da segunda, não foi aceito pelo CADE, que determinou a eliminação das cláusulas contratuais que fixavam o preço da cerveja Carlsberg em valores superiores ao da cerveja Skol.

No processo da Kibon (PA nº 148/94), a empresa de sorvetes foi representada por ter praticado conduta anticoncorrencial, “consistente na adoção de tabela de preços e na imposição de margens de lucro, com o intuito de estabelecer um comportamento padronizado entre os revendedores, em afronta aos mecanismos naturais de formação de preços”⁶³. O CADE entendeu que a tabela de preços se tratava de mera sugestão, não havendo represálias caso não fosse observada, o que não feria nenhuma norma de proteção à concorrência.

⁶³ GONÇALVES, **op. cit.**, p. 280.

No mesmo sentido, no mercado de livros (PA nº 08000.018299/96-86), a “acusação de fixação de preços de revenda imputada à Editora Ática S.A. e à sua distribuidora Livraria Eldorado Brasília Ltda. foi desclassificada para uma simples sugestão de preços”⁶⁴. O processo foi arquivado ante a inexistência de violação da ordem econômica, por ser plenamente possível que as livrarias estipulem preços de acordo com suas particularidades.

Entretanto, em 2013, com base na legislação antitruste atual, o CADE ao julgar o caso da empresa SKF (PA nº 08012.001271/2001-44), fabricante de rolamentos, aparentemente alterou o seu posicionamento padrão utilizado até então, ao considerar ilícita a fixação de preço mínimo de revenda, condenando a SKF por tal prática.

Segundo César Mattos, a decisão não chegou a estabelecer uma regra da ilicitude *per se* para fixação de preço de revenda no Brasil, pois há a possibilidade de a empresa apresentar os benefícios de sua conduta, mas “indica uma regra da razão quase *per se* em que a avaliação de poder de mercado se torna um elemento menor e o dano potencial ou efetivo presumido”⁶⁵.

O voto do conselheiro Marcos Veríssimo defendeu que a fixação de preço de revenda deveria ter uma análise mais crítica, o que não chegaria a ser considerada a regra da ilicitude *per se*, mas uma presunção de que ante à fixação de preço de revenda o dano ao mercado e a ilicitude seriam presumidos, cabendo ao agente demonstrar os efeitos pró-concorrenciais da conduta. Indo ao encontro deste posicionamento, o conselheiro Vinicius Carvalho, presidente do CADE, fez orientação às empresas de que: “Qualquer comportamento que seja uma restrição diretamente relacionada a preço é alvo de preocupação do CADE dado que há um ceticismo relacionado à existência de eficiências que compensem os riscos anticompetitivos [...]”⁶⁶.

Assim, a fixação de preço de revenda poderá ser considerada um ilícito, pois já presume dano ao mercado, cabendo à empresa o ônus da prova acerca das eficiências de sua conduta. E, sendo imposta pelo franqueador, todo o arcabouço supramencionado pode ser aplicado, pois ao deter poder econômico poderia estar praticando o abuso ao ferir a livre iniciativa e a livre concorrência de seu “subordinado”, passível, portanto, de punição pelo CADE.

⁶⁴ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 283.

⁶⁵ MATTOS, César. **Auxílio em monografia**. [Mensagem pessoal. Mensagem recebida por: <cmattos@faconsultoria.com.br>. Em: 09 de ago. de 2016. (Envio de texto “fixação de preço de revenda mínimo no caso: o caso SKT”, pelo relator do caso).

⁶⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **CADE condena SKF por fixação de preço de revenda**. 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-skf-por-fixacao-de-preco-de-revenda>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a ausência de subordinação no contrato de franquia é relativa, pois o franqueador exerce controle e ingerência direta nas atividades do franqueado, em razão principalmente dos custos irrecuperáveis em curto prazo, que inclui os altos custos para saída imediata do negócio e os investimentos específicos feitos para que a unidade tenha o *layout* exigido, que não poderá ser aproveitado para outra atividade; da insuficiência de informações, pois ao ingressar no sistema, o franqueado não tem o conhecimento necessário dos riscos e de como geri-lo; e, por fim da dependência empresarial, que ao utilizar de marca de grande renome, o franqueado fica obrigado a seguir certas determinações para se manter na rede, justamente em virtude do vínculo duradouro que se perfez entre as partes.

Este poder econômico detido pelo franqueador pode ser apto a facilitar o exercício de sua posição dominante e a prática de abuso, desde que, com base na regra da razão que vigora no direito brasileiro, se constate que a fixação de preço de revenda tenha efeitos anticoncorrenciais. Assim, deve se averiguar todos os efeitos gerados pela fixação de preço de revenda pelo franqueador ao mercado, para somente a partir daí poder se afirmar se será considerada uma prática lícita ou ilícita.

O art. 36 da Legislação Antitruste elenca um rol exemplificativo de infrações da ordem econômica consagrando no inc. I a livre iniciativa e a livre concorrência para o exercício da atividade empresarial, reiterando os mandamentos da ordem econômica do art. 170 da CF. Ainda, no §3º previu como infração, a imposição de condições de comercialização, que pode ser aplicada analogicamente à fixação de preço de revenda no contrato de franquia.

O tema não é pacífico na doutrina e ainda padece de maiores estudos. O caso SKF não foi o primeiro a versar sobre a fixação de preço de revenda, mas a primeira condenação pelo CADE por tal prática, o que deve gerar cautelas, pois caso seja verificado o abuso do poder econômico pelo franqueador, as sanções são severas, a ponto de ensejar a bancarrota de sua atividade empresarial, ainda mais considerando que a Lei de Franquia em nenhum momento outorga o direito de o franqueador fixar e impor condições comerciais ao franqueado.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**: lei nº 8.955 de 15-12-94 resolução nº 2.309, de 28-8-96, lei nº 9.307, de 23-9-96 (arbitragem). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998. 157 p.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING-ABF. **Mercado de Franchising cresce em meio à crise**. 2016. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/noticias/mercado-de-franchising-cresce-em-meio-a-crise/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING-ABF. **Franchising cresce 8,8% no terceiro trimestre de 2016**. 2016. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/noticias/franchising-cresce-88-no-terceiro-trimestre-de-2016/>>. Acesso em: 22 nov. 2016.
- BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, 316 p.
- BRUNA, Sergio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em exercício**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 190 p.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 15. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 504 p.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **CADE condena SKF por fixação de preço de revenda**. 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-skf-por-fixacao-de-preco-de-revenda>>. Acesso em: 22 nov. 2016
- FERNANDES, Marcelo Cama Proença. **O contrato de franquia empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica Editora: São Paulo, 2003, 134 p.
- FORGIONI, Paula A. **Contratos de Distribuição**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 624 p.
- _____. **Os fundamentos do Antitruste**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 478 p.
- GONÇALVES, Priscila Brólio. **Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais**. São Paulo: Editora Singular, 2002. 319 p.
- LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 91 p.
- MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010 488 p.
- MATTOS, César. **Auxílio em monografia**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <cmattos@faconsultoria.com.br>. Em: 09 de ago. de 2016.

- MELO, Claudineu de. **Contratos de distribuição**. São Paulo: Saraiva, 1987. 188 p.
- REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. 157 p.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: As condutas**. 1. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. 327 p.
- _____. **Direito Concorrencial: As estruturas**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. 400 p.
- _____. **Regulação e Concorrência (estudos e pareceres)**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. 208 p.
- SILVA, Américo Luís Martins da. **A Franquia e as Infrações da Ordem Econômica**. Juiz de Fora, Minas Gerais, ano XI, abr. 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3682/a_franquia_e_as_infracoes_da_ordem_economica_>. Acesso em: 17 mai. 2016.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. 185 p.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

- BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 15 de dez. de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.
- _____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dez. de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 30 de nov. de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.
- _____. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999 (publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99). Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. **Ministério da Justiça Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**, Brasília, DF, 9 de jun. de 1999. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44**. Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania/PROCON-SP e SKF do Brasil Ltda. Rel. César Costa Alves de Mattos. Brasília, 2013. Disponível em:
<http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB1fZe5x7Wj6r2vuPZ6nvXXseKJH6fpFyWXBQGmZUVWoTYiPUWEKcWRHFSA>.
Acesso em: 22 nov. 2016.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

- BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising: modificações à lei vigente, estratégia e gestão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 353 p.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995. 553 p.
- CÓRDOVA, Danilo Ferraz. **A delimitação de preço de revenda nos contratos de distribuição**. 2006. 159 p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8MRGH8/disserta__o_final.pdf?sequence=1>. Acesso em: 6 ago. 2016.
- FERNANDES, Lina. **Do contrato de franquia**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2000. 157p.
- FONSECA, João Bosco da. **Lei de Proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste**. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 492 p.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**, v. 3., 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 725 p.
- MARTINEZ, Ana Paula (Org.). **Temas atuais de direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012. 488 p.
- MATTOS, César. **Fixação de Preços de revenda: Elementos para um Roteiro de Investigação**. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 8, n. 4, p. 27-65, 2001.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2008. 900 p.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 571 p.
- RICHTER, Marina Nascimbem Bechtejew. **A relação de franquia no mundo empresarial e as tendências da jurisprudência brasileira**. São Paulo: Almedina, 2015. 207 p.
- ROQUE, Sebastião José. **Do contrato de franquia empresarial**. 1. ed. São Paulo: Ícone, 2012. 223 p.
- SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. 262 p.
- _____. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Editora Malheiros, 2001. 159 p.
- TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste- A Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 526 p.

TURRA, Leonardo Canabrava. **Infrações concorrenciais no contrato de franquia**. 2006. 221 pp. Dissertação de Doutorado (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.