

FRANQUIA E CONCESSÃO DE VENDA NO BRASIL: DA CONSAGRAÇÃO AO REPÚDIO?

FABIO KONDER COMPARATO

Os seguidores da crônica social, em nosso país, já notaram, certamente, um curioso fenômeno, peculiar ao meio brasileiro. Os artistas famosos do cinema estrangeiro ou as celebridades da canção popular de outras terras costumam ser acolhidos, entre nós, em verdadeiras apoteoses. Um rigoroso esquema policial é sempre montado, na chegada, para evitar que a multidão dos apaixonados massacre o seu ídolo. Não há político demagógico que deixe de se aproveitar do episódio para posar com a *vedette*, perante os fotógrafos ou a televisão. Quanto aos governantes atilados, eles se abstêm de fazer qualquer declaração importante, nesse momento, para não correr o risco de falar no deserto. Passados alguns dias, porém, o semi-deus cai no desinteresse quase completo. Se persistir, imprudentemente, em ficar mais tempo no país, acaba por ser alvo de toda sorte de ataques.

Creio que algo de semelhante está em vias de ocorrer com a franquia e a concessão de venda. A sua introdução no país — como a do *leasing* — foi unanimemente saudada como extraordinária invenção de progresso e instrumento de prosperidade, uma espécie de remédio milagroso para todos os nossos males comerciais (ainda estávamos, é verdade, na era do “milagre econômico”). O Conselho de Desenvolvimento Comercial, do Ministério da Indústria e do Comércio, chegou a publicar um folheto explicativo (*Franquia ao alcance do pequeno e médio empresário*), em que se enumeravam três vantagens do negócio para o franqueador e nada menos do que oito para o franqueado.

Seguiu-se o refluxo da maré. As críticas e advertências se avolumaram, concentrando-se em dois sentidos: a inutilidade técnica das novas fórmulas negociais e o seu caráter abusivo. O golpe de misericórdia — pelo menos para certo tipo de *franchising* — já foi ensaiado em recentíssimo parecer normativo da Coordenadoria do Sistema de Tributação, da Secretaria da Receita Federal.

Acontece que o jurista, habituado por formação e profissão à ambivalência essencial do homem, encara sempre com extrema desconfiança esse maniqueísmo institucional.

Vejamos pois, mais de perto, do que se trata.

I — O contrato de franquia enseja uma transferência de tecnologia?

Não se costuma fazer, entre nós, a distinção entre a franquia e a concessão de venda com exclusividade. O discernimento, no entanto, se impõe, como condição indispensável à justa aplicação do sistema normativo. A confusão conceitual, nesta matéria, pode conduzir a soluções injustas e desarmonicas.

A concessão de venda é, exclusivamente, contrato de distribuição de produtos; a licença de uso de marca ou a eventual prestação de serviços do concedente ao concessionário são meros acessórios do pacto principal, que estipula a exclusividade na distribuição de produtos, ou seja, bens fabricados pelo concedente. Na franquia, o essencial é a licença de utilização de marca e a prestação de serviços de organização e métodos de venda

pelo franqueador ao franqueado. A finalidade de distribuição da *franchise* não abrange, pois, apenas produtos, mas também mercadorias (isto é, revenda de comerciante atacadista e retalhista) e serviços, como a hotelaria, por exemplo. Por conseguinte, na concessão de venda, o concessionário é simples intermediário entre o concedente e o público consumidor; enquanto na franquia, o franqueado pode ser, ele próprio, produtor de bens ou prestador de serviços.

Esse elemento de prestação de serviços do franqueador ao franqueado é claramente distinto da simples licença de utilização de marca ou outro sinal distintivo. Ele comporta, na verdade três aspectos, vulgarmente caracterizados pelas expressões consagradas *engineering*, *management* e *marketing*. O franqueador, antes de mais nada, pode planejar a própria montagem material do negócio do franqueado (local e instalações). Ademais, ele costuma fornecer também ao franqueado um esquema completo de organização empresarial, desde o organograma de pessoal até a própria contabilidade e a política de estoques, com apoio em sistemas computacionais, como por exemplo, um sistema integrado de estoques e compras. Acessoriamente, o franqueador porá à disposição do seu co-contratante o acesso ao seu equipamento de processamento de dados e um financiamento para a aquisição ou a reforma de suas instalações. Finalmente, quanto ao *marketing*, informações e instruções precisas serão dadas para o desenvolvimento das vendas ou da prestação dos serviços do franqueado ao público. O franqueado poderá, assim, usufruir de uma experiência acumulada do franqueador, no mercado em questão, quanto

aos sistemas de vendas e serviços (sucesso ou insucesso de promoções especiais, vendas a crédito ou descontos, por exemplo). Gozará, ademais, dos efeitos de uma publicidade largamente montada em torno da marca ou de expressões ou sinais de propaganda, cuja utilização lhe foi concedida.

Nada mais natural, portanto, que além da regalia específica pelo uso de sinais distintivos, o franqueado contraia, igualmente, a obrigação de pagar ao franqueador uma remuneração adequada pelos serviços acima descritos, sendo incontestável que é, justamente, pela prestação desses serviços que o *franchising* se diferencia da cessão de uso de marca, pura e simples.

Assim estava o meio empresarial brasileiro posto em sossego, quanto a esse assunto, quando em 19 de dezembro de 1975 o Diário Oficial da União (Seção I — Parte I, págs. 16.881/2) publica o Parecer Normativo CST n. 143, de 21 de novembro do mesmo ano. A consulta, respondida pela Coordenadoria do Sistema de Tributação, dizia respeito à dedutibilidade, como custo ou despesa operacional, da remuneração, fixa ou percentual sobre as vendas, “paga ou creditada por uma empresa a outra, que lhe supre de estoques, e, eventualmente, também lhe provê de publicidade, organização, métodos de vendas etc...”, e se tais gastos são classificáveis como *royalties* ou despesas de assistência técnica ou administrativa”.

Segundo o entendimento da Coordenadoria, a única prestação de serviços que se poderia vislumbrar, na espécie, seria o fato de que “a empresa suprida teria à sua disposição, em última análise, os estoques da supridora, dispensando-se aquela de vultosas aplicações na manuten-

ção de estoques próprios, justificando-se o pagamento de certa quantia em razão dessa circunstância, e que poderia caracterizar tais despesas como necessárias às atividades da empresa suprida”.

Mas o Parecer Normativo afasta, peremptoriamente, essa interpretação, por três razões.

Em primeiro lugar, porque tratar-se-ia, no caso, não propriamente de remuneração de serviços, mas de uma “quantia adicional ao preço das mercadorias adquiridas” por uma empresa da outra, sem que esse *plus* venha expresso na fatura ou nota fiscal, com a conseqüente incorreção do cálculo do I.C.M. (O Parecer omitiu aí, inexplicavelmente, qualquer alusão à contribuição ao P.I.S., que, a seguir-se esse raciocínio, seria, da mesma forma, incorretamente calculado). Tal procedimento, segundo a Coordenadoria do Sistema de Tributação, representaria um ato simulado, passível de anulação no interesse da Fazenda, *ex vi* do disposto no art. 105 do Código Civil. De qualquer forma, tratando-se de preço (“adicional”) de compra e venda de mercadorias, não haveria por que classificá-lo como *royalty* ou despesa de assistência técnica.

Em segundo lugar, adverte o mencionado Parecer Normativo, essa prática mercantil seria, em princípio, uma manifestação de abuso de poder econômico, na medida em que uma empresa é compelida a se abastecer de mercadoria apenas junto a certos fornecedores.

Finalmente, assevera dito Parecer, “a prestação de serviços de publicidade, organização, métodos de vendas etc..., no caso em análise, seria apenas uma decorrência do pacto principal estabelecido entre as contratantes (de com-

pra de mercadorias), caracterizando-se tal atividade mais como manifestação dos interesses da empresa supridora das mercadorias, do que, propriamente, da empresa suprida”.

Não resta dúvida que, a prevalecer esse entendimento, estarão doravante condenadas todas as operações de franquia ligadas ao comércio de bens, pois nenhum franqueado terá interesse em pagar remunerações não dedutíveis do lucro bruto como despesa operacional, para fins de tributação; e o franqueador não veria maior interesse em prestar serviços não remunerados, devendo contentar-se, unicamente, com a regalia do uso de seus sinais distintivos. Continuariam, em princípio, interessantes apenas as operações de *franchising* que não comportassem aquisição de bens pelo franqueado ao franqueador, além das franquias vinculadas à indústria de serviços.

Mas a orientação desse Parecer Normativo não pode, absolutamente, ser acolhida. Ela se funda em in-compreensão por demais manifesta do negócio jurídico e de sua estrutura econômica, para ser levada a sério.

Deixando de lado, por ora, a delimitada questão de abuso de poder econômico, que será objeto de discussão mais adiante, importa salientar, desde já, o contra-senso de considerar a venda ou consignação de bens do franqueador ao franqueado como elemento fundamental do negócio, numa assimilação errônea da *franchise* à concessão de venda. A franquia, como salientei de início, não é centrada em torno da venda de bens, mas da licença do uso de sinais distintivos. A legislação em vigor (Código da Propriedade Industrial, Lei n. 5.772, de 21.12.71, art. 90)

já admite que o licenciador se reserve o poder (o texto legal, com evidente impropriedade, fala em "obrigação") de "exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos artigos ou serviços". Isto, evidentemente, no exclusivo interesse dele próprio, licenciador, como defesa da reputação da sua marca. A franquia vai mais longe, pois acresce a essa licença de exploração de marca um conjunto de serviços, que se destinam a permitir ao franqueado — ainda que pequena ou média empresa — enfrentar a concorrência com os recursos tecnológicos da grande empresa.

Não faz sentido, pois, raciocinar como se a remuneração de tais serviços fosse mero adicional de preço de uma compra e venda. Releva notar, aliás, que a aquisição de produtos ou mercadorias do franqueador pelo franqueado não é elemento indispensável na estrutura do negócio. Ela não existe na *franchise* entre empresas prestadoras de serviços (veja-se o caso da cadeia de hotéis *Holiday-Inn*, por exemplo); ela pode não existir na franquia celebrada entre cadeias de lojas. Caso o abastecimento do franqueado com produtos ou mercadorias do franqueador constituísse o cerne do negócio, as últimas operações citadas não poderiam ser consideradas *franchising*.

Ademais, uma outra ordem de considerações torna muito discutível a juridicidade da orientação esposada no Parecer Normativo CST n. 143/75. O ajuste de franquia não pode deixar de ser considerado um contrato de transferência de tecnologia; e o art. 126 do vigente Código da Propriedade Industrial atribui ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial com-

petência exclusiva para o exame do mérito de tais acordos. É lícito à Coordenadoria do Sistema de Tributação, ao ensejo da resposta a uma consulta tributária, invadir a esfera de competência alheia e precluir o exame desse tipo de acordo pelo I.N.P.I.?

O vigente Regulamento do Imposto de Renda, baixado com o Decreto n. 76.186, de 2.9.75, declara enfaticamente que a dedutibilidade das importâncias de remuneração que envolva transferência de tecnologia ("assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes", na enumeração legal) "somente será admitida a partir da averbação do respectivo ato ou contrato no Instituto Nacional da Propriedade Industrial". A norma vem repetida, em palavras quase idênticas, duas vezes: no art. 176, § 2.º e no art. 177, § 3.º. É de se admitir que a repetição não seja um cochilo do Poder Executivo e sim um realce da importância da disposição normativa.

Ora, se a Secretaria da Receita Federal não pode admitir essa dedutibilidade fiscal sem o pronunciamento do I.N.P.I., por que razão se julga autorizada a decidir de matéria tecnológica, de modo geral e abstrato, antes que esse último órgão especializado tenha tido ocasião de se manifestar no caso concreto?

Que a tecnologia não se aplique tão-só às atividades industriais, mas a qualquer outro ramo do operar humano, como por exemplo, o comércio *stricto sensu*, é verdade por demais evidente para merecer demonstração. Quem ousará contestar que a extraordinária mutação sofrida pelo comércio nos últimos cem anos — a criação de grandes lojas de departamentos, os *self-ser-*

vices, os super-mercados, os *shopping centers*, a publicidade, a venda sistemática de grandes quantidades a baixo preço, as embalagens ou condicionamentos padronizados e tantas outras práticas — representam a adaptação tecnológica da atividade comercial ao regime da produção em massa? Quem poderá negar, por outro lado, que o aperfeiçoamento dos sistemas de administração empresarial, na qual os norte-americanos se revelaram insuperáveis, constitui uma das mais bem sucedidas aplicações da tecnologia das organizações sociais?

Existe, pois, um *know-how* comercial e gerencial, análogo à arte de fabricação, no campo industrial. Por que aqueles seriam menos importantes do que este?

Ora, recentemente, o Presidente do I.N.P.I. baixou um Ato Normativo de n. 15, com o objetivo de disciplinar a função do órgão de regular a transferência de tecnologia por via contratual, conforme disposto no citado art. 126 do Código da Propriedade Industrial. De acordo com esse Ato, “os contratos de transferência de tecnologia e correlatos são classificados basicamente, quanto ao seu objetivo e para fins de averbação, em cinco categorias: a) de licença para exploração de patente; b) de licença para uso de marca; c) de fornecimento de tecnologia industrial; d) de cooperação técnico-industrial, e e) de serviços técnicos especializados”.

A meu ver, o ajuste de franquia comporta, além da licença para uso de marca, também, tipicamente, um “contrato de serviços técnicos especializados”, dentro dessa classificação oficial. O Ato Normativo n. 15 define este

último como “o contrato que tenha por finalidade específica o planejamento, a programação e a elaboração de estudos e projetos, bem como a execução ou prestação de serviços, de caráter especializado, de que necessita o sistema produtivo do país” (I, 6.1). A última locução não nos deve induzir em engano. A tecnologia de comercialização é um dos elementos indispensáveis ao desenvolvimento do sistema produtivo do país. Sem ela, qualquer esforço de industrialização será baldado.

O contrato de serviços técnicos especializados, sempre segundo citado Ato Normativo, deverá compreender, principalmente, “a elaboração de planos diretores, estudos de pré-viabilidade e de viabilidade técnico-econômica e financeira, estudos organizacionais, gerenciais ou outros, planejamento em geral, inclusive relacionados com serviços de engenharia”. Os ajustes de franquia, com as três conotações acima referidas — *engineering*, *management* e *marketing* — incluem-se, perfeitamente, nessa definição de objetivos.

Temos, pois, como conclusão do que se acaba de expor, que todo contrato de franquia deve ser submetido a averbação, como licença para uso de marca e como “contrato de serviços técnicos especializados”, no Instituto Nacional da Propriedade Industrial. A remuneração do franqueador, pela licença de exploração de sinal distintivo, poderá ser uma percentagem sobre a receita líquida do franqueado; pela prestação de serviços técnicos especializados deverá ser a preço fixo e à base de custo demonstrado (Ato Normativo n. 15, I, 6.2). Mas, uma vez procedida a averbação, as autoridades fazendárias não poderão, sob pretexto algum, deixar de

admitir que o montante dessa remuneração constitui despesa operacional do franqueado, dedutível do lucro bruto sujeito ao imposto de renda.

II — A franquia e a concessão de venda como manifestações do abuso de poder econômico

Talvez, a mais antiga e, sem dúvida, a mais sábia estratégia para o exercício do poder, lembrou recentemente Galbraith, “seja negar a existência do poder” (*A Economia & o Objetivo Público*, São Paulo, 1975, pág. 5).

De fato, para a economia clássica ou neo-clássica, a realidade do poder é elemento estranho ao normal funcionamento do chamado “sistema de mercado”. O Estado não pode nele penetrar, sob pena de cometer autêntica “violação de domicílio”. Quanto às empresas privadas, comportam-se como os candidatos a cargos eletivos num regime democrático: disputam as preferências do eleitor “soberano”, procurando influenciá-lo, mas sem constrangê-lo.

Dentro dessa concepção, a existência de monopólios ou oligopólios — isto é, de indisfarçáveis manifestações de poder sobre o consumidor — são apontadas como aberrações tanto mais graves quanto mais excepcionais. O monopolista é hediondo, porque põe a nu uma realidade pudenda da economia: o poder. Como observou o mesmo Galbraith com boa dose de ironia, “um ladrão muito talentoso pode despertar a admiração, um monopolista jamais o conseguirá” (op. cit., pág. 124).

É bem verdade que, entre nós, sem embargo das doutrinações da imprensa bem pensante, essa concepção “liberal-democrática” da economia nunca penetrou, realmente,

nos nossos costumes. O Brasil nunca foi uma sociedade de livres empreendedores, jamais presou, realmente, as virtudes morais da livre concorrência. O patronato — elemento constante de nossa vida política (relembre-se o ensaio laureado de Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder*, 2 vols. 2a. ed., Porto Alegre e São Paulo, 1975) — sempre encontrou o seu *pendant* no monopólio econômico oficial ou privado, na tutela oni-presente do “estamento burocrático”, das capitánias hereditárias às modernas feudalidades da economia mista, passando pelas companhias de comércio regalistas.

Por isso mesmo, a nossa legislação anti-truste, copiada do modelo norte-americano, soa ainda mais falso do que os *Sherman e Clayton Acts*, os quais, apesar de tudo, procediam de um ideal autêntico, embora irrealista: suprimir as manifestações de poder no mercado.

Tais considerações, que os positivistas do Direito considerarão impertinentes, são, não obstante, indispensáveis à correta análise do problema acima proposto: a franquia e a concessão de venda constituem, em si mesmas, manifestações de abuso de poder econômico?

Como se viu, as autoridades fazendárias, no Parecer Normativo CST n. 143/75, entenderam que a obrigação contratual de abastecimento do franqueado com os produtos ou as mercadorias do franqueador constituiria uma exigência monopolista e, por isso mesmo, constitucionalmente proibida. Efetivamente, a leitura de certos textos legais ainda em vigor suscita grave perplexidade para o intérprete consciencioso. Assim, o art. 2.º, inciso VIII da Lei n. 1.521, de 1951, que pune os crimes contra a economia popular, considera como tal “celebrar ajuste

para exigir do comprador que não compre de outro vendedor". A Lei n. 4.137, de 10.9.62, considera abuso de poder econômico "formar grupo econômico por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio da subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de determinado serviço à compra de determinado bem" (art. 2.º, IV, "b"). A cláusula de exclusividade, na concessão de venda, não implica, de fato, a exigência para o concessionário de vender tão-só os produtos do concedente e, por conseguinte, de adquiri-los unicamente deste último? Que dizer-se, então, das práticas habituais, na distribuição de derivados de petróleo, de se emprestarem ou locarem as bombas de gasolina, com a obrigação estrita, para o garagista, de vender somente os produtos do concedente? Ou o empréstimo de "chopeiras" ou geladeiras aos bares, para que estes só sirvam bebidas de determinada marca?

A ilegalidade é, aparentemente, manifesta. E, no entanto, seria ridículo desconhecer que a franquia e a concessão de venda não foram criadas como manifestações modernas de um certo malthusianismo econômico, mas objetivaram e ainda objetivam outras finalidades bem diversas. Elas não surgiram da necessidade ou interesse de restringir a concorrência e limitar o consumo, mas, bem ao contrário, como formas novas de estimular o consumo e facilitar o escoamento da produção.

Os objetivos dessas novas fórmulas contratuais são plenamente compatíveis com o princípio da livre concorrência e não buscam, em princípio, limitar a liberdade de

escolha do consumidor. Trata-se, para o concedente ou franqueador, de estender a rede de distribuição de seus produtos ou mercadorias, ou de potenciar ao máximo a exploração de sua marca, sem investimentos diretos na comercialização. Trata-se, para o concessionário ou franqueado, de aceder à clientela das grandes marcas e ao consumo de massa, sem necessidade de grandes investimentos. Em ambos os casos, busca-se um efeito de "alavancagem". Em princípio, nada obsta a que pequenas e médias empresas trabalhem como franqueadoras (é o caso pioneiro e bem conhecido de uma fábrica de calças de Sorocaba, em São Paulo). Tudo incita, por outro lado, as pequenas e médias empresas a trabalharem como concessionárias ou franqueadas.

Já frisei, porém, que a realidade do poder é insuprimível da vida econômica. Nada mais natural, portanto, que essas operações comerciais sirvam como veículos de exercício de poder no mercado.

De que modo?

Em primeiro lugar, pela utilização abusiva da cláusula de exclusividade.

No julgamento do processo administrativo n. 5, em 6 de maio de 1969 (representantes, a Federação Nacional de Hotéis e Similares e o Sindicato de Hotéis e Similares de Belo Horizonte; e representadas, a Cia. Antártica Paulista — Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, a Cia. Cervejaria Brahma e a Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda.), dois juízes do CADE entenderam que a cláusula de exclusividade seria ilícita em si mesma, por violar o disposto no art. 2.º, I, alínea "g" da Lei n. 4.137, de 1962 ("criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvi-

mento da empresa”). Mas foram votos vencidos (cf. *Diário Oficial da União*, Seção I — Parte I, de 10.9.61, págs. 7.659 ss.). Seis anos mais tarde, ainda em processo instaurado contra as mesmas empresas, dessa feita por iniciativa da Companhia Alterosa de Cervejas, o Conselho reafirmou, claramente, que “a concessão de exclusividade para a comercialização de produtos, por si só, não constitui forma de abuso de poder econômico, sobretudo quando a exclusividade é concedida a estabelecimentos em diversos pontos, diversos locais e variadas regiões” (Processo administrativo n. 12, julgado em 7.7.75, D.O.U. Parte I — Seção I, de 11.8.75, págs. 10.039 ss.).

Mas, em contrapartida, a jurisprudência do CADE parece inclinar-se, definitivamente, no sentido de que a existência de cláusulas de exclusividade, em contratos, obriga à sua prévia aprovação e registro no órgão, conforme a disposição imperativa do art. 74 do mencionado diploma legal. E, caso não efetuado o registro prévio, tal fato enseja a abertura de processo administrativo para se apurar a ocorrência de abuso de poder econômico (processo administrativo n. 12, citado; averiguações preliminares ns. 51, 52 e 53 de 1975).

Falta, no entanto, um critério seguro para discernir quando e por que a estipulação de exclusividade é abusiva.

A *House of Lords*, britânica, em decisão recente (*Esso Petroleum Co., Ltd. v. Harper's Garage (Stouport), Ltd.* 1968 A. C. 269; 1967, 1 *All E.R.* 699), reafirmou de modo muito claro a doutrina da *restraint of trade*, em termos que bem poderiam inspirar os nossos julgadores. Tratava-se, na espécie, de dois con-

tratos celebrados pela famosa empresa multinacional com uma sociedade possuidora de duas garagens. Em um deles, a *Esso* estipulou uma garantia real (*mortgage*) com o prazo de 21 anos, sem a faculdade de resgate antecipado; no outro, a mesma garantia, nas mesmas condições, com o prazo de 5 anos. Em ambos os contratos, o devedor se obrigava a somente vender os produtos distribuídos pela empresa credora, até a expiração do respectivo ajuste.

Em seu voto, *Lord Reid* lembrou o que afirmara *Lord Macnaghten* no precedente *Maxim Nordenfelt Co. v. Nordentel* (1894) A.C. 535: “Restrições ao comércio e interferência na liberdade individual de ação podem ser justificadas em circunstâncias especiais de um caso particular. A justificação é suficiente, ou melhor, a única justificação ocorre quando a restrição é razoável — não só com referência aos interesses das partes envolvidas, como em relação aos interesses do público, e, portanto, seja tal restrição de tal maneira formulada e garantida que assegure adequada proteção à parte em cujo favor foi estipulada, sem que, ao mesmo tempo, venha de algum modo causar prejuízo ao público”. “Portanto”, prosseguiu *Lord Reid*, “em todos os casos é necessário considerar, em primeiro lugar, se a restrição foi mais do que suficiente para assegurar adequada proteção à parte em favor de quem foi estipulada; em segundo lugar, se ela pode ser justificada como sendo do interesse da parte a ela submetida; e, em terceiro lugar, se pode ser tida como contrária ao interesse público”.

No caso, aplicando tais princípios, a *House of Lords* entendeu que o empréstimo com garantia real de

5 anos de prazo, vinculado à exclusividade na venda dos produtos da empresa mutuante, constituía uma estipulação razoável; mas que a extensão da cláusula de exclusividade a 21 anos ultrapassava, de longe, a garantia que o concedente podia, razoavelmente, exigir do concessionário, tendo em vista a proteção dos interesses econômicos dele, concedente, bem como a consideração dos interesses do concessionário e do público em geral. Era óbvio que os investimentos realizados pelo concedente nos estabelecimentos do concessionário seriam amortizados, também, pela exclusividade de venda de seus produtos durante certo tempo; mas essa amortização seria efetuada em prazo bem mais breve do que os 21 anos estipulados.

A cláusula de exclusividade, por conseguinte, só se pode justificar quando corresponder a um interesse legítimo do concedente e não prejudicar o consumidor. Não creio que, no caso bem conhecido das empresas fabricantes de cervejas e refrigerantes, essas condições ocorram. Os investimentos porventura efetuados por tais empresas, em bares e restaurantes, são geralmente insignificantes, e não precisariam ser protegidos com a exclusividade de venda. Ademais, a ilimitação dessa cláusula no tempo apresenta todas as características de abuso. Finalmente, o fato de duas ou três dessas empresas, ou grupos de empresas, controlarem a quase totalidade do mercado de tais produtos no Brasil, aliado ao fato de que a distribuição é, forçosamente, feita pelos estabelecimentos de venda ao público já existentes, torna a cláusula de exclusividade um obstáculo intransponível ao acesso de novos concorrentes no mercado, em manifesto prejuízo para o consumidor.

O mesmo não ocorre, no meu entender, com os contratos de concessão de venda de autoveículos, por exemplo. Aqui, qualquer nova empresa montadora concorrente, em razão das características desse mercado, é obrigada a criar a sua própria rede de distribuidores, sem ter que passar pelo canal de distribuição já existente.

A outra maneira de exercício abusivo de poder econômico, ligada ao *franchising* ou à concessão de venda, é a vinculação de venda, cessão de direito ou prestação de serviço (produto vinculante) à aquisição de outro bem ou direito, ou prestação de outro serviço (produto vinculado). São os *tying arrangements* ou *tie-ins*, como os denominaram os norte-americanos.

Seus efeitos prejudiciais são reconhecidos, tanto em relação aos adquirentes quanto aos concorrentes na venda do produto vinculado. Os primeiros, porque podem estar adquirindo o que não lhes interessa, isto é, pagando pelo produto vinculante um sobrepreço que repercutirá, fatalmente, no consumidor final. Quanto aos concorrentes do vendedor ou prestador do serviço, porque o seu poder de concorrer no mercado com o produto vinculado fica substancialmente reduzido.

É óbvio que essa vinculação de produtos ou serviços deve ser artificial e não resultar da própria natureza das coisas. Não existe *tie-in* na venda de um par de sapatos ou de um par de luvas. Trata-se, aí, de um só produto. Tampouco existirá vinculação abusiva quando, normalmente, determinado produto for vendido com o seu acessório: o automóvel com o seu pneu sobresalente, por exemplo.

De qualquer forma, a noção de produto vinculante, ou bem vin-

culante, é ampla. Pode uma marca de indústria, de comércio ou de serviço constituir um bem vinculante? Eis uma indagação essencial, para a discussão do assunto no campo da *franchise* e da concessão de venda.

A *Federal Trade Commission* norte-americana, há alguns anos, entendeu que não, porque o sinal distintivo não seria um "produto" separado do bem assinalado (*Carvel Corp.* 1965-67, *Transfer Binder, Trade Reg. Rep.*, 17.298 a 22.425). Um tribunal federal, porém, veio depois contrariar essa orientação, no caso *Siegel v. Chicken Delight, Inc.* (311 F. Supp. 847, N.D. Cal. 1970, *appeal docketed*, n. 25.908, 9th Cir., 22/5/70). O processo envolvia uma licença de uso de nome comercial e marca de produtos alimentares, em troca de uma obrigação, para o licenciado, de adquirir do licenciador o equipamento para a fabricação dos alimentos e o papel de embalagem apropriado. O tribunal reconheceu que se tratava, no caso, de um *tying arrangement*, no qual a marca funcionava como produto vinculante.

A aparente contradição, a meu ver, seria resolvida se se fizesse a distinção curial entre *franchise* e concessão de venda. Nesta última, como salientei, o fundamental não é o uso da marca, mas a distribuição dos produtos assinalados. Aí sim, como disse a *Federal Trade Commission*, não se pode, conceitualmente, atribuir à marca a função de produto separado e vinculante. No *franchising*, porém, sendo a licença de uso da marca o elemento essencial, e podendo o franqueado ser, ele próprio, produtor ou fabricante, não há nenhuma vinculação essencial da marca com equipamentos ou insumos utilizados na fabri-

cação, pelo franqueado, do produto assinalado.

A vinculação de vendas ou de serviços, segundo a jurisprudência americana sofre a presunção de ilegalidade. No acórdão *Northern Pacific Railway v. United States* (356 U.S. 1, 1957), a Suprema Corte daquele país fixou um duplo critério para se confirmar essa presunção: a) a existência de um "poder econômico suficiente", relativamente ao produto vinculante, para restringir apreciavelmente a livre concorrência quanto ao produto vinculado; e b) o prejuízo causado a uma parcela substancial do comércio. Num acórdão mais recente (*Fortner Enterprises, Inc. v. United States Steel Corp.*, 394 U.S. 495, 502-3, 1969), a mesma Suprema Corte interpretou esse duplo *test* num sentido rigoroso: o *sufficient economic power* corresponderia à mostra de uma diferenciação qualquer do produto vinculante em relação aos demais do mesmo gênero, e o *not insubstantial amount of commerce* seria o que supera o mínimo.

Essa orientação rigorista, porém, não parece razoável. Aliás, em várias ocasiões, os tribunais federais inferiores reconheceram que a venda vinculada não era abusiva, pelo fato de se perseguir um objetivo comercial legítimo (*legitimate business purpose*), a saber, de modo geral, o controle da qualidade dos produtos a serem vendidos com a marca do licenciador e a proteção da reputação desta.

No Brasil, não há uniformidade de orientação entre os órgãos administrativos federais, nessa matéria.

O recente Ato Normativo n. 15 do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, por exemplo, veda a inserção, nos contratos de licença de uso de marca, de cláusula que

“obrigue ou condicione a compra de insumos, materiais, máquinas ou equipamentos, do licenciador ou de outras fontes por ele determinadas, necessárias à fabricação ou comercialização do produto, bem como à prestação do serviço distinguido pela marca ou propaganda” (I. 3.5.2, ii). Já o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no processo administrativo n. 5/69 pré-citado, declarou que os *tying arrangements* só se assimilariam a abuso de poder econômico quando se constituíssem “em meio ou instrumento de agregação de empresas”.

Ambas as regras me parecem criticáveis.

A meu ver, o I.N.P.I. foi longe demais, ao interpretar a norma contida no art. 90, § 2.º do Código da Propriedade Industrial, segundo a qual “a concessão (do uso da marca) não poderá impor restrições à industrialização ou à comercialização, inclusive à exportação”. Faltou aí, manifestamente, o critério da razoabilidade, consagrado *standard* do direito anglo-americano, que a doutrina jurídica contemporânea coloca no centro da problemática hermenêutica (cf. o conhecido ensaio de Luis Recaséns Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*). Há casos evidentes, em que a complexidade e a novidade do produto a ser fabricado pelo licenciado, com a marca do licenciador, justifica a imposição de uso de determinado insumo ou equipamento, para garantia de manutenção do mesmo nível de qualidade do produto. Aliás, o *caput* do mesmo artigo do Código, como assinalei, admite expressamente que o licenciador possa “exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos

artigos ou serviços”. A proscrição absoluta de qualquer restrição a ser imposta pelo licenciador, no caso, simplesmente impede a concessão de licença de uso da marca. Haverá, nessa solução, maior proteção aos interesses do consumidor?

Por outro lado, a orientação do CADE, no processo administrativo citado, parte de uma interpretação muito acanhada do disposto no art. 2.º, inciso IV, alínea “b” da Lei n. 4.137, de 1962. A norma considera abuso de poder econômico “formar grupo econômico por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem”.

A perífrase “formar grupo econômico por agregação de empresas” não constava de projeto original da lei, mas foi inserida com base em emenda de um Deputado. Benjamin M. Shieber considerou-a muito infeliz, porque “vinculação de vendas não é um instrumento para a formação de grupos econômicos por agregação de empresas”. Daí, haver tentado uma interpretação da norma, tendente a esvaziar-lhe o conteúdo, considerando-a mera exemplificação do dispositivo geral do art. 2.º, I, alínea “g” (“criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa”) (cf. *Abusos do Poder Econômico*, São Paulo, 1966).

Ora, a expressão “agregação de empresas” não parece designar nenhuma das formas de grupo econômico relacionadas no inciso I desse artigo, pois do contrário constituiria uma repetição ociosa e sem sen-

tido. Não se trata de um grupo econômico de subordinação (o *Unterordnungskonzern*, do direito alemão) mediante controle interno; isto é, “aquisição de cotas, ações, títulos ou direitos” (alínea “b”), ou “concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas” (alínea “d”). Também não se trata de um grupo econômico de coordenação (*Gleichordnungskonzern*) do tipo cartel, sob a forma de “ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessados no objeto de suas atividades” (alínea “a”), pois o desequilíbrio de poder econômico entre concedente e concessionário, ou entre franqueador e franqueado, é patente. Tampouco existe o fenômeno de *interlocking directorate* ou “união pessoal”, caracterizado pelas “acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa” (alínea “e”). Menos ainda, a unificação de várias empresas sob a égide de uma única pessoa jurídica, por meio de incorporação ou fusão societárias (alínea “c”).

Mas a prática dos contratos vinculados, como a das cláusulas de exclusividade, pode submeter concessionários ou franqueados a um verdadeiro *controle externo* de concedentes e franqueadores; pode conduzir, sem dúvida, a uma “agregação de empresas”, sob a forma de grupo econômico de subordinação externa. (Permito-me reenviar o leitor aos desenvolvimentos que dediquei ao assunto em *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo, 1976, págs. 67 e ss.). Deparamo-nos, aí, como salientou um autor, com uma “estrutura jurídica de agrupamento de empresas, realizada por contratos enfeixados pelo

concedente” (Jean Guyénot, *La franchise commerciale — Étude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires*, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1973, 2, pág. 161). As empresas titulares do poder econômico criam a sua própria rede de distribuidores, ou consumidores cativos, sem investimento praticamente nenhum, e sem pagar remuneração alguma sob a forma de comissões ou descontos.

Era exatamente neste sentido que o CADE deveria ter analisado os casos de concessão de venda de bebidas e de derivados de petróleo, submetidos ao seu julgamento. Talvez tivesse, então, chegado a conclusões bem diversas das que prolatou.

III — Lição conclusiva

Em última análise, o critério supremo para apreciar as virtudes ou os defeitos dessas novas formas contratuais é o interesse do consumidor, que não é uma entidade abstrata ou um conceito coletivo — como Estado, nação ou cidade mas o homem de carne e osso.

Ora, esse consumidor concreto não vive num “estado da natureza” de edênica liberdade, mas submete-se ao poder econômico de produtores e distribuidores.

O que a ciência econômica clássica denominou monopólio ou oligopólio, isto é, “formas imperfeitas de concorrência”, corresponde a uma realidade constante e insuprimível do jogo econômico. Não é, sem dúvida, a realidade única, mas certamente a mais importante e decisiva. Galbraith assinalou, com razão, que os sistemas econômicos de tipo capitalista (e a generalização do asser-

to aos sistemas socialistas é inegável) compõem-se sempre de dois setores, de mui desigual importância: o setor de poder e o "de mercado", este subordinado àquele, como os países subdesenvolvidos se submetem à dominação do mundo desenvolvido.

Perante essa realidade, é tão enganoso para o Direito pretender suprimir completamente o poder econômico, como fazer de conta que não existe. Condenar a franquia ou a concessão de venda com exclusividade, porque tais contratos constituem o veículo para uma manifestação de poder, representaria uma atitude tão extravagante quanto estoutra — freqüentemente adotada pelo nosso Conselho Administrativo de Defesa Econômica — que nega a evidência do poder, para não ter que aplicar o texto rigoroso da lei.

A evolução jurídica parece encaminhar-se num sentido bem diverso:

o da proteção do concessionário ou do franqueado, em vista do interesse supremo do consumidor final. (Vejam-se, a esse respeito, os debates sobre um projetado ato normativo da *F.T.C.*, ou sobre uma lei especial, nos Estados Unidos: Coleman R. Rosenfeld, *A look at the proposed F.T.C. Rule on franchising*, *The Business Lawyer*, 1972, 3, pág. 907; Philip F. Zeidman, *Regulation of franchising by the Federal Trade Commission: a critique of the proposed Trade Regulation Rule*, mesma revista, nov. 1972, pág. 135; Bernard Goodwin, *Franchising Law Matures*, mesma revista, abril de 1973, pág. 703. Na Europa, cf. J. Therard, *Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur? Revue trimestrielle de droit commercial*, 1972, III, pág. 537).

Não há outro caminho a seguir, no Brasil.