

IV PRÊMIO SEAE 2009



CATEGORIA: ESTUDANTES DE GRADUAÇÃO

2º LUGAR - DEFESA DA CONCORRÊNCIA

AUTOR: HENRIQUE BATISTA DE ARAÚJO NETO

NATAL - RN

**A FRANQUIA EMPRESARIAL: NOVA ÓPTICA NA REVENDA DE
COMBUSTÍVEIS**

IV PRÊMIO SEAE - 2009

DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A FRANQUIA EMPRESARIAL:

NOVA ÓPTICA NA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS

RESUMO

O presente ensaio irá se ater à indústria do petróleo nacional. Nessa, o enfoque será no segmento que envolve o distribuidor e revendedor varejista de combustíveis automotivos. A análise será guiada pela principiologia constitucional, bem como, pelas normas de regulação do setor emanadas da ANP. Veremos que a interferência estatal se justifica diante da necessária garantia do abastecimento energético nacional. De outra banda, será traçado o panorama das relações jurídico-privadas entre os agentes econômicos referidos, além da importância do contrato como instrumento do arcabouço regulatório e a tendência hodierna. Nesse diapasão, apontaremos a franquia empresarial como sendo um sistema jurídico viável a acobertar e disciplinar o emaranhado de transações comerciais que envolvem o distribuidor e o revendedor de combustíveis. Como justificativa preponderante, apontamos à omissão regulatória no tocante à aplicação do pacto referido em face da vedação à verticalização no setor. Por fim, com fulcro na metodologia teórico-descritiva, pautada em pesquisa bibliográfica e documental, analisaremos o contrato de franquia empresarial e sua possível aplicação na revenda de combustíveis automotivos, sopesando as implicações da adoção e a viabilidade legal, contratual, regulatória e jurídica do instituto.

Palavras-chaves: Franquia empresarial. Revenda de combustíveis. Aplicação.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis

Art – Artigo

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal

CNP – Conselho Nacional de Petróleo

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética

DJ – Diário da Justiça

DNC – Departamento Nacional de Combustíveis

DOU – Diário Oficial da União

EC – Emenda Constitucional

EPE – Empresa de Pesquisa Energética

LC – Lei Complementar

Min. – Ministro

OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo

PEN – Política Energética Nacional

Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A.

PL – Projeto de Lei

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria do Desenvolvimento Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

SINDICOM – Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO		
ABREVIATURAS	E	SIGLAS
.....		
1 INTRODUÇÃO		
2 A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO: BREVES APONTAMENTOS		
3 ATUAL MARCO REGULATÓRIO DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL		
....		
3.1 A EC N. 09, DE 09 DE NOVEMBRO DE 1995 E AS ALTERAÇÕES DECORRENTES		
3.2 O NOVO ARRANJO INSTITUCIONAL		
4 SETOR <i>DOWNSTREAM</i>		
4.1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS		
4.2 DISTRIBUIÇÃO E REVENDA: CONCEITUAÇÃO E ALGUNS DADOS DO MERCADO BRASILEIRO DE COMBUSTÍVEIS		
4.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO <i>DOWNSTREAM</i>		
4.3.1 Do interesse nacional e da dignidade da pessoa humana		
4.3.2 Da livre iniciativa e da livre concorrência		
4.4 A ANP E O SEU PAPEL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA		
4.5 A PORTARIA ANP N. 116, DE 05 DE JULHO DE 2000 E A VEDAÇÃO À VERTICALIZAÇÃO		
5 DAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS NO <i>DOWNSTREAM</i>		
5.1 APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA TRADICIONAL DO CONTRATO E A NOVA REALIDADE DESTA FONTE OBRIGACIONAL		

5.2 OS CONTRATOS COMO INSTRUMENTOS IMPRESCINDÍVEIS AO ARCABOUÇO REGULATÓRIO	
5.3 O MODELO CONTRATUAL CLÁSSICO E O SURGIMENTO DE PACTOS ADJETOS EM FACE DAS EXIGÊNCIAS DO MERCADO	
6 O CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL E A REVENDA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS	AUTOMOTIVOS
.....	
6.1 A ORIGEM DA <i>FRANCHISING</i>	
6.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	
6.3 OBJETO E CLASSIFICAÇÃO	
6.4 ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA <i>FRANCHISING</i>	
6.5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA <i>FRANCHISING</i>	
6.6 A APLICAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL NA REVENDA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTIVO	
7 DA PARTICIPAÇÃO DO DISTRIBUIDOR DE COMBUSTÍVEIS COMO FRANQUEADOR NA REVENDA VAREJISTA: VERTICALIZAÇÃO DE FATO?	
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS	
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O petróleo ainda é o principal integrante da matriz energética mundial. No Brasil, essa realidade não é diferente. Em que pese ser um combustível não renovável e poluente, em muito satisfaz a necessidade do deslocamento motorizado, seja impulsionando o transporte de pessoas, seja produzindo riquezas.

Nem todos os países foram contemplados em seus solos ou nas suas plataformas continentais com o “ouro negro”. Esse espelha riqueza, poder e independência das nações, ao tempo que provoca conflitos, guerras e muito “derramamento de sangue”. A verdade é que o mundo se torna pequeno diante da dependência desse hidrocarboneto que se aloja nas rochas sedimentares.

O Brasil “quebrando as algemas da escravidão”, tornou-se uma nação auto-suficiente em petróleo. Com a recente descoberta da “camada pré-sal¹”, sustenta-se a inserção do nosso país na OPEP².

É cediço que a crescente é fruto de inúmeros fatores indutores, todavia, atribuímos, *data maxima venia*, esta ascensão, em especial, a flexibilização da atividade de exploração e produção do petróleo e gás natural, perpetrada pela EC n. 09, de 09 de novembro de 1995, e consolidada pela Lei n. 9.478, de 06 de agosto de

¹A chamada camada pré-sal é uma faixa que se estende ao longo de 800 (oitocentos) quilômetros entre os Estados do Espírito Santo e Santa Catarina, abaixo do leito do mar, e engloba três bacias sedimentares (Espírito Santo, Campos e Santos). O petróleo encontrado nesta área está a profundidades que superam os 07 (sete) mil metros, abaixo de uma extensa camada de sal que, segundo geólogos, conservam a qualidade do mesmo. Somente o campo Tupi, que se encontra na referida camada, tem uma reserva estimada pela Petrobras entre 05 (cinco) bilhões e 08 (oito) bilhões de barris de petróleo, sendo considerado uma das maiores descobertas do mundo dos últimos sete anos.

² TERRA NETWORKS BRASIL S.A. **Chávez chama Lula de "magnata" do petróleo**. São Paulo-SP, 09 de novembro de 2007. Disponível em: < <http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0,,OI2062588-EI10706,00.html>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

1997 (Lei do Petróleo) que, entre outros, inseriu a estatal Petrobras num mercado concorrencial.

Partindo das premissas postas, o presente ensaio, dentro da idéia de economia de mercado globalizada, irá se ater à indústria do petróleo nacional, em particular, ao setor *downstream*, ou seja, a relação entre distribuidor e revendedor varejista de combustíveis automotivo.

Primeiro será realizado um traçado histórico sobre a indústria do petróleo no mundo e, distintamente, no Brasil. Na seqüência, veremos que o país após décadas de monopólio estatal, no esteio da política neoliberal e do plano de desestatização, abriu o mercado da exploração e produção de petróleo e gás natural, mediante a possibilidade, nos termos da lei, da celebração de contrato de concessão entre a União e empresas públicas ou privadas, servindo a EC n. 09/95 como marco jurídico.

Após a inserção da aludida emenda no ordenamento jurídico pátrio, um novo arranjo institucional entrou em cena. Desse modo, sumariamente, serão citadas as instituições com explicitação da natureza dessas, além das posições que ocupam na Administração Pública e o papel que desempenham.

Voltando-se para o fim da cadeia petrolífera nacional, será apontada a imponência do mercado de combustíveis num país onde prepondera o sistema de transportes rodoviário. Por conseguinte, demonstraremos a importância social do *downstream*, em especial, da revenda varejista de combustíveis automotivos.

À luz do surgimento da ANP como órgão regulador, técnico e apolítico, analisaremos os mecanismos de atuação estatal de forma indireta no domínio econômico, em específico, a Portaria ANP n. 116, de 05 de julho de 2000 e a vedação à verticalização no âmbito da revenda varejista de combustíveis automotivo, bem como, o papel do referido órgão na defesa da concorrência.

Toda a análise será guiada pelos princípios constitucionais norteadores do *downstream*, em particular, sob o enfoque da livre iniciativa e da livre concorrência. Veremos que a interferência estatal se justifica diante da necessária garantia de abastecimento energético do país, em respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e do interesse nacional.

De outra banda, será traçado o panorama das relações jurídico-privadas entre os agentes econômicos do aludido segmento da cadeia petrolífera, assim como, a tendência jurídico-contratual hodierna. Nesse enfoque, evidenciarão a importância dos contratos como instrumentos imprescindíveis ao arcabouço regulatório, sendo, ao final, mencionado os pactos mais comuns celebrados pelos agentes do *downstream*.

Em momento oportuno, diante das exigências desencadeadas pelo fenômeno da globalização, verificará o surgimento do contrato de franquia empresarial como sistema jurídico viável a acobertar e disciplinar o emaranhado de transações comerciais entre distribuidor e revendedor de combustíveis automotivo.

Será apontada a origem, o conceito, a natureza jurídica, o objeto, a classificação, os elementos estruturais, além das vantagens e desvantagens da franquia empresarial. Nesse prisma, em verdadeiro sobrevoo, mencionaremos o programa de franquia da companhia distribuidora de combustível Shell, como pioneiro no Brasil.

Com efeito, tratando-se a franquia empresarial de uma realidade do mercado de combustíveis nacional, o presente trabalho, com fulcro na metodologia teórico-descritiva, pautada em pesquisa bibliográfica e documental, se prestará a assinalar à omissão regulatória em relação à *franchising*, sob o enfoque da vedação à verticalização no *downstream* (art. 12, *caput*, da Portaria ANP n. 116/2000).

Ademais, diante do papel da ANP na defesa da concorrência serão valoradas as características do contrato de franquia empresarial e sua possível aplicação na revenda varejista de combustíveis automotivos e, por conseguinte, a participação do distribuidor como franqueador.

Desse modo, serão sopesadas as implicações e a viabilidade legal, contratual, regulatória e jurídica, na tentativa de esclarecer se aceitando a aplicação do contrato de franquia empresarial como nova óptica na revenda de combustíveis automotivos, não estaríamos permitindo a participação do distribuidor na revenda varejista como franqueador e, ao fundo, na linha desse permissivo, possibilitando uma verticalização de fato. Por derradeiro, noutra prisma, não existiria um óbice jurídico na aceitação daquele instrumento contratual na revenda, diante da potencial afronta à livre concorrência?

2 A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO: BREVES APONTAMENTOS

O petróleo é um combustível fóssil proveniente da decomposição de substâncias orgânicas, como vegetais e animais, ao longo dos anos. Esse hidrocarboneto tem sua formação e acumulação em rochas sedimentares, sendo conhecido desde tempos remotos³.

A Bíblia como livro sagrado fez menção a existência de “lagos de asfalto”. Os babilônicos pavimentavam estradas com o referido produto, bem como tijolos eram assentados. A história também registra que os fenícios calafetavam suas embarcações, enquanto os egípcios o utilizavam como impermeabilizante e para embalsamar os mortos e na construção de pirâmides. Assim, percebe-se que esse recurso natural compõe a história da humanidade⁴.

Em tempos de industrialização e maior aproveitamento dos recursos naturais como fonte de energia, os EUA se destacaram como pioneiros na exploração petrolífera. O primeiro “boom” da indústria petrolífera estadunidense ocorreu num local conhecido como “Arroio do Óleo”, próximo a *Titusville, Pensilvânia*, a partir da descoberta do primeiro poço pelo “Coronel” *Drake*, em 1859. Para melhor explorar o “ouro negro” norte-americano surgiu a *Standard Oil Company* de propriedade do senhor *John D. Rockefeller*⁵.

³Disponível em: <<http://petroleoegascefetba.blogspot.com/2007/05/industria-do-petroleo-no-mundo.html>>. Acesso em: 15 out. 2008.

⁴Disponível em: <<http://petroleoegascefetba.blogspot.com/2007/05/industria-do-petroleo-no-mundo.html>>. Acesso em: 15 out. 2008.

⁵Disponível em: <<http://petroleoegascefetba.blogspot.com/2007/05/industria-do-petroleo-no-mundo.html>>. Acesso em: 15 out. 2008.

Em 1919, a Suprema Corte dos EUA, pautada nos anseios da livre concorrência da lei antitruste de *Sherman*, determinou que a *Standard Oil* fosse desmembrada em várias empresas, dando origem as poderosas “sete irmãs”⁶.

Na prática, o monopólio foi transformado em oligopólio controlado pelas seguintes companhias: a) *Standard Oil of New Jersey* (Esso) que mais tarde originou a *Exxon* e, atualmente, ExxonMobil; b) *Royal Dutch Shell*, hodiernamente denominada de *Shell*; c) *Anglo-Persian Oil Company (APOC)* que, posteriormente, passou a ser denominada *British Petroleum* e, na seqüência, por *BP Amoco*, restando, por fim, conhecida unicamente pelas iniciais BP; d) *Standard Oil of New York (Socony)*, denominada Mobil, que, após a fusão com a *Exxon*, passou a se chamar ExxonMobil, conforme já apontado; e) Texaco, que após fusão com a Chevron, denominou-se ChevronTexaco, perdurando de 2001 até 2005, quando o nome da companhia voltou a ser, simplesmente, Chevron; f) *Standard Oil of California (Socal)* incorporada pela atual Chevron; e, g) *Gulf Oil* que restou absorvida por várias empresas⁷.

Registre-se que as “sete irmãs” foram responsáveis pela exploração e produção petrolífera em quase todo o mundo. Ademais, persistem atuando na indústria petrolífera mundial: a ExxonMobil, a Chevron, a Shell, e a BP.

Noutro pórtico, frise-se que na América Latina as primeiras descobertas comerciais de petróleo ocorreram em 1888, no Peru. No Brasil, depois de vários poços perfurados sem sucesso, o petróleo veio à tona em 1939, em Lobato, município baiano.

Apesar de ser considerada subcomercial, a descoberta brasileira incentivou novas pesquisas – financiadas pelo recém criado CNP – na região do Recôncavo

⁶Essa decisão é um dos marcos do surgimento do Direito Econômico.

⁷Disponível em: <<http://petroleoegascefetba.blogspot.com/2007/05/industria-do-petroleo-no-mundo.html>>. Acesso em: 15 out. 2008.

Baiano. Assim, a indústria petrolífera nacional dava seus primeiros passos⁸, sendo iniciadas as discussões sobre a melhor forma de atuação estatal nesse segmento econômico.

Em 1953, em pleno governo Vargas, após um incansável debate entre nacionalistas e entreguistas, como corolário da campanha “o petróleo é nosso”, foi promulgada a Lei n. 2.004, de 03 de outubro de 1953. Esta lei estabeleceu o monopólio das atividades de prospecção e produção de petróleo, criando a Petrobras, sociedade de economia mista com controle acionário estatal que durante quarenta e quatro anos foi responsável por exercer, exclusivamente, a execução do monopólio petrolífero e de gás natural, em prol da União, conforme veremos a seguir.

Passada a “nuvem negra” do período ditatorial militar, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o constituinte originário não ousou ao enfrentar a questão econômica nacional. No título específico (Título VII – “DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA”, art. 170 a 181), ao abordar a forma de intervenção do Estado no domínio econômico, em particular, na exploração e produção do setor petrolífero nacional, manteve-se o monopólio estatal posto em 1953, sendo a Petrobras a executora do mesmo.

Findando, sem mais delongas, é cediço que, com a descoberta do motor de combustão interna e, do surgimento e aperfeiçoamento dos combustíveis derivados de petróleo, eclodiram as duas maiores indústrias do século XX, quais sejam: a automobilística e a petrolífera. Esta é uma das, senão a mais complexa, rica, interdisciplinar e peculiar. Do estudo geológico sobre as bacias sedimentares ao

⁸Disponível em: <<http://petroleoegascefetba.blogspot.com/2007/05/industria-do-petroleo-no-mundo.html>>. Acesso em: 15 out. 2008.

abastecimento dos nossos veículos, eufemicamente, bilhões são investidos e lucrados.

Para alguns pensadores, a civilização moderna, é, sem dúvida, uma civilização mineral, tendo em vista que os recursos minerais foram responsáveis, ao longo dos anos, por um compassivo progresso em diversos segmentos da economia, fato esse que, elevou o conforto e o padrão de vida de muitos povos, deixando-os, em contrapartida, cada vez mais dependentes, em regra, do petróleo⁹.

⁹COLETÂNEA DE PETRÓLEO E GÁS. Org. Alfredo Ruy Barbosa, Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 5-6.

3 ATUAL MARCO REGULATÓRIO DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL

3.1 A EC N. 09, DE 09 DE NOVEMBRO DE 1995 E AS ALTERAÇÕES DECORRENTES

Com a promulgação da Carta Política de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, em virtude da ênfase dada ao aspecto social, com a nítida intenção de criar um Estado social, as políticas econômicas brasileiras tiveram que ser repensadas. Nesse sentido, com fulcro nos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil e nos princípios gerais da atividade econômica, em especial, o da livre iniciativa e o da livre concorrência, a intervenção estatal de forma direta no domínio econômico foi extremamente abrandada.

Mundialmente, diante de uma política neoliberal, calcada num fenômeno desenfreado denominado globalização, onde os países passaram a depender, sem sobra de dúvidas, uns dos outros, haja vista todo o aparato técnico-científico que os aproximam, a figura do Estado como agente normativo e regulador, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, passou a preponderar.

Nesse contexto, perante uma civilização moderna e “mineral”, e com a ideologia trazida pela Carta Magna de 1988, o Brasil diante da necessidade de desenvolver o seu setor energético, precisava alterar o marco regulatório. Assim, com fulcro no princípio do interesse nacional, iniciou-se os debates sobre a flexibilização do regime de exploração ligado às atividades petrolíferas do país.

Após um novo e também incansável embate – entre a bancada parlamentar que defendia a flexibilização como saída necessária e viável, amparada no capital e ousadia do setor privado, em busca do incremento que o setor energético exigia e

exige; e, a bancada defensora da “soberania nacional”, em defesa de um bem público estratégico e da eficiência da Petrobrás, em detrimento das condições do Estado de regular e fiscalizar o setor –, foi aprovada, em 09 de novembro de 1995, a EC n. 09, responsável pela abertura institucional, que permitiu a concorrência em atividades da indústria do petróleo nacional.

A EC n. 09/95, em regra, não implicou quebra do monopólio, pois continua este pertencendo à União Federal, no entanto, permitiu que a execução das atividades de pesquisa e lavra das jazidas, refino, importação, exportação e transporte, não ficassem a cargo, exclusivamente, da Petrobras, e sim, pudessem, ressalvado o interesse nacional, ser compartilhadas com outras empresas privadas, até mesmo estrangeiras, desde que estejam regularmente constituídas sob as leis brasileiras e tenham sede e administração no território nacional.

Com a flexibilização, o direito regulatório – de origem norte-americana, cada vez mais presente na atuação estatal hodierna, difundido pelo o fenômeno da globalização –, precisava ser estabelecido. No Brasil, o surgimento das agências reguladoras – autarquias em regime especial, com função regulamentar específica de acordo com a natureza da matéria que lhe está afeta –, coincide com o “Plano Nacional de Desestatização”.

Em decorrência do citado plano, foram criadas, mediante leis esparsas, várias agências reguladoras, entre elas, pela Lei do Petróleo, a ANP, consoante sólida previsão constitucional (art. 177, § 2º, III, da CF).

Nesse diapasão, a República Federativa do Brasil, Estado capitalista e neoliberal, passou a intervir no setor energético relativo à indústria petrolífera, não mais de forma direta, mas por meio da ANP, órgão regulador detentor da atribuição

de definir o marco regulatório, lastreado em definições técnicas distanciadas, ao menos em tese, das conveniências políticas.

Ressalte-se que, com a mudança de mentalidade e a conseqüente flexibilização do regime monopolista, resultado da EC n. 09/95, e a edição da Lei do Petróleo, bem como a criação da ANP, fixou-se um novo marco regulatório, em especial, para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural.

Passados dez anos de regulação, diferentemente do que pregavam os pessimistas, com o fim da exclusividade da Petrobras e o incremento da concorrência no setor, ocorreu um aumento significativo¹⁰ na exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural e, por conseguinte, na arrecadação estatal, por meio das participações governamentais, na espécies: bônus de assinatura¹¹, *royalties*¹², participação especial¹³ e pagamento pela ocupação ou retenção de área¹⁴, e da carga tributária incidente¹⁵.

¹⁰Disponível em: <http://www.anp.gov.br/conheca/10_anos_regulacao.asp>. Acesso em: 13 ago. 2008.

¹¹“O **bônus de assinatura** corresponderá ao montante ofertado pelo licitante vencedor na proposta para obtenção da concessão de petróleo ou gás natural, não podendo ser inferior ao valor mínimo fixado pela ANP no edital da licitação” (Art. 45, I, e 46, da Lei n. 9.478/97 c/c art. 1.º, I, 9º e 10, do Decreto n. 2.705/98).

¹²“Os **royalties** constituem compensação financeira devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural e serão pagos mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções” (Art. 45, II, e 47/49, da Lei n.º 9.478/97 c/c art. 1.º, II, 11/20, do Decreto n.º 2.705/98).

¹³“A **participação especial** constitui compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, conforme os critérios definidos no decreto relativo aos cálculos e cobranças das participações governamentais, e será paga, com relação a cada campo de uma dada área de concessão, a partir do trimestre em que ocorrer a data de início da respectiva produção” (Art. 45, III, e 50, da Lei n.º 9.478/97 c/c art. 1.º, III, 21/27, do Decreto n.º 2.705/98).

¹⁴“O valor do **pagamento pela ocupação ou retenção de área** será disposto no edital e no contrato de concessão, a ser apurado a cada ano civil, a partir da data de assinatura do referido instrumento contratual, e pago em cada dia quinze de janeiro do ano subsequente. Para fixação dos valores serão levadas em conta as características geológicas, a localização da bacia sedimentar em que o bloco objeto da concessão se situar, assim como outros fatores pertinentes, respeitando-se as faixas de valores estipuladas para fase de exploração e prorrogação, o período de desenvolvimento da fase de produção, bem como, a fase de produção propriamente dita” (Art. 45, IV, e 51, da Lei n.º 9.478/97 c/c art. 1.º, IV, 28, do Decreto n.º 2.705/98).

¹⁵Imposto sobre importação (II); Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS); Contribuição social para o financiamento da seguridade social (COFINS); Contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE); Contribuição provisória sobre movimentações financeiras (CPMF),

Noutro pórtico, frise-se que a Lei do Petróleo em nada alterou o setor de distribuição e revenda de combustíveis. Todavia, o órgão regulador aludido, no uso de suas atribuições, regulamentou o *downstream*¹⁶, em especial, por meio da Portaria ANP n. 116/2000, objetivando garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, ao tratar dos postos revendedores de combustíveis líquidos automotivos, em observância a disposição do art. 177, § 2.º, inciso I e 238¹⁷, *caput*, ambos da Constituição Federal combinado com art. 1.º, inciso V, da Lei do Petróleo¹⁸.

Registre-se que, apesar do preceituado no art. 238, *caput*, da Carta Magna, não há lei ordenadora da venda e revenda de combustíveis, nos moldes do princípio da legalidade estrita como ressalvou o constituinte originário e, sim, como entende alguns, lei em sentido amplo, haja vista a função reguladora da ANP e a Portaria alhures citada.

Por fim, mencionamos a edição da Lei n. 9.847, de 26 de outubro de 1999¹⁹, que teve por escopo garantir a aplicabilidade e efetividade às disposições dos

cobrada até 2007, quando foi extinta; e, Programa de integração social e de formação do patrimônio do servidor público (PIS/PASEP).

¹⁶ Foram editadas pela ANP, além da Portaria n. 116/2000, as seguintes: Portaria ANP n. 201/99 (relativas aos transportadores-revendedores-retalhistas – TRRs); Portaria ANP n. 202/99 (dispõe sobre a distribuição de combustíveis líquidos); Portaria ANP n. 203/99 (relativa aos postos revendedores de gás liquefeito de petróleo – GLP, popular “gás de cozinha”); Portaria ANP n. 32/2001 (dispõe sobre o gás natural veicular – GNV); Portaria ANP n. 309/2001 (relativa as especificações das gasolinas automotivas); Portaria ANP n.º 104/2007 (estabelece a especificação do gás natural de origem nacional ou importada, a ser comercializada em todo o território nacional); Resolução ANP n. 36/2005 (estabelece especificações do álcool etílico anidro combustível – AEAC, e do álcool etílico hidratado combustível – AEHC); Resolução ANP n. 15/2006 (versa sobre as especificações do óleo diesel e mistura óleo diesel-biodiesel – B2); e, a Resolução ANP n. 9/2007 (dispõe sobre as regras para o controle da qualidade do combustível automotivo líquido). Por fim, mencionamos ainda as portarias do extinto Departamento Nacional de Combustíveis (DNC) recebidas pelo o novo marco regulatório: Portaria DNC n. 26/92 (que instituiu o livro de movimentação de combustíveis – LMC); Portaria DNC n. 30/94 (dispõe sobre preços nas bombas medidoras); e, a Portaria DNC n. 32/97 (que especifica o óleo diesel marítimo).

¹⁷ Art. 238 - A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/doc/petroleo/CartilhaCarteis.pdf>>. Acesso em 20 out 2008.

¹⁹ Para garantir maior aplicabilidade da lei foi editado o Decreto Federal n. 2.953, de 28 de janeiro de 1999.

incisos VII, XIII e XV do art. 8.º da Lei do Petróleo²⁰. O referido diploma normativo dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, considerando-o de utilidade pública²¹.

3.2 O NOVO ARRANJO INSTITUCIONAL

Em outro prisma, com a criação da ANP e a fixação do atual marco regulatório, um novo arranjo institucional surgiu no Brasil. Junto com a citada agência reguladora foram criados o CNPE e, por conseguinte, a EPE. Somando a essas instituições, tem-se a antiga Petrobras.

Assim, no novo arranjo institucional para o setor energético, em especial, afeito ao petróleo, gás natural e biocombustíveis, passa-se a ter o CNPE ligado à Presidência da República e ao MME numa relação de subordinação, típica da

²⁰ Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe: (Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005)

(...)

VII - fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; (Redação dada pela Lei n. 11.097, de 2005)

(...)

XIII - fiscalizar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei n. 8.176, de 8 de fevereiro de 1991;

(...)

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

²¹Art. 1º *omissis*

§ 1º **O abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública e abrange as seguintes atividades:** (Redação dada pela Lei n. 11.097, de 2005)

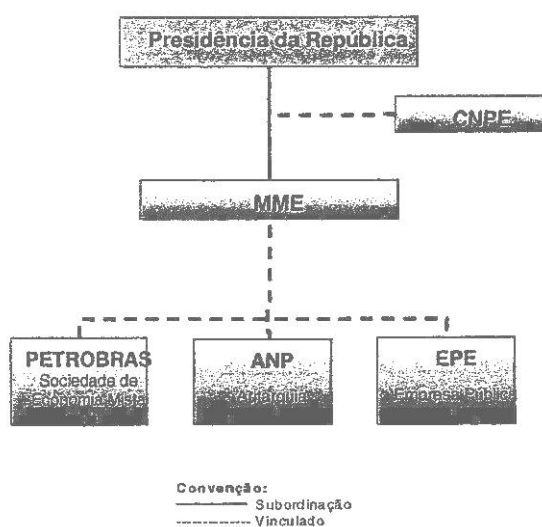
I - produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, **distribuição, revenda**, comercialização, avaliação de conformidade e certificação **do petróleo, gás natural e seus derivados**; (Incluído pela Lei n. 11.097, de 2005)

II - produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, **distribuição, revenda**, comercialização, avaliação de conformidade e certificação **do biodiesel**; (Incluído pela Lei n. 11.097, de 2005)

III - comercialização, **distribuição, revenda** e controle de qualidade **de álcool etílico combustível**. (Incluído pela Lei n. 11.097, de 2005) (*grifos nosso*)

administração direta. De outra banda, integrando à administração indireta, tem-se a ANP, que possui natureza jurídica de autarquia especial, e a EPE, que se enquadra como empresa pública, bem como, a Petrobras²², estatal da espécie sociedade de economia mista, todas como instituições vinculadas ao MME.

Para melhor compreensão, vejamos figura a seguir:



Fonte: MME, 2008

Dentro da sistemática posta, o CNPE que foi criado pela Lei do Petróleo, trata-se, genericamente, de um órgão de assessoramento do Presidente da República para a formulação de políticas e diretrizes de energia, destinando-se a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos, bem como, a assegurar o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País e, rever periodicamente as matrizes energéticas, entre outros.

Diferentemente do CNPE, a EPE, criada em 16 de agosto de 2004, por meio do Decreto n. 5.184/2004, é uma empresa pública que tem por finalidade prestar

²²A Lei n. 9.478/97 estabelece, em seu art. 62, que a União manterá o controle acionário da Petrobras com a propriedade e posse de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) mais uma ação do capital votante.

serviços na área de estudos e pesquisas destinadas a subsidiar o planejamento do setor energético, tais como: energia elétrica, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes energéticas renováveis e eficiência energética.

À ANP, na qualidade de autarquia especial, surgiu como órgão regulador que tem por finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis.

Por derradeiro, tem-se a Petrobras – sociedade de economia mista que executava com exclusividade o monopólio da União –, que se tornou uma companhia integrada que atua do *upstream* ao *downstream* no Brasil e no exterior, tendo brilhantemente se adequado ao mercado concorrencial nacional da exploração e produção pós EC n. 09/95 e Lei do Petróleo.

4 SETOR *DOWNSTREAM*

4.1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS

A cadeia petrolífera é composta por várias etapas. Na esteira da doutrina dominante seriam elas: a exploração e a produção (*upstream*); o refino e o transporte (*midstream*); e, a distribuição e a revenda (*downstream*). O presente ensaio circunscreve-se a esse último segmento da cadeia.

De antemão, frise-se que, diferentemente dos demais, o setor *downstream* nacional sempre foi imune ao monopólio estatal. Esse segmento que compreende a distribuição e a revenda varejista de combustíveis é o mais dinâmico de toda a cadeia, alcançando, de sorte, o consumidor final.

Nas vindouras linhas, realizaremos, de forma pontual, uma sucinta análise histórica do aludido setor até os dias de hoje.

Pois bem. O início da distribuição sistemática de derivados de petróleo no Brasil ocorreu em 1912, através de latas e tambores. Como marcos para aperfeiçoamento do setor, apontamos à entrada no mercado brasileiro da *Atlantic Refining Company of Brazil*, em 07 de julho de 1922. Além disso, tivemos em 1934, o funcionamento da Destilaria Rio Grandense S/A, em Uruguaiana/RS, que deu origem a primeira Refinaria de Petróleo do país, no ano de 1937²³.

No esteio da regulação do setor de distribuição e revenda, não podemos deixar de registrar a criação do CNP, por meio do Decreto-Lei n. 395, de 29 de abril de 1938, com o objetivo, dentre outros, de regular e fiscalizar as atividades de exploração, refino, importação, distribuição e comercialização de petróleo e seus

²³SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis no Brasil. Disponível em: <http://www.sindicom.com.br/pub_sind/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=21>. Acesso em: 11 jun. 2008.

derivados. Por outro lado, em 1941, também como fato importante citamos à criação da “Associação Profissional do Comércio Atacadista de Minérios e Combustível”, que originou, em última análise, o atual SINDICOM²⁴.

Noutro pórtico, ressalte-se que apesar de estabelecido o monopólio da União sobre as atividades da indústria petrolífera nacional com a edição da Lei n. 2.004, de 03 de outubro de 1953, conforme já visto, o setor de distribuição e revenda continuou ileso ao controle direto estatal²⁵, ficando, em regra, a cargo da livre iniciativa. Todavia, para garantir o abastecimento energético do país, no esteio do interesse nacional, o Estado passou a regular, de forma estrita, até o final da década de 80, as atividades econômicas que integram o aludido setor.

Já no governo Collor, em verdadeira política neoliberal, iniciou-se a abertura do mercado brasileiro com a criação do “Programa Federal de Desregulamentação”, sendo estabelecido o critério de preços máximos nos postos revendedores e liberados os preços do querosene iluminante e dos lubrificantes automotivos. Nesse momento surgiu o DNC em substituição ao extinto CNP²⁶, além disso, foram realizadas alterações no arcabouço regulatório no sentido de reduzir os entraves à instalação dos postos revendedores.

Com as novas reflexões relativas à política econômica nacional, na tentativa de melhorar a distribuição e a revenda, o DNC, em 1993, modificando as regras, permitiu o funcionamento dos “postos de bandeira branca”, isto é, daqueles qualificados como “independentes”, por não se sujeitarem a regra da exclusividade

²⁴SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis no Brasil. Disponível em: <http://www.sindicom.com.br/pub_sind/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=21>. Acesso em: 11 jun. 2008.

²⁵SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis no Brasil. Disponível em: <http://www.sindicom.com.br/pub_sind/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=21>. Acesso em: 11 jun. 2008.

²⁶SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis no Brasil. Disponível em: <http://www.sindicom.com.br/pub_sind/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=21>. Acesso em: 11 jun. 2008.

do uso de marca e aquisição de produtos de uma distribuidora previamente determinada. Por fim, flexionadas também as regras referentes à criação das distribuidoras ocorreu o ingresso de centenas de novos agentes econômicos no setor²⁷.

Em decorrência da abertura no cenário nacional, já sinalizada, apontamos como mais importante marco do século passado na indústria do petróleo no Brasil, em particular, no aspecto jurídico, a EC n. 9/95, então responsável pela flexibilização do monopólio. Todavia, essa em nada modificou a ingerência estatal no setor de distribuição e revenda²⁸.

Com a edição da Lei do Petróleo, restou extinto o DNC, por meio do Decreto n. 2.455, de 14 de janeiro de 1998, não tendo ocorrido mudanças significativas no setor de distribuição e revenda.²⁹

De outra banda, conforme já explicitado, a ANP editou a Portaria n. 116/2000, que cuidou de regulamentar o exercício da atividade de revenda varejista de combustível automotivo. Nesse diploma, em respeito à livre concorrência, o Estado optou por vedar a participação do distribuidor na revenda varejista, salvo no tocante ao “posto escola”³⁰. Em outro pórtico, mediante a Resolução ANP n. 07/2007, restou proibido à venda de combustíveis pelas distribuidoras a postos revendedores possuidores de bandeiras que não a daquelas, assim como, limitou-se a compra e venda entre distribuidoras ao percentual máximo de 5%.

²⁷Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/palestras/Mercado_de_combustiveis_automotivos_II.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2008.

²⁸Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/palestras/Mercado_de_combustiveis_automotivos_II.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2008.

²⁹Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/palestras/Mercado_de_combustiveis_automotivos_II.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2008.

³⁰Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/palestras/Mercado_de_combustiveis_automotivos_II.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2008.

Por derradeiro, diante da preocupação da humanidade com o meio ambiente e a busca por fontes de “energias limpas” como forma sustentável de diversificação da matriz energética nacional, foi criado o “Programa Nacional do Biodiesel”, por meio da Lei n. 11.097, de 13 de janeiro de 2005. Esse programa estabeleceu percentuais mínimos de mistura do novo produto ao diesel, sendo obrigatório a partir de 1º de janeiro do corrente ano, a adição de 2% de biodiesel a todo óleo diesel comercializado no Brasil, com escala crescente de até 5%, consoante Resolução CNPE n. 05/2007.³¹

³¹Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/palestras/Mercado_de_combustiveis_automotivos_II.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2008.

4.2 DISTRIBUIÇÃO E REVENDA: CONCEITUAÇÃO E ALGUNS DADOS DO MERCADO BRASILEIRO DE COMBUSTÍVEIS

Feito esse traçado histórico-cronológico, em que foram priorizados os registros dos marcos regulatórios do setor, fixamos a seguir alguns conceitos básicos, além de dados que revelam a importância do segmento dentro da indústria do petróleo nacional.

Ressalte-se que o legislador foi de extrema clareza, em verdadeira interpretação autêntica, ao inserir na Lei do Petróleo as definições técnicas, entre elas, os conceitos de revenda e distribuição.

Assim, conforme dispõe a lei de regência da matéria (Lei n. 9.478/97, art. 6º, XX e XXI³² c/c art. 2º, *caput*³³, da Portaria ANP n. 116/2000), distribuição consubstancia-se em uma atividade de comercialização por atacado com a rede varejista e grandes consumidores, enquanto a revenda compreende-se como sendo a venda a varejo de combustíveis, por meio dos postos revendedores ou de serviços.

Com a flexibilização das regras no Governo Collor, conforme mencionado alhures, ocorreu uma profunda transformação na estrutura de mercado de derivados de combustíveis no Brasil, durante toda a década de 90.

A célere expansão de grupos de dimensão estadual e regional com capital local³⁴ e, de alguns estrangeiros³⁵, desafiou fortemente o oligopólio concentrado das

³²Art. 6.º (...) XX - **Distribuição**: atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis; XXI - **Revenda**: atividade de venda a varejo de combustíveis, lubrificantes e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis; (Grifamos)

³³Art. 2º. A atividade de **revenda varejista** consiste na comercialização de combustível automotivo em estabelecimento denominado posto revendedor. (Grifamos)

³⁴Citamos como exemplo a companhia potiguar Satélite Distribuidora de Combustíveis (SAT) que, recentemente, passou por processo de fusão empresarial com a distribuidora mineira ALE,

grandes distribuidoras³⁶, como: BR Distribuidora, Ipiranga, Shell, Texaco³⁷ e Esso³⁸; estando operando no país, atualmente, cerca de 260 (duzentos e sessenta) companhias distribuidoras.

Em 1996, as pequenas distribuidoras cobriam apenas 835 postos revendedores. No final da década de 90, já existiam no país 5.500 revendedores varejistas de bandeira branca ou ligados às distribuidoras menores. Por fim, em 2002, os estabelecimentos dissidentes alcançaram o número de oito mil³⁹.

No entanto, apesar da maior concorrência e reorganização no setor perpetrada pela flexibilização alhures citada, a hegemonia econômica das grandes petroleiras na jusante da cadeia está longe de ser quebrada.

Nesse diapasão, registre-se, desde já, que no presente mundo globalizado em que impera o poder dos signos nas relações de consumo, grande parte dos revendedores varejistas preferem por exibirem as marcas das grandes distribuidoras, mesmo padecendo da obrigatoriedade de comercializarem apenas combustíveis e produtos dessas. Por conseguinte, é inevitável que o forte poder econômico do oligopólio aludido continue prevalecendo.

denominando-se ALESAT. Após pesquisa mercadológica de aceitação de marca, o grupo empresarial decidiu que a partir de 2009, a companhia que passou a atuar nas cinco regiões do país, com a aquisição da distribuidora catarinense POLIPETRO, unificadamente, denominar-se-á apenas ALE.

³⁵Citamos como exemplos: a espanhola REPSOL que adquiriu a refinaria de Maguinhos e a rede de postos revendedores WAL do grupo Peixoto de Castro e a italiana AGIP que comprou a distribuidora São Paulo.

³⁶ Disponível em:

<http://www.anp.gov.br/doc/palestras/Mercado_de_combustiveis_automotivos_II.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2008.

³⁷ Ressalte-se que a rede de postos revendedores da bandeira Texaco que pertencia a Companhia Chevron, acabou recentemente sendo adquirida pelo Grupo Ultra, dono também da marca Ipiranga.

³⁸ Registre-se que a rede de postos revendedores de bandeira Esso que pertencia a Exxon, foi parar nas mãos da COSAN, maior grupo sucroalcooleiro do País.

³⁹ Disponível

em:

<http://www.anp.gov.br/doc/palestras/Mercado_de_combustiveis_automotivos_II.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2008.

De outra banda, para se ter uma idéia da grandiosidade do mercado de combustíveis brasileiro, em verdadeiro sobrevôo, vejamos, por fim, alguns dados da revenda.

Pois bem. Atualmente, o Brasil possui mais de 35 mil postos revendedores. Somente no ano passado foram comercializados 88 bilhões de litros de combustíveis, sendo R\$ 162 bilhões de reais em faturamento, R\$ 52 bilhões de reais em arrecadação de tributos e mais de 370 mil empregos diretos e indiretos, gerados e mantidos⁴⁰.

Findando essa seção, frise-se que o comércio varejista de derivados de petróleo cresce anualmente, em média, 11% no país. Por outro lado, a título de curiosidade, registre-se que a capital potiguar possui um crescimento acima da média, ou seja, tem alcançado a ordem de 18%⁴¹, detendo 110 postos revendedores de combustíveis compreendidos no universo de 560 presentes em todo o Rio Grande do Norte.

⁴⁰JORNAL TRIBUNA DO NORTE, Caderno Economia, p. 3, ano 53, número 074, Natal, Rio Grande do Norte, sábado, 21 de junho de 2008.

⁴¹SINDICOM. História da Distribuição de Combustíveis no Brasil. Disponível em: <http://www.sindicom.com.br/pub_sind/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=21>. Acesso em: 11 jun. 2008.

4.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO *DOWNSTREAM*

4.3.1 Do interesse nacional e da dignidade da pessoa humana

O regime jurídico como um todo compõe-se de normas nas espécies princípios e regras. As primeiras ao longo dos anos alcançaram um patamar de normatividade inquestionável. Em relação a sua conceituação, em suma, prefere-se dizer que trata-se de comando normativo informativo ou norteador do direito. Há quem diga que violar um princípio é flagrantemente mais grave do que afrontar uma regra⁴².

Nessa esteira, princípios de alçada constitucional como o do interesse nacional e, em especial, o da dignidade da pessoa humana, possuem relevância considerável na distribuição e revenda de combustíveis.

O princípio do interesse nacional possui berço constitucional expresso (§ 1.º, do art. 176, da CF). Esse preceitua que cabe a União, como ente federal representativo de todo o povo brasileiro, determinar a forma de pesquisa, lavra e aproveitamento dos recursos minerais nacional, bem como, garantir o abastecimento energético de todo o país.

Dentro do quadro de política energética é indiscutível o interesse governamental em garantir o abastecimento nacional, ou seja, de assegurar, racionalmente, que os derivados de petróleo cheguem a todo o país, dando ao cidadão maior qualidade de vida. Nesse sentido, o nosso legislador infraconstitucional declarou a atividade de distribuição e revenda de combustíveis como sendo de utilidade pública (art. 1.º, § 1.º, incisos I a III, da Lei n. 9.847/99), o

⁴²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 230.

que bem justifica a intervenção estatal de forma indireta no setor, apesar do mesmo ter ficado sempre imune ao regime de monopólio, como já apontado. Dessa feita, nos lugares mais remotos e de difícil acesso, do Oiapoque ao Chuí, como por exemplo, na Amazonia por meio dos conhecidos “postos flutuantes”, é dever do Estado garantir a todos a oferta de derivados de petróleo, em especial, de combustíveis automotivo.

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma fundamental a República Federativa do Brasil como Estado democrático de Direito que é (art. 1.º, inciso III, da CF), podemos dizer ser tarefa árdua alcançar a sua definição. A expressão possui viés amplo demais.

De forma ousada, diria ser o referido preceito o norte para todo e qualquer direito, na linha de que o Estado deve garantir condições mínimas de vida ao cidadão, fundando os conjuntos normativos à luz do mesmo, bem como, da realidade que vivenciam. Assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana seria a essência, a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, sendo esses, em suma, os direitos básicos, ou seja, aqueles positivados e considerados imprescindíveis a vivência digna do Homem.

Desse modo, por fim, o dever governamental de garantir a todos os brasileiros o acesso aos combustíveis, sem dúvida, não decorre somente do interesse nacional, mas, acima de tudo, do respeito à dignidade da pessoa humana, isto porque, energia é sinônimo de crescimento, desenvolvimento e bem-estar social.

4.3.2 Da livre iniciativa e da livre concorrência

Em outro prisma, citamos como imperativos da ordem econômica pátria, plenamente aplicáveis a distribuição e a revenda de combustíveis, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, como seguem.

O constituinte originário ao tratar da ordem econômica apontou como alicerce dessa, a livre iniciativa (art. 1.º, IV, *in fine*, c/c 170, *caput*, da CF). Essa, à luz do princípio da liberdade e da propriedade (art. 5.º, *caput*, XXII e XXIII, 170, II e III, ambos da CF), dispõe que é assegurado a todo e qualquer cidadão o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização estatal. No entanto, apesar de ser cláusula geral, nada impede que a lei restrinja o campo de atuação dos agentes econômicos, apesar de, ao menos em tese, ser mínima a intervenção do Estado na economia.

Para se ter uma idéia, caso o particular deseje integrar à distribuição ou a revenda varejista como agente econômico, sob o prisma do princípio da livre iniciativa, em regra, ressalvado a necessidade da obtenção de licença ambiental e de funcionamento junto aos órgãos ambientais e de obras na esfera competente, dentre o cumprimento de outras obrigações, basta que preencha, comprovadamente, os requisitos regulatórios exigidos (Portaria ANP n. 202/99, referente à distribuição de combustíveis líquidos e, a Portaria ANP n. 116/2000, para o revendedor varejista de combustíveis automotivos, por exemplo) e requeira junto à ANP a autorização que lhe garanta, após a devida publicação no Diário Oficial da União, o início da atividade.

Com efeito, sabemos que não há direito absoluto. Essa premissa não é diferente em relação à livre iniciativa, cabendo aos agentes econômicos, em

observância à função social que os postos de serviços exercem, submeterem-se a alguns trâmites exigidos pelo Estado na abertura e manutenção do negócio⁴³.

Por derradeiro, tratamos nas próximas linhas do princípio da livre concorrência (art. 170, IV, da CF) que, conforme já citado, possui envergadura constitucional, sendo de suma importância ao mercado de combustíveis brasileiro. Esse preceito, ensina que a concorrência não pode ser restringida ou subvertida por agentes econômicos com poder de mercado. Assim, é dever do Estado zelar para

⁴³Neste sentido, vejamos jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): “American Virginia Indústria e Comércio Importação Exportação Ltda. pretende obter efeito suspensivo para recurso extraordinário admitido na origem, no qual se opõe a interdição de estabelecimentos seus, decorrente do cancelamento do registro especial para industrialização de cigarros, por descumprimento de obrigações tributárias. (...) Cumpre sublinhar não apenas a legitimidade destoutro propósito normativo, como seu prestígio constitucional. **A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, inc. IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (art. 170, caput). Lembro que ‘livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa** (cf. Farina, Azevedo, Saes: Competitividade: Mercado, Estado e Organizações, São Paulo, 1997, cap. IV). **Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços ...’ Calixto Salomão Filho, referindo-se à doutrina do eminente Min. Eros Grau, adverte que ‘livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta (...). O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da Constituição Federal, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada.’** A incomum circunstância de entidade que congrega diversas empresas idôneas (ETCO) associar-se, na causa, à Fazenda Nacional, para defender interesses que reconhece comuns a ambas e à própria sociedade, não é coisa de desprezar. Não se trata aqui de reduzir a defesa da liberdade de concorrência à defesa do concorrente, retrocedendo aos tempos da ‘concepção privatística de concorrência’, da qual é exemplo a ‘famosa discussão sobre liberdade de restabelecimento travada por Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça no caso da Cia. de Juta (Revista do STF (III), 2/187, 1914)’, mas **apenas de reconhecer que o fundamento para a coibição de práticas anticoncorrenciais reside na proteção a ‘ambos os objetos da tutela: a lealdade e a existência de concorrência (...). Em primeiro lugar, é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Dois são os objetivos dessas regras mínimas. Primeiro, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência, e não de sua ‘esperteza negocial’ — isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado.** Ademais, o caso é do que a doutrina chama de tributo extrafiscal proibitivo, ou simplesmente proibitivo, cujo alcance, a toda a evidência, não exclui objetivo simultâneo de inibir ou refrear a fabricação e o consumo de certo produto. A elevada alíquota do IPI caracteriza-o, no setor da indústria do tabaco, como tributo dessa categoria, com a nítida função de desestímulo por indução na economia. E isso não pode deixar de interferir na decisão estratégica de cada empresa de produzir ou não produzir cigarros. É que, determinada a produzi-lo, deve a indústria submeter-se, é óbvio, às exigências normativas oponíveis a todos os participantes do setor, entre as quais a regularidade fiscal constitui requisito necessário, menos à concessão do que à preservação do registro especial, sem o qual a produção de cigarros é vedada e ilícita.” **(AC 1.657-MC, voto do Min. Cezar Peluso, j. em 27.06.2007, DJ de 31.08.2007).** Disponível em: <www.stf.jus.br/Arquivos%20p%20exportação/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jul. 2008. (*Grifos nosso*)

que as organizações com poder de mercado não abusem deste, de forma a prejudicar a livre concorrência⁴⁴.

De antemão, sem enfrentarmos a conceituação do preceito, poderíamos dizer que o princípio da livre concorrência seria um complemento da livre iniciativa. Nada mais do que a forma como o mercado reage à velha máxima da “lei da oferta e da procura”, diante do modo capitalista de produção e da necessidade de captação de clientes para manutenção do negócio. Em outro pórtico, temos como ponto de equilíbrio do mercado, a preocupação estatal na proteção dos interesses do consumidor quanto ao preço, qualidade e oferta de produtos e serviços, o que bem justifica a defesa da concorrência.

A defesa da livre concorrência deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa. Esses preceitos normativos têm como enfoque o livre mercado, sendo preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Dessa feita, em última análise, a referida defesa assegura a dignidade da pessoa humana.

⁴⁴Disponível em: <http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2008.

4.4 A ANP E O SEU PAPEL NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Antes de apontarmos o papel da ANP na famigerada defesa da concorrência, de forma genérica, abordaremos a sistemática dessa no que tange ao ordenamento jurídico pátrio.

Pragmaticamente, o SBDC, que tem a Lei Antitruste (Lei n. 8.884/94) como principal arrimo, é composto pela SDE, SEAE e pelo CADE. A SDE e a SEAE são órgãos que integram à administração direta federal em relação de subordinação aos Ministérios da Justiça e da Fazenda, respectivamente. Por outro lado, o CADE compõe à administração indireta como autarquia vinculada ao Ministério da Justiça⁴⁵.

O SBDC atua tanto preventiva quanto repressivamente (arts. 20/24 e 54, da Lei n. 8.884/94). Como exemplo da primeira forma de atuação, citamos o controle sobre as fusões de empresas, evitando assim, a excessiva concentração de mercado. Em relação à última, mencionamos o combate aos cartéis⁴⁶. Assim, o referido sistema tem como principal atribuição, identificar e punir os agentes econômicos que cometeram infrações a ordem econômica em geral.

De outra banda, o SBDC, agindo repressivamente, mediante as instituições que o compõe, procede da seguinte forma: a SDE instaura e instrui as averiguações preliminares e os processos administrativos, enquanto, o SEAE se encarrega de

⁴⁵ Cf. BRASIL. Lei Federal n. 8.884, de 11 de junho de 1994; Lei n. 9.021, de 30 de março de 1995; e, Lei n. 9.781, de 19 de janeiro de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21 jul. 2008.

⁴⁶“Os cartéis podem ser definidos como um acordo horizontal, formal ou não, entre concorrentes que atuam no mesmo mercado relevante geográfico e material, que tenha por objeto uniformizar as variáveis econômicas inerentes às suas atividades, como preços, quantidades, condições de pagamento etc, de maneira à regular ou neutralizar a concorrência”. (p. 8) Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/doc/petroleo/CartilhaCarteis.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

emitir um parecer econômico sobre o caso; cabendo ao CADE julgar, de forma definitiva, na seara administrativa⁴⁷.

Feitas estas considerações, vejamos o papel que a ANP desenvolve nesse sistema:

De antemão, preventivamente, diria que a ANP defende a concorrência por meio da regulação do mercado.

Noutro pórtico, consoante a Lei do Petróleo (art. 8º), dentre outras finalidades conferidas à ANP, determinou o legislador infraconstitucional a promoção a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, entre elas: a distribuição e a revenda.

Por meio da fiscalização⁴⁸ a autarquia especial além de garantir a observância de suas disposições regulatórias pelos agentes econômicos, conforme preceitua o art. 10, da Lei n. 9.478/97, de forma oblíqua, assegura, que os atos que visem afrontar a concorrência do setor, uma vez identificados, sejam reprimidos. Assim, tomando a ANP conhecimento de fato que, ao menos em tese, configure infração à ordem econômica, deverá comunicar, formalmente, a SDE e ao CADE, para que esses órgãos possam adotar as providências que lhes competem.

Abrindo-se um rápido parêntese, como também assiste a ANP à proteção aos interesses dos consumidores quanto ao preço, qualidade e oferta dos produtos (art. 1.º, inciso III e, 8.º, inciso I, da Lei do Petróleo), esse órgão regulador instituiu um programa de levantamento semanal de preços e margem de comercialização de combustíveis que, em virtude da deficiência administrativa não cobre todo o país, isto é, apenas alcança pouco mais de 400 municípios num universo de mais de 5 mil. De qualquer forma, essa iniciativa já é louvável, pois, não somente possibilita

⁴⁷Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/doc/petroleo/CartilhaCarteis.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2008.

⁴⁸Cf. BRASIL. Lei Federal n. 9.847, de 26 de outubro de 1999, e o Decreto Federal n. 2.953, de 28 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2008.

que o consumidor tenha conhecimento, semanalmente, dos preços de combustíveis praticados no mercado, podendo melhor fazer sua escolha de compra, como também dá a ANP às condições de constatar indícios de infrações à ordem econômica, como, por exemplo, a formação de cartéis.

Findando, frise-se que o papel da ANP na defesa da concorrência, repressivamente, decorre do seu Poder administrativo de polícia, ou seja, ao exercer a fiscalização do setor, constatando indícios de afronta à livre concorrência, remeterá informações a SDE e ao CADE que tem atuação limitada à apuração e punição do ilícito de natureza administrativa, perpetrado pelo agente econômico. Ademais, em outra seara, conforme preceitua o art. 17 da Lei n. 9.847/99, sendo apurado fato que também, ao menos em tese, configura-se ilícito de natureza criminal, à ANP deverá encaminhar cópia integral dos autos dos processos administrativos ao Ministério Público Estadual⁴⁹, para que, sendo o caso, esse na qualidade de *dominus litis* (CF, art. 129, I), promova a competente ação penal pública incondicionada.

⁴⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 502915, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 27.04.2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 ago. 2008. Ementa: "Competência: Justiça Estadual: processo por crime contra a ordem econômica previsto no art. 1º da L. 8.176/91 (venda de combustível adulterado); inexistência de lesão à atividade de fiscalização atribuída à Agência Nacional do Petróleo - ANP e, portanto, ausente interesse direto e específico da União: não incidência do art. 109, IV, da CF. 1. Regra geral os crimes contra a ordem econômica são da competência da Justiça comum, e, no caso, como a L. 8.176/91 não especifica a competência para o processo e julgamento do fato que o recorrido supostamente teria praticado, não há se cogitar de incidência do art. 109, VI, da CF. 2. De outro lado, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira devem ser julgados pela Justiça Federal - ainda que ausente na legislação infraconstitucional nesse sentido -, quando se enquadrem os fatos em alguma das hipóteses previstas no artigo 109, IV, da Constituição. 3. É da jurisprudência do Tribunal, firmada em casos semelhantes - relativos a crimes ambientais, que "o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna, tem de ser direto e específico", não sendo suficiente o "interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União" (REE 166.943, 1ª T., 03.03.95, Moreira; 300.244, 1ª T., 20.11.01, Moreira; 404.610, 16.9.03, Pertence; 336.251, 09.6.03, Pertence; HC 81.916, 2ª T., Gilmar, RTJ 183/3). 4. No caso, não há falar em lesão aos serviços da entidade autárquica responsável pela fiscalização: não se pode confundir o fato objeto da fiscalização - a adulteração do combustível - com o exercício das atividades fiscalizatórias da Agência Nacional de Petróleo - ANP-, cujo embaraço ou impedimento, estes sim, poderiam, em tese, configurar crimes da competência da Justiça Federal, porque lesivos a serviços prestados por entidade autárquica federal (CF, art. 109, IV).

4.5 A PORTARIA ANP N. 116, DE 05 DE JULHO DE 2000 E A VEDAÇÃO À VERTICALIZAÇÃO⁵⁰

Como já dito, o principal diploma que rege a interação econômica entre distribuidor e revendedor varejista de combustíveis automotivo é a Portaria ANP n. 116, de 05 de julho de 2000. Essa dispõe, entre outros, sobre: o registro do revendedor junto à ANP; a obrigação do mesmo de informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível comercializado, podendo exibir ou não bandeira (marca) do seu distribuidor; a obrigatoriedade de só adquirir combustíveis junto à distribuidora registrada e autorizada pelo órgão regulador; a garantia da qualidade do combustível comercializado como dever do posto revendedor. Por fim, o referido diploma regulatório veda que o distribuidor de combustível automotivo exerça a atividade de revenda varejista, ressalvado o caso de “posto escola”⁵¹ (art. 12, §§ 1º e 2º, da Portaria ANP n. 116/2000)⁵².

Assim, no esteio dos fundamentos da ciência econômica, dentro da ação regulatória da ANP, em especial no setor *downstream*, verifica-se a vedação ao fenômeno da verticalização.

O fenômeno denominado de verticalização se caracteriza por ser, em termos da ciência econômica, o processo no qual uma empresa assume o controle sobre

⁵⁰ALVES, Victor. R. Fernandes. et al. **O contrato de franquia e a verticalização no âmbito da indústria do petróleo**. In: *Rio Oil & Gas Expo and Conference*. IBP: Rio de Janeiro - RJ, 2008; e, _____ . **A (in) viabilidade da aplicação do contrato de franquia às relações entre distribuidor e revendedor de combustíveis**. In: XIV Seminário de Pesquisa do CCSA – UFRN: Natal - RN, 2008.

⁵¹BRASIL. Resolução ANP n. 04, de 08 de fevereiro de 2006, que regulamenta o exercício da atividade de posto revendedor escola por distribuidor de combustíveis automotivos. Disponível em: <www.anp.gov.br>. Acesso em 20 ago. 2008.

⁵²Art. 12. **É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos** derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, **e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista**.

§ 1º. O *caput* do artigo **não se aplica quando o posto revendedor se destinar ao treinamento de pessoal, com vistas à melhoria da qualidade do atendimento aos consumidores**.

§ 2º. O posto revendedor de que trata o parágrafo anterior deverá atender as disposições desta Portaria e ter autorização específica da ANP, como posto revendedor escola.

mais de um estágio da cadeia produtiva de um determinado produto. Conforme ensinamentos do economista Porter⁵³ da *Harvard Business School* – considerado a maior autoridade mundial em estratégia competitiva – a integração vertical seria a união de vários processos de produção, distribuição, vendas, ou seja, uma mesma companhia acoberta inúmeras fases, ou todas, de uma cadeia produtiva, ou processos tecnologicamente distintos dentro de uma mesma empresa.

Desse modo, a regulação preceitua, em outras palavras, que cada agente econômico atuará em um determinado estágio (ou etapa) da cadeia produtiva, para maior resguardo e estímulo às práticas competitivas, como bem é lastreada na flagrante distinção perfilhada na Portaria ANP n. 116/2000, artigo 12, *caput*, que, como dito, veda aos distribuidores de combustíveis atuarem, simultaneamente, no varejo, reafirmando, ao fundo, o princípio constitucional concernente à livre concorrência, conforme veremos adiante.

⁵³ PORTER, MICHAEL E. *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors*. Nova York: Free Press, 1980.

5 DAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS DO *DOWNSTREAM*

5.1 APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA TRADICIONAL DO CONTRATO E A NOVA REALIDADE DESSA FONTE OBRIGACIONAL

De forma pragmática, sabe-se que a juridicidade nas relações humanas decorre tanto dos fatos quanto dos atos. Consoante a teoria geral, os fatos jurídicos, ou seja, aqueles que têm relevância para o direito, dividem-se em: fatos naturais e voluntários. Os primeiros são acontecimentos da natureza capaz de constituir, modificar ou extinguir direitos, tendo como exemplos: o nascimento com vida e a morte que, em regra, tem implicância de trato civil no âmbito do direito de família e das sucessões. Por outro lado, os fatos voluntários dependem das condutas humanas como forma de criação, modificação ou extinção dos direitos e, classificam-se em atos lícitos e ilícitos⁵⁴.

Os atos lícitos, isto é, as condutas humanas que estão de acordo com o Direito, dividem-se em: atos de mera conduta ou não negociais e negócios jurídicos. A contrário senso, tem-se os atos ilícitos que são classificados em civil e penal⁵⁵.

Nessa esteira, interessa ao presente os negócios jurídicos. Esses são atos lícitos oriundos da ação humana capazes de constituir, modificar ou extinguir direitos e obrigações, sendo materializados por meio dos contratos – verdadeira fonte obrigacional.

Consoante a teoria tradicional, os contratos possuem como norte o dogma da autonomia da vontade. Esse emana do espírito de liberdade. Numa visão

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 3 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

privatística, o citado preceito faculta ao Homem fazer ou deixar de fazer o que bem entenda, desde que, observe as disposições legais, as matérias de ordem pública e os bons costumes.

As avenças marcam a história da humanidade. Traduzem as necessidades do Homem em sociedade. Lembre-se do “acordo entre cavaleiros”, da permuta ou troca rudimentar (escambo), das parcerias, entre outros. Essas técnicas de disposição sobre direitos e obrigações estiveram presentes e foram reconhecidas, por exemplo, tanto no direito canônico como no natural, tendo ganhado nova conotação a partir da Revolução Francesa e do surgimento do liberalismo econômico.

O trato social cada vez mais têm desencadeado a interdependência, o que provoca a necessidade de formação de novos e complexos pactos, sem, contudo, perder de vista características tradicionais, em síntese, como: autonomia da vontade/liberdade de contratar ou princípio da liberdade de estipulação negocial, força obrigatória dos contratos ou “lei entre as partes” (*pacta sun servanda versus rebus sic stanbus* e a teoria da imprevisão), vícios ou defeitos de consentimento (exemplo: erro ou ignorância⁵⁶, dolo⁵⁷, coação⁵⁸, estado de perigo⁵⁹ e lesão⁶⁰) e/ou sociais (simulação⁶¹ e fraude contra credores⁶²), efeitos limitados as partes contratantes, boa-fé e lealdade contratual etc.

⁵⁶Entende-se como sendo a falsa noção sobre alguma coisa (CC, arts. 138/144). Sua ocorrência gera a anulação do negócio jurídico.

⁵⁷É o induzimento malicioso a prática de um ato (CC, arts. 145/150). Sua ocorrência gera a anulação do negócio jurídico.

⁵⁸Entende-se como sendo ameaça ou pressão exercida sobre um indivíduo para forçá-lo, contra a sua vontade, a prática de um ato (CC, arts. 151/155). Sua ocorrência gera a anulação do negócio jurídico.

⁵⁹Configura-se quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa” (CC, art. 156). Sua ocorrência gera a anulação do negócio jurídico.

⁶⁰Configura-se quando alguém obtém lucros exagerados, aproveitando-se da inexperiência e da necessidade do outro (CC, art. 157). Sua ocorrência gera a anulação do negócio jurídico.

⁶¹Ocorre simulação quando o negócio jurídico apresenta conferir ou transmitir direito a pessoa diversa daquela à qual realmente se confere, ou transmite; bem como, contiver declaração, confissão, condição ou cláusula falsa; e/ou, quando os instrumentos particulares forem antedatados ou pós-

De outra banda, frise-se, também, a preocupação necessária com a observância dos requisitos de validade do negócio jurídico (CC, art. 104), como: capacidade do agente para contratar; liciedade, possibilidade e materialização do objeto a ser avençado; bem como, as formalidades que devem ser cumpridas pelas partes à luz do ordenamento jurídico seguido.

Do ponto de vista do objeto contratual e das partes, as avenças podem ser: civilistas, mercantis ou consumeristas. As civilistas, assim como as mercantis, possuem natureza privatística, com normas dispositivas e de coordenação. No entanto, as mercantis se diferenciam daquelas pela presença de comerciantes ou empresários como partes, havendo sempre a preocupação desses com a obtenção do lucro.

Já as avenças consumeristas, apesar de também ter natureza privatística, estão embuídas, consoante o microssistema consumerista pátrio, de uma forte influência das normas cogentes, de ordem pública e protetivas do consumidor. Como esse é parte vulnerável e, na maioria das vezes, hipossuficiente, há um dever constitucional de proteção e defesa, dando-o uma superioridade jurídica como tentativa de equilibrar a relação jurídico-contratual moderna.

Registre-se que, no presente ensaio, os pactos analisados a seguir, são, em regra, de natureza mercantil. Essa espécie, com a revolução técnico-científica, notadamente desencadeada pela globalização, passou a se adequar a nova realidade dos mercados. Pactos individuais em que prevalecia a cláusula *intuitu personae* passaram a dá lugar aos contratos de massa que estão afeitos a rapidez da produção e do consumo, marcantes no mundo capitalista.

dados. Essa prática torna a avença nula.

⁶²Configura-se quando, o devedor na iminência de se tornar insolvente ou já com esta qualidade, consciente e voluntariamente, dispõe dos seus bens com o escopo de não adimplir suas obrigações junto aos credores (CC, art. 158/165). A comprovação desta prática pode ocasionar a anulação do negócio jurídico, por meio de ação específica, qual seja: "pauliana ou revocatória".

Em outro pÓrtico, frise-se que com a estruturação de alguns setores e o avanço social, as cláusulas deixarem de ser discutidas “a risca” pelas partes. Atualmente, o que se observa é a proliferação dos contratos por adesão, onde as cláusulas são predispostas, ou seja, praticamente não há margem para ajustes, negociações. São verdadeiros instrumentos de dominação de mercado.

Ainda como elemento da nova realidade contratual, cite-se a extensa duração dos pactos, ou seja, têm prevalecido as obrigações de trato sucessivo. Ademais, por derradeiro, diante da marcante socialização dos direitos perpetrada pela atual Carta Magna, apesar de ser tido como instrumento de dominação dos mercados, não se pode perder de vista a função social que o contrato exerce.

5.2 OS CONTRATOS COMO INSTRUMENTOS IMPRESCINDÍVEIS AO ARCABOUÇO REGULATÓRIO

Não há dúvida de que os contratos ordenam os mercados. Todavia, quando se trata de segmento econômico estritamente regulado, como é o caso do setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis no Brasil, os pactos privados ficam em segundo plano. O agente econômico para atuar no setor, necessita, previamente, de uma autorização ou concessão do Poder público.

No caso da indústria petrolífera nacional, a ANP celebra contratos de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, bem como, expede ato administrativo em forma de autorização para importação, exportação, refino, distribuição e revenda de combustíveis, consoante as disposições da Constituição Federal, da Lei do Petróleo, das resoluções e portarias que edita, como órgão regulador.

Com a entrada do agente econômico no mercado surge os contratos, em regra, privados. Acontece que, as cláusulas contratuais e os deveres gerais poderão ser determinados pela regulação estatal, ou seja, a ANP detém Poder normativo específico, podendo interferir na ordem privada dos contratos, determinando até a forma como devem ser celebrados (contratos padrão). Essa intervenção é justificada pelo interesse nacional, planejamento estatal, defesa da concorrência, proteção e defesa do consumidor etc.

Nesse sentido, podemos dizer que os contratos são instrumentos imprescindíveis ao arcabouço regulatório da indústria do petróleo, pois vinculam os agentes econômicos ao planejamento estatal determinante para expansão do setor.

Eles são encarados como sinônimos da materialização, ordenação e manutenção do marco regulatório de um setor da economia.

Ultimando, como exemplos de pactos que integram a seara juspetrolífera, podemos citar: os marítimos (fretamento de navios, locação etc.), os de propriedade intelectual (dados geológicos, patente, invenção, modelo de utilidade), o de trabalho (petroleiros embarcados – Lei n. 5.811, de 11 de outubro de 1972), o de distribuição de combustíveis, o de prestação de serviço (terceirização), o de transporte e compra e venda de gás natural, *joint venture* ou parceria (ou consórcio), o de concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás e, o de concessão de distribuição de gás.

5.3 O MODELO CONTRATUAL CLÁSSICO E O SURGIMENTO DE PACTOS ADJETOS EM FACE DAS EXIGÊNCIAS DO MERCADO

Feitos os apontamentos necessários e mostrado a importância dos pactos em face do arcabouço regulatório, passemos a análise dos instrumentos que materializam e ordenam a distribuição e a revenda de combustíveis automotivos.

De antemão, frise-se que a relação entre distribuidor e revendedor é marcada, em regra, por intensas avenças de trato exclusivamente privado, com normas de estrita coordenação.

Antes de adentrarmos na análise dos contratos em espécie, ressalte-se que com a revolução técnico-científica e o fenômeno da globalização, o antigo “posto de combustível ou gasolina” saiu de cena para dar lugar aos modernos “postos de serviços”, verdadeiros centros de transações comerciais reconhecidos pela ANP.

Com as transformações ocorridas no mercado global e a mudança de mentalidade, o clássico contrato de compra e venda mercantil de combustíveis automotivos do setor *downstream* (ou de simples distribuição de combustíveis, como queiram), celebrado entre distribuidor e revendedor varejista, desvirtuou-se⁶³. Junto com ele, diante das necessidades, passaram a surgir inúmeros pactos adjetos, muitos desses atípicos, o que é comum na seara mercantil.

A compra e venda mercantil se caracteriza por ser um contrato consensual (mero ajuste, ou seja, independe de solenidade), bilateral (gera obrigações recíprocas), oneroso (vantagens para os pactuantes) e comutativo (equivalência nas prestações e contraprestações), consistindo, de forma singela, em um pacto para aquisição e revenda de combustíveis e demais derivados de petróleo, celebrado

⁶³ GUERRA, Luiz Antônio; GONÇALVES, Valério Pedroso. **Contratos de distribuição e revenda de combustíveis**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 84-85.

entre agentes econômicos que atuam, em regra, nas etapas finais da cadeia produtiva da indústria do petróleo.

Com o desenvolvimento da atividade surge, por exemplo, a necessidade do empréstimo de bombas de combustíveis das distribuidoras para os postos revendedores clientes dessas. Com efeito, nasceu o comodato de equipamentos em espécie simples e, na maioria das vezes, modal ou com encargos.

Em período de valorização da propriedade imaterial, as cessões de uso de marcas, propaganda e publicidade passaram a preponderar. Desse modo, diante do poder dos signos do mundo globalizado que, inevitavelmente, influenciou o setor da distribuição e revenda, os postos de serviços se renderam, como já dito alhures, e começaram a ostentar a bandeira (ou marca) do distribuidor, padecendo da exclusividade na venda de produtos da mesma linha, consoante dispõe a famigerada Portaria ANP n. 116/2000.

Assim, a idéia da *vis atractiva* das “bandeiras” (marcas) das grandes distribuidoras, como forma de angariar consumidores, ganhou considerável aceitação no mercado brasileiro de combustíveis mesmo com o surgimento dos chamados “postos independentes”.

Além desses, apontamos o contrato de locação e sublocação de imóvel para posto de combustíveis, o de financiamento para reforma ou construção dos postos de combustíveis, o de mútuo de dinheiro (feneratício) para capital de giro, o de garantias de hipoteca ou fiança e o de instalação e exploração de loja de conveniência⁶⁴.

Registre-se também que muitas das distribuidoras (por exemplo, BR Distribuidora) preferem celebrar contratos do tipo comissão mercantil, nos imóveis

⁶⁴GUERRA, Luiz Antônio; GONÇALVES, Valério Pedroso. **Contratos de distribuição e revenda de combustíveis**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 84-85.

de sua propriedade. Nesse tipo de avença a distribuidora constrói o posto de serviço e cede o uso do estabelecimento comercial ao revendedor varejista para ser por ele explorado, tendo como contrapartida o pagamento de comissão mercantil, cujo valor circunscreve a potencialidade de venda e a margem de lucros da revenda dos produtos, por meio de prestação de contas.⁶⁵

A comissão mercantil, salvo melhor juízo, não se coaduna com a regra da vedação à verticalização, ou seja, com a proibição do distribuidor de atuar na revenda varejista (art. 12, *caput*, da Portaria ANP n. 116/2000), no entanto, vem se tornando praxe do mercado sem observância do órgão regulador.

Nessa esteira, frise-se que as distribuidoras são, sem dúvida, os pólos economicamente mais ativos do *downstream*. O poder delas traduz-se por meio dos contratos. Assim, com as transformações do mercado, as distribuidoras passaram a exigir mais dos revendedores varejistas, por meio dos citados instrumentos e, apesar de não poderem atuar de forma direta, consoante dispõe o art. 12 da Portaria ANP n. 116/2000, acabam, ao fundo, controlando toda a revenda varejista.

Os mecanismos contratuais de dominação mais comuns estão presentes, por exemplo, nos contratos de compra e venda mercantil (ou de distribuição). Entre eles, citamos como praxe do mercado: a cláusula de exclusividade para fornecimento às redes de postos revendedores; a cláusula de “galonagem mínima”, ou seja, a referente à aquisição periódica de uma determinada quantidade de combustíveis, independentemente das vendas; a cláusula de territorialidade; a cláusula de reajuste de preços, isto é, de controle da margem de lucro do revendedor etc.

⁶⁵GUERRA, Luiz Antônio; GONÇALVES, Valério Pedroso. **Contratos de distribuição e revenda de combustíveis**. Brasília: Brasília Jurídica, p. 84-85.

Desse modo, é inegável o controle das distribuidoras sobre a revenda varejista, mediante figuras contratuais e disposições específicas o que, ao nosso sentir, trata-se de afronta aos princípios constitucionais norteadores do *downstream*, em especial, da livre iniciativa e da livre concorrência.

Ademais, analisando a transição do antigo “posto de combustíveis” para o atual “de serviços”, assim como, os pactos que o compuseram, como forma de ordenação da regulação, é cediço que do poço à bomba do posto revendedor, inúmeros agentes econômicos participam da cadeia de produção, no entanto, ao alcançar as bases de distribuição de combustíveis líquidos, o mercado se resume a um oligopólio concentrado das distribuidoras, que dominam os revendedores varejistas e, obliquamente, fazem dos consumidores seus reféns.

Ultimando, diante das amarras jurídicas entre distribuidor e revendedor, em especial, após o surgimento dos postos de serviços, o revendedor varejista, de fato, é um mero “administrador da distribuidora”, o que, sem dúvida, põe em xeque à vedação perpetrada pelo art. 12, *caput*, da Portaria ANP n. 116/2000.

6 O CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL E A REVENDA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTIVOS

6.1 A ORIGEM DA *FRANCHISING*

O direito como ciência que tem seu cerne nas relações intersubjetivas deve acompanhar as transformações da sociedade. Nesse sentido, é fato que o desenvolvimento econômico dá ensejo ao surgimento e a celebração de novos pactos, isto é, amarras jurídicas, meios de inter-relações entre os agentes econômicos.

Desse modo, surgiu a *franchising* como forma de contrato. Esse pacto é originário do direito norte-americano. A sua denominação seria abreviatura de “*business format franchising*”, que se refere a negócio formatado. De outra banda, há quem sustente que a origem é francesa, estando ligada à palavra *franche* que significava “*livre de servidão ou da restrição*”⁶⁶.

A idéia de negócio com padronização do estabelecimento, da administração, bem como, da produção e/ou distribuição de bens e serviços, para alguns estudiosos já tinha sido pensada desde a Idade Média⁶⁷, o que, com a *máxima venia*, reputamos impossível, pois as atividades rudimentares da época jamais se adequariam a complexidade daquela forma de pactuar. Por outro lado, aumentando

⁶⁶Disponível em: <[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/bds.nsf/35824D3A007ACC0403256FB00062CAD1/\\$File/NT000A4792.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/bds.nsf/35824D3A007ACC0403256FB00062CAD1/$File/NT000A4792.pdf)>. Acesso em 20 out. 2008.

⁶⁷Disponível em: <http://www.anp.gov.br/doc/palestras/Mercado_de_combustiveis_automotivos_II.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2008.

a divergência, alguns apontam o pós Segunda Guerra Mundial como marco da aludida forma de negócio⁶⁸.

Em verdade, a *franchising* ganhou forças com o fenômeno da globalização, ou melhor, com o fortalecimento e poder das marcas. No entanto, a doutrina aponta o ano de 1860 como marco do surgimento desse pacto, pois foi nessa década que a *Singer Sewing Machine*, indústria de máquinas de costura norte-americana, criou a primeira forma padronizada de distribuição de bens. Ainda no ramo tecnológico, tivemos a General Motors em 1898 e a Coca-cola em 1899. Na década de 30, foi a vez da Texaco criar sua rede de *franchising* nos EUA.

Todavia, somente a partir de 1955, a *franchising*, como instrumento de dominação dos mercados, ganhou força e se expandiu, primeiro pela Europa, até chegar a América Latina e o restante do mundo. No Brasil, o referido modelo de negócio foi introduzido por empresas de cinema.

Por último, com o desenvolvimento da *franchising* outros segmentos da economia passaram a aderir a forma padronizada de distribuição de bens e/ou fornecimento de serviços. No ramo de lanchonetes, restaurantes, rede de lojas, hotelaria e ensino, respectivamente, citamos algumas marcas consagradas: a *McDonald's Corporation*, hoje a maior cadeia de “fast food” do mundo que teve sua origem com os irmãos Dick e Maurice, o *Burger King*, o *Bob's*, a *Pizza Hut*, a Casa do Pão de Queijo, o Café do Ponto, o *Bebetton*, o Boticário, o Hilton, o *Holliday Inn*, o *Sheraton*, o CCAA e o Yázigi etc.

⁶⁸MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 485.

6.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Para delimitarmos um instituto jurídico é necessário partir do seu conceito. Esse vem do latim “*conceptus*”, “*concupere*”, isto é, conceber, ter idéia, considerar. Assim, conceituar é expressar os elementos essenciais de algo.⁶⁹

O legislador infraconstitucional, em verdadeira interpretação autêntica, definiu *franchising* no art. 2.º, *caput*, da Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994⁷⁰. À luz dessa disposição, entende-se ser a franquia empresarial um sistema jurídico-contratual, por meio do qual o franqueador transfere direito de uso de propriedade imaterial ao franqueado, mediante remuneração, garantindo a esse, ainda, conhecimento sobre tecnologia para implantação e administração do negócio, que será desenvolvido com cláusula de exclusividade ou semi-exclusividade na distribuição de produtos e/ou serviços já consagrados num determinado segmento de mercado. Registre-se que essa modalidade contratual, de forma alguma, é capaz de gerar vínculo empregatício entre os pactuantes. Neste mesmo sentido, aponta a jurisprudência pátria, conforme nota de rodapé a seguir⁷¹.

⁶⁹MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 366-370.

⁷⁰O legislador definiu a *franchising*, como sendo: “o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício” (art. 2.º, *caput*, da Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994).

⁷¹SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP 222246/MG, 1T, por maioria, j. 13/06/2000, DJ 04/09/2000, p. 123, Rel. JOSÉ DELGADO. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.09.2008. Ementa: TRIBUTÁRIO. ISS. FRANCHISING. DECRETO-LEI Nº 406/68. LEI Nº 8.955/94. 1. Acórdão *a quo* que julgou improcedente ação declaratória cumulada com repetição de indébito ajuizada pela recorrente, insurgindo-se contra a cobrança de ISS, ao argumento de não constar da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 (art. 79) a prestação dos serviços de franquia, sendo indevidos os pagamentos que efetuou. 2. **O art. 2º, da Lei nº 8.955/94, define o contrato de franquia do modo seguinte: "Franquia empresarial é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício". 3. O "franchising", em sua natureza**

Em tarefa que, em regra, apenas lhe cabe, a doutrina conceituou a *franchising*, assim como, enfrentou a denominação dada ao pacto e a tradução adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De antemão, frise-se que o mestre Bulgarelli⁷² adota o termo *franchising*. Sem entrar no mérito, Martins⁷³ aceita a expressão franquía como tradução dada a *franchising*, além de adotar *franchisor* para franqueador e *franchisee* para franqueado. Por fim, o saudoso Gomes⁷⁴ não considerou satisfatório o termo franquía, utilizando em sua obra a expressão *franchising*.

jurídica, é "contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão". (Adalberto Simão Filho, "Franchising", São Paulo, 3a ed., Atlas, 1998, págs. 36/42) 4. O conceito constitucional de serviço tributável somente abrange: "a) as obrigações de fazer e nenhuma outra; b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150, VI, "a", da Constituição); c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial - o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.); d) prestados sem relação de emprego - como definida pela legislação própria - excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar in comércio." (Aires F. Barreto, "ISS - Não incidência sobre Franquia", in Rev. Direito Tributário, Malheiros Editores, vol. nº 64, págs. 216/221) 5. "A franquía é um contrato complexo nessa acepção. É inviável nela divisar a conjugação de uma pluralidade de contratos autônomos (senão em acepção que será adiante apontada), que se somam por justaposição. Não se trata da cumulação de contrato de cessão de marca com contrato de transferência de tecnologia e outros contratos, cada um com individualidade própria. Há um plexo de deveres impostos a ambas as partes, onde a transferência de tecnologia é indissociável da cessão do uso de marca e dos demais pactos. Esses deveres não são unilaterais, muito pelo contrário. Incumbe a ambas as partes a execução de inúmeras obrigações de fazer. Isso torna inviável a dissociação de obrigações de fazer, para fins de identificação de "prestação de serviço". É impossível, aliás, definir quem presta serviço a quem, no âmbito do contrato de franquía, tal como é inviável apontar remuneração correspondente à prática de um dever específico. Por decorrência e relativamente ao conjunto de atividades desenvolvidas pelas partes, em cumprimento aos plexos de deveres de fazer e de não fazer, previstos no contrato de franquía, não se caracteriza prestação de serviços. Nem o franqueado presta serviços ao franqueador, nem vice-versa." (Marçal Justen Filho, em artigo intitulado "ISS e as atividades de "Franchising", publicado na Revista de Direito Tributário, Ed. Malheiros, vol. 64, págs. 242/256) 6. O contrato de franquía é de natureza híbrida, em face de ser formado por vários elementos circunstanciais, pelo que não caracteriza para o mundo jurídico uma simples prestação de serviço, não incidindo sobre ele o ISS. Por não ser serviço, não consta, de modo identificado, no rol das atividades especificadas pela Lei nº 8.955/94, para fins de tributação do ISS. 7. Recurso provido. (*grifos nosso*). Nesse sentido: STJ, AGA 746597/RJ, 1T, unânime, j. 16/05/2006, DJ 08/06/2006, p. 134, Rel. JOSÉ DELGADO. Disponível em: < www.stj.jus.br >. Acesso em: 07.09.2008.

⁷²BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 529-530.

⁷³MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 485.

⁷⁴GOMES, Orlando. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 467.

Antes de conceituarmos o instituto, mencionaremos a forma abordada por alguns renomados doutrinadores afeitos a matéria. Senão vejamos:

Para Bulgarelli⁷⁵, dito de outra forma, a *franchising* ou franquia empresarial é um contrato atípico relativo a distribuição e venda de bens e serviços, oriundo das novas técnicas negociais.

Ainda quanto à conceituação da *franchising*, parafrasesado Martins⁷⁶, entende-se esse pacto como sendo uma prestação de serviços e/ou distribuição de certos produtos feita pelo franqueado ao modo do franqueador, que o cede a marca e técnica consagrada de mercado, mediante remuneração.

Com efeito, de forma singela, conceituamos o contrato de franquia empresarial ou *franchising* como sendo um pacto de adesão que, conforme está posta a economia globalizada, serve como excelente instrumento de distribuição de produtos e serviços de marca renomada. Para sua concretização, são transferidos pelo franqueador aos franqueados (rede de empresas formada), mediante remuneração (*royalties*), conhecimentos técnicos de mercado e segredo de negócio já consagrados.

É importante frisar que o franqueado atuará em localidade ou área, previamente determinada, com o uso exclusivo ou semi-exclusivo da marca, sob o efetivo acompanhamento e controle do franqueador, em sistema de rígida disciplina jurídica.

Ressalte-se que essa forma de dominação de mercados, como já dito, não gera vínculo empregatício entre os pactuantes, além disso, em regra, faz-se necessário, previamente, o pagamento de taxa de filiação pelo pretense franqueado.

⁷⁵BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 529-530.

⁷⁶MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 485.

De outra banda, partindo das premissas conceituais, numa análise perfunctória da franquia empresarial, compreende-se como sendo a junção da cessão da licença de uso de marca de um produto, da prestação de serviços, do fornecimento, da distribuição, dentre outras figuras contratuais⁷⁷. Um pacto *sui generis* de conotação extremamente moderna e adequada ao capitalismo globalizado.

Desse modo, percebe-se que a natureza jurídica desta espécie contratual inquina para hibridez, no entanto, a doutrina⁷⁸ com a qual nos filiamos, já consagrou que, por ser uma nova técnica de cooperação, melhor é compreender como sendo um contrato autônomo.

⁷⁷Para *Rubens Requião* a franquia empresarial corresponde ao conhecido instituto da “concessão comercial” com exclusividade. Em contraposição, *Fábio Konder Comparato*. *Bulgarelli* preceitua que a assimilação de *Requião* é forçada, pois a franquia tem maior amplitude do que a concessão. (BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 533-534). Ainda vejamos: “Não se deve confundir franquia com a concessão de venda exclusiva, cuja finalidade é distribuição de produtos, porque no caso de *franchising* há também fornecimento de tecnologia, como *management* e *marketing*, podendo ainda ser o contrato conjugado ao de *engineering*, quando o franqueador planeja e orienta a montagem da empresa franqueada” (WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 11. ed. rev. amp. e atual. com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 463-464).

⁷⁸MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 490.

6.3 OBJETO E CLASSIFICAÇÃO

À luz da conceituação dada, pragmaticamente, conclui-se que a franquia empresarial tem como objeto a cessão do uso da marca, conjuntamente, ou não, com o produto, podendo este ser fabricado pelo franqueador, ou a cessão do título de estabelecimento ou nome comercial, com assistência técnica, mediante o pagamento de um preço, ou seja, uma porcentagem sobre o volume de negócios, que se pode designar pelo termo *royalties*⁷⁹.

Noutro prisma, diante do já exposto, pode-se dizer, sem delongas e, objetivamente que, quanto à classificação, a franquia empresarial é um contrato *bilateral* (gera obrigações para ambas as partes⁸⁰), *solene*⁸¹ (depende da “circular de oferta” prévia⁸², pagamento de taxa de filiação e averbação junto ao Instituto

⁷⁹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível n. 70022808638, Décima Quinta Câmara Cível, unânime, j. 02.04.2008, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 28.10.2008. Ementa: **AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE FRANQUIA. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. ROYALTIES. RESOLUÇÃO CONTRATUAL ANTES DO TERMO PREVISTO. São devidos os royalties, remuneração devida ao franqueador, em razão da quebra da avença pelo franqueado pelo período restante do contrato até o termo final.** Apelo desprovido. (grifos nosso)

⁸⁰TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Apelação Cível n. 2007.001.27994, Décima Sétima Câmara Cível, unânime, j. 03.10.2007, Relator: Camilo Ribeiro Ruliere. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 28.10.2008. Ementa: **FRANQUIA. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGACOES ASSUMIDAS PELO FRANQUEADO. EFEITOS EM RELACAO A TERCEIROS. RESPONSABILIDADE DO FRANQUEADOR. OBRIGACAO DE INDENIZAR. Responsabilidade civil. Indenizatória. Danos morais e materiais. Curso de Inglês - Franchising. Descumprimento das obrigações assumidas pelo franqueado, e fechamento precipitado de curso de inglês em Município do interior. Responsabilidade do franqueador. Lei n. 8.955/1994 e artigo 25, parágrafo 1. do Código de Defesa do Consumidor. O franqueador é o fornecedor aparente e deve zelar pela manutenção do nome e obrigações assumidas pelo franqueado, com terceiros, que raramente têm ciência de se tratar de contrato de franquia, mas imaginam que estão contratando, efetivamente, com o titular de uso da marca.** Valor dos danos morais que não observou os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Provimento parcial da apelação. (grifos nosso).

⁸¹**Registre-se que Martins entende como sendo consensual.** Justifica que, apesar de quase sempre o pacto se formar por escrito, pelo menos teoricamente, poderá ser constituído verbalmente. Ademais, para o citado mestre, o pagamento de uma certa *taxa de filiação* não é da essência da formação do contrato e sim uma conseqüência do acordo das partes (MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 491).

⁸²TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70022528228, Quinta Câmara Cível, j. 21.05.2008, Relator: Leo Lima. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 28.10.2008. Ementa: **CONTRATO DE FRANQUIA. DESCUMPRIMENTO DA ENTREGA DA CIRCULAR DE OFERTA DA FRANQUIA NOS MOLDES DA LEI 8955/94. COBRANÇA DE**

Nacional de Propriedade Intelectual, sendo escrito e assinado por duas testemunhas), *informal* (a lei não exige forma especial), *comutativo* (equivalência entre prestação e contraprestação), *oneroso* (vantajoso para ambas as partes), de *duração operacional contínua* (de trato sucessivo, ou seja, direitos e obrigações que se renovam no tempo), *celebrado entre empresas* (dado o caráter de autonomia das partes, uma em relação à outra), com *exclusividade* ou *semi-exclusividade* ou *delimitação territorial*.

Ademais, ressalte-se que, o contrato para a doutrina é classificado como típico ou nominado quando está previsto e regulamentado em lei. Assim, entendemos que a Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, deu tipicidade ao contrato de franquia no Brasil, regulando de forma rigorosa⁸³ e pormenorizadamente

COMISSÕES MENSAIS E DE INDENIZAÇÃO SOBRE O FATURAMENTO BRUTO DA FRANQUEADA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RECONVENÇÃO. Competindo, ao franqueador, antes mesmo da assinatura do contrato de franquia, entregar ao franqueado a Circular de Oferta da Franquia, prevista nos arts. 3º e 4º da Lei nº 8955/94 e não tendo este também cumprido a sua obrigação, não pode exigir o implemento um do outro. Art. 476 do CC de 2002. Tampouco faz jus, o franqueador, à pretensão indenizatória, pois deu azo aos fatos que teriam denegrido a sua imagem comercial. Outrossim, não havendo demonstração segura acerca das ameaças de agressões, não merece prosperar a pretensão indenizatória deduzida em reconvenção. APELOS DESPROVIDOS. (grifos nosso)

⁸³TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, AP 200172010022751/SC, 1T, por maioria, j. 21/06/2006, DE 04/12/2006, Rel. ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 07.09.2008. Ementa: TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SIMULAÇÃO. CONTRATO DE *FRANCHISING*. NÃO OCORRÊNCIA. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO CARACTERIZADA. TERCEIRIZAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 331, ITENS I E III, DO E. TST. MAJORAÇÃO DA HONORÁRIA. **1. No contrato de *franchising* a marca da instituição cedente é utilizada e empregada como catalisador de negócios pelos vários contratantes, ressaíndo normal e compreensível que a franqueadora tenha preocupação em proteger seu patrimônio intelectual, o que se instrumentaliza pela previsão de cláusulas rigorosas, que visam a preservar a higidez da marca. Quando os destinatários associam determinado produto ou serviço a um logotipo ou nome industrial, é natural que eventuais desacertos na sua prestação inculquem máculas diretas à patente, à proprietária da marca, por motivos idiossincráticos, o que termina por indenizar a responsabilidade do real causador do prejuízo, no caso, a franqueada. Esta a razão por que a circunstância de estarem previstas cláusulas sobremodo híspidas quanto às obrigações das franqueadas não pode ser elevada, por si só, à causa de desconsideração do negócio jurídico.** A simulação, dessa feita, apenas estaria justificada se agregados elementos outros a indicar a permanência da relação de emprego. Na espécie, contudo, não logrou a autarquia recorrente evidenciar, de forma escorreita, a existência dos elementos caracterizadores da relação empregatícia. De conseqüência, os lançamentos merecem anulação. **2.** Ante a complexidade da causa, o trabalho desenvolvido e o vultoso montante em discussão, o valor de R\$ 20.000,00 estipulado pelo Relator é irrisório para parametrizar a honorária que merece ser elevada à vista do art. 20, § 4º e circunstâncias do § 3º do CPC para 5% do conteúdo econômico da demanda,

as cláusulas e condições do pacto, o que denota um verdadeiro sistema de rígida disciplina jurídica em contraposição ao de ampla liberdade⁸⁴, que é regra nos pactos em geral.

No entanto, em linha doutrinária divergente, para Bulgarelli⁸⁵, apesar de existir lei⁸⁶ no nosso ordenamento prevendo a franquia empresarial como contrato mercantil, o mesmo deve ser entendido como atípico, pois o diploma normativo que o reconheceu não regulamentou seu conteúdo. No mesmo sentido, leciona Coelho⁸⁷. Já Martins⁸⁸, sustenta a atipicidade do pacto por entender que a lei referida não disciplinou com rigor técnico as cláusulas, bem como não fixou as essenciais, ou seja, as que sempre estarão presentes no instrumento contratual.

Por fim, registre-se ainda que a *franchising* no Brasil, caracteriza-se por ser um contrato complexo, padrão, sendo válido, independentemente, de ser levado a registro perante cartório ou órgão público. Noutro prisma, há necessidade de “circular de oferta” de franquia para formalização do pacto, pagamento da taxa de filiação (valor pago como aceitação da oferta circular e adesão ao programa de franquia de determinada empresa) e da presença dos *royalties*⁸⁹ como forma de

atualizado pelo IPCA-E desde o ajuizamento. 3. Apelação da autora parcialmente e apelação do INSS e remessa oficial improvidas.

⁸⁴BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 535.

⁸⁵BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 529-530.

⁸⁶BRASIL. Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso 20 ago. 2008.

⁸⁷COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 126, diz que “trata-se de diploma legal do gênero denominado *disclosure statute* pelo direito norte-americano, ou seja, encerra normas que não regulamentam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas apenas impõe o dever de transparência nessa relação [...]. A lei brasileira sobre franquias não confere tipicidade ao contrato”.

⁸⁸COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1., p. 126.

⁸⁹TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, Agravo de Instrumento nº 70024534737, Décima Oitava Câmara Cível, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. 06.06.2008. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 28.10.2008. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. **FRANQUIA EMPRESARIAL (FRANCHISING). INADIMPLEMENTO DE ROYALTIES E CONDUTA COMERCIAL EM DESACORDO COM AS NORMAS DO FRANQUEADOR, A POR EM RISCO O BOM NOME DA MARCA. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO. RECURSO PROVIDO DE PLANO, A FIM DE DEFERIDA A MEDIDA. No contrato de**

remuneração (valor mensal pago com base em alíquota contratual sobre o faturamento do franqueado), bem como, da averbação do contrato junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, haja vista, a concessão da licença para uso de marca e a transferência de tecnologia.

franquia o franqueado deverá organizar a sua nova empresa com estrita observância das diretrizes gerais e determinações específicas do franqueador. Essa subordinação empresarial é inerente ao contrato. (Fábio Ulhoa Coelho). Proibição de acesso de prepostos do franqueador para proceder à vistoria e supervisão do estabelecimento, comprovada por ata notarial. Configurados os requisitos ensejadores da outorga de antecipação dos efeitos da tutela, quais sejam, a verossimilhança do direito alegado, prova inequívoca e risco de dano de difícil reparação, a concessão da medida justifica-se, ainda, como meio de assegurar a eficácia do processo. Agravo provido de plano, a fim de deferida a antecipação de tutela, **para que a ré, pena de multa-diária, cesse imediatamente a utilização de quaisquer elementos identificadores da marca.** Decisão monocrática. (grifos nosso)

6.4 ELEMENTOS ESTRUTURAIS DA *FRANCHISING*

Essa subseção tem por escopo enumerar os elementos que consideramos estruturais ao sistema de franquia empresarial, partindo do que já foi posto no presente ensaio sobre a temática.

Pois bem. Como principal elemento objetivo da *franchising*, temos a produção e/ou distribuição de bens e de prestação de serviços. Para materialização desse, faz-se imprescindível a colaboração recíproca entre franqueado e franqueador como elemento subjetivo do pacto. Analogamente, é como se fosse a *affectio* para as sociedades de pessoas⁹⁰.

Objetivamente, citamos ainda como elemento da franquia empresarial: i) a cessão de direito de uso de marca ou patente; ii) o preço (*royalties*); iii) métodos e assistências técnico-administrativas permanentes⁹¹; iv) delimitação do espaço geográfico de abrangência; e, v) exclusividade e semi-exclusividade quanto ao território, aos produtos e à comercialização.

Apesar das amarras típicas da franquia empresarial, subjetivamente, ao menos em tese, há independência entre franqueado e franqueador⁹², ou seja, em

⁹⁰MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 366-370.

⁹¹“[...] abrange a orientação ou como fazer aquilo que é necessário para o funcionamento do sistema, por exemplo, a metodologia, o assessoramento na parte dos produtos ou serviços, enfim, são os itens da dimensão interna do formato”. (MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 366-370).

⁹²TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação e Reexame Necessário n. 70023693260, Vigésima Segunda Câmara Cível, j. 22.04.2008, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 28.10.2008. Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FRANQUIA. RESTRIÇÃO À INSCRIÇÃO DA IMPETRANTE FRANQUEADA NO PROGRAMA SIMPLES NACIONAL. PENDÊNCIA CADASTRAL COM O ESTADO, DECORRENTE DE DÉBITOS DA FRANQUEADORA. IMPOSSIBILIDADE. A existência de débitos fiscais de empresa franqueadora com o fisco estadual não pode acarretar restrição à franqueada, impedindo sua opção pelo Simples Nacional, inviabilizando a atividade econômica da impetrante, consistindo em meio coercitivo do pagamento de tributo. Inocorrência de responsabilidade tributária por sucessão, inaplicável o disposto no art. 133 do CTN, observada a natureza do contrato de franquia, detendo a franqueada autonomia jurídica e financeira. Precedentes TJRS e STJ em casos similares. Súmulas 70, 323 e 547 do STF.

termos legais, o primeiro fica sob o manto desse, mas sem perder a independência ou autonomia⁹³.

Ademais, sabe-se que a regra na franquia empresarial é a exclusividade. O franqueado não pode comercializar produtos diversos do franqueador, salvo pacto e autorização expressa, sob pena de incorrer em cláusula penal altíssima e até mesmo em resolução do contrato.

Por derradeiro, ressalte-se que há muitos questionamentos em torno da famigerada exclusividade quanto ao território, produtos e à comercialização, entre eles, o de que se configura ou não um abuso do poder econômico? Ou, um monopólio privado?

PREQUESTIONAMENTO. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões entendidas pertinentes para solucionar a controvérsia. Apelação a que se nega seguimento. Sentença confirmada em reexame necessário. (grifos nosso).

⁹³MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 366-370, p. 368.

6.5 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA *FRANCHISING*

O ponto determinante à escolha do instrumento da franquia empresarial pelos agentes econômicos, quando da opção por um ramo da “economia de massa”, é a segurança do negócio, isto é, do investimento com retorno garantido, haja vista se tratar de uma marca de sucesso reconhecido, consagrada em determinado segmento como uma atividade notoriamente lucrativa.

Assim, de forma pragmática e didática, quanto as vantagens e desvantagens da franquia empresarial, vejamos o quadro a seguir:

	<u>VANTAGENS</u>	<u>DESVANTAGENS</u>
FRANQUEADOR	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Expansão acelerada a baixo custo; ✓ Desenvolvimento de uma rede; ✓ Consolidação territorial; ✓ Maior eficiência em cada unidade; ✓ Imagem corporativa; e, ✓ Administração descentralizada. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Administração participativa; ✓ Dono do conceito, mas não do ponto de venda; ✓ Maior esforço de liderança; ✓ Lucros menores por unidade (divisão de receita); e, ✓ Eficiência permanentemente testada.
FRANQUEADO	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Associa-se a uma marca consolidada; ✓ Desenvolve um conceito de sucesso; ✓ Corre menos risco; ✓ Tem acesso à profissionalização do negócio; ✓ Pertence a um todo 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Menor grau de liberdade; ✓ Empreendimento ligado a um parceiro remoto; ✓ Necessidade de assimilar um conceito estabelecido do negócio; e, ✓ Risco associado ao desempenho do franqueador.

	coletivo; ✓ Obtém melhor relação investimento/retorno; e, ✓ Conta com a cobertura de uma corporação consolidada.	
--	--	--

Fonte: Associação Brasileira de *Franchising* (ABF)⁹⁴.

Sem dilação, é cediço que nem tudo é vantajoso. Logo, apesar da franquia empresarial se basear em conhecimentos técnicos apurados de mercado, nem sempre se adequa a uma determinada praça comercial, bem como, a todas as atividades comerciais.

Dessa feita, é imperioso para o empresário, quando da adoção do regime contratual de franquia, sopesar as vantagens e desvantagens do negócio, tomando a decisão empresarial somente com base em parecer mercadológico.

⁹⁴ ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e *leasing***. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998, p. 17.

6.6 A APLICAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL A REVENDA VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTIVO

É fato que os contratos existentes hodiernamente entre os postos revendedores de combustíveis automotivos e as distribuidoras, sem desvirtuarem suas essências e natureza jurídica, não mais conseguem abarcar as múltiplas e complexas exigências de um mercado por demais competitivo. Assim, rompendo com o modelo clássico, sinaliza-se a adoção da franquia empresarial no setor *downstream*, em particular, na revenda de combustíveis automotivos.

Desse modo, dentro do cenário da globalização surgiu a possibilidade do contrato de franquia empresarial substituir o clássico modelo de compra e venda mercantil e os pactos adjetos a esse na relação jurídica firmada entre distribuidor e revendedor, por se tratar de instituto de feição mais moderna, suscitado como mais apto a abranger o complexo de relações, em especial, as novas técnicas negociais.

Com visão hodierna, a Companhia Shell do Brasil saiu na frente das demais concorrentes e criou um programa de franquia de postos revendedores ou de serviços. O modelo integra uma área de pista para venda de combustíveis, loja de conveniência, lubrificantes, troca de óleo, lavagem e outros, funcionando 24 horas por dia⁹⁵.

A título ilustrativo, frise-se que no programa de franquia empresarial da Shell do Brasil a taxa de filiação, ou seja, o valor pago pelo aceite da oferta circular equivale, atualmente, a R\$ 30.000,00, sendo o contrato celebrado por tempo indeterminado. Além do valor pago pela filiação, são necessários, em média, cerca

⁹⁵Disponível em: <http://www.shell.com/home/content/br-pt/shell_for_motorists/franquia/abertura_02251208.html>. Acesso em: 10 jun. 2008

de R\$ 270.000,00 para instalação do negócio e manutenção do mesmo, ou seja, além do investimento prévio a atividade requer um bom capital de giro⁹⁶.

Conforme assegura a Shell do Brasil, o prazo de retorno do investimento na franquia empresarial é de dezoito a trinta e seis meses, girando o faturamento médio em torno de R\$ 750.000,00. De outra banda, como despesa direta do pacto, tem-se que o número ideal de funcionário deverá variar de doze a vinte e cinco e, que, não é cobrado fundo de propaganda.

Ademais, como forma de remuneração paga pelo revendedor-franqueado Shell, aponta-se os *royalties* que são cobrados na pista sobre a margem bruta, sendo de 10% para postos de até 200m³, ao passo que na loja de conveniência é cobrado sobre o faturamento e “quebrado” por categoria de produtos, em média, 6,5%, além de outras cobranças fixas⁹⁷, conforme disposições contratuais.

Como apontado alhures, a Lei n. 8.955/94 disciplina a franquia empresarial no Brasil. Essa modalidade contratual possui uma rígida disciplina jurídica que rotulamos como instrumento de dominação de mercado, em contraposição ao regime de liberdade mercadológico.

Nesse contexto e diante do que já fora exposto, ressalte-se que na franquia empresarial há uma grande ingerência do franqueador sobre o franqueado, inclusive no que diz respeito ao balanço contábil do caixa, em virtude da remuneração daquele ser atrelada ao faturamento da empresa franqueada.

Num rápido sobrevôo, sob o enfoque do estudo comparado da temática, registramos que o *downstream* norte-americano possui peculiaridades bem diferente

⁹⁶Disponível em: <http://www.shell.com/home/content/br-pt/shell_for_motorists/franquia/abertura_02251208.html>. Acesso em: 10 jun. 2008

⁹⁷Disponível em: <http://www.shell.com/home/content/br-pt/shell_for_motorists/franquia/abertura_02251208.html>. Acesso em: 10 jun. 2008

do brasileiro, a começar do sistema de auto-atendimento (*self-service*)⁹⁸ nos postos revendedores de combustíveis (ou de serviço), onde os próprios consumidores são quem abastecem seus veículos, pagando pelos produtos na bomba injetora, por meio da introdução, em regra, de cartão de crédito, antes da retirada da mangueira e liberação da quantidade de combustível que pretende adquirir. Esse sistema é expressamente vedado no Brasil, consoante dispõe a Lei Federal n. 9.956, de 12 de janeiro de 2000⁹⁹. A proibição é plenamente justificada sob o ponto de vista econômico-concorrencial e social, haja vista, ser o sistema de auto-serviço a porta de entrada para à verticalização no *downstream*, além de ameaça flagrante ao emprego de cerca de 300 mil brasileiros que dependem dessa atividade¹⁰⁰.

Nos EUA a franquia empresarial nos postos revendedores de combustíveis automotivo (ou de serviços) é aplicada desde a década de 30¹⁰¹. No Brasil, diferentemente do sistema de auto-serviço, não há vedação alguma do ponto de vista legal e regulatório para inserção da franquia na revenda varejista de combustíveis automotivo, por meio dos postos revendedores ou de serviços. Todavia, ressalvas deverão ser feitas do ponto de vista econômico-concorrencial, face a ocorrência de possível verticalização, sob a óptica da restrição disposta no art. 12, *caput*, da Portaria ANP n. 116/2000, ou seja, de que o distribuidor não pode atuar na revenda varejista, salvo no caso de “posto escolar”, consoante regulamentação específica.

⁹⁸ Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1040>>. Acesso em: 10 jun. 2008

⁹⁹ Art. 1º **Fica proibido o funcionamento de bombas de auto-serviço operadas pelo próprio consumidor nos postos de abastecimento de combustíveis, em todo o território nacional.**

Art. 2º O descumprimento do disposto nesta Lei implicará aplicação de multa equivalente a duas mil UFIR ao posto de combustível infrator e à distribuidora à qual o posto estiver vinculado.

Parágrafo único. A reincidência no descumprimento desta Lei implicará o pagamento do dobro do valor da multa estabelecida no *caput* deste artigo, e, em caso de constatação do terceiro descumprimento, no fechamento do posto.

¹⁰⁰ Disponível em: <http://www.dornelles.com.br/inicio/index.php?option=com_content&task=view&id=287&Itemid=85>. Acesso em: 20 jun. 2008.

¹⁰¹ Disponível em: [http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/35824D3A007ACC0403256FB00062CAD1/\\$File/NT000A4792.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/35824D3A007ACC0403256FB00062CAD1/$File/NT000A4792.pdf). Acesso em: 20 jun. 2008.

Com efeito, apesar de ser omissa a regulação do setor *downstream* no que diz respeito à franquia empresarial, do ponto de vista legal, contratual e regulatório, vislumbra-se, previamente, a possibilidade da aplicação do aludido pacto. No entanto, juridicamente, quanto à questão econômico-concorrencial, faz-se necessário algumas ponderações, conforme veremos no item a seguir.

7 DA PARTICIPAÇÃO DO DISTRIBUIDOR DE COMBUSTÍVEIS NA REVENDA VAREJISTA COMO FRANQUEADOR: VERTICALIZAÇÃO DE FATO?

À ANP, com suporte no rol de atribuições que lhes foram conferidas pela Lei do Petróleo, fixou o marco regulatório da revenda varejista de combustíveis automotivo, editando à luz dos preceitos da ordem econômica nacional, em especial, da livre concorrência (CF/88, art. 170, inciso IV), e no esteio do seu poder regulamentar específico, a famigerada Portaria ANP n. 116/2000.

O referido diploma, conforme já fixado ao longo do trabalho, preceituou, em seu art. 12, *caput*, que o distribuidor não pode atuar na revenda varejista de combustíveis automotivo, salvo na condição de “posto escola” direcionado ao treinamento de funcionários, com o objetivo de melhorar a qualidade dos serviços prestados, nos termos da regulamentação específica. Com efeito, restou vedada à verticalização no âmbito da distribuição e revenda de combustíveis, em respeito à livre iniciativa e a livre concorrência.

Partindo dessas premissas, a presente subseção enfrenta a seguinte problemática: entendendo ser possível do ponto de vista legal, contratual e regulatório – por haver omissão nesse sentido –, a aplicação do contrato de franquia empresarial como nova óptica na revenda de combustíveis automotivos, não estaríamos permitindo a participação do distribuidor na revenda varejista como franqueador e, ao fundo, na linha desse permissivo, possibilitando uma verticalização de fato? Assim, não existiria um óbice jurídico na aceitação deste instrumento no *downstream*, diante da potencial afronta à livre concorrência?

Pois bem. Analisamos, mesmo que sumariamente, o contrato de franquia empresarial, bem como, uma pretensa viabilidade da aplicação desse instrumento

na revenda varejista de combustíveis automotivo, ou seja, nos “postos de serviços”, na relação entre distribuidor e revendedor. Cumpre agora apreciar se do ponto de vista jurídico-concorrencial é possível à adoção dessa nova sistemática, sopesando os seus eventuais reflexos no aludido segmento econômico.

De plano, é fato que prevalece a posição de superioridade do franqueador na franquia empresarial. A idéia de fundo deste pacto é a da expansão de uma marca, logo o interesse precípua é centrado na figura do franqueador, cabendo ao franqueado aderir ou não ao sistema ofertado, dentro de uma pequena e restrita margem de negociação.

Quando apreciados os elementos componentes da franquia, evidenciaram-se o dirigismo contratual e a posição privilegiada do franqueador. Por outro lado, é comum asseverarem, como sendo uma nota característica da sistemática da franquia empresarial, uma pretensa independência do franqueado, aduzindo que esse não se encontra em uma relação baseada em um vínculo empregatício e, ainda, que o franqueado não deve ser visualizado como uma filial do empreendimento do franqueador, pois haveria uma autonomia jurídica e financeira, sendo assim, tais pactuantes figuras independentes¹⁰².

No entanto, nem de longe essa autonomia é absoluta. Assim, por óbvio, as exigências do franqueador inibem a atuação do franqueado. No entanto, é da natureza da franquia empresarial o controle do franqueador sobre o negócio, haja vista existir não só a preocupação deste em preservar a marca cedida, como também de garantir a fiel observância do *know-how* transferido e, por conseguinte, o lucro, por meio dos *royalties* a serem percebidos com base, em especial, no faturamento.

¹⁰²ALVES, Victor R. Fernandes. *et al.* **O contrato de franquia e à verticalização no âmbito da indústria do petróleo.** In: Rio Oil & Gas Expo and Conference. IBP: Rio de Janeiro - RJ, 2008.

Logo, é de se admitir que o franqueador detenha as rédeas do empreendimento, ditando os fornecedores, as técnicas de venda, o *lay-out* da empresa, ou, até mesmo, a vestimenta dos funcionários do franqueado. Nesse sentido, assiste razão a *Harry Kursh*¹⁰³ ao expressar que: “Uma boa franquia nunca permitirá um franqueado completamente livre”¹⁰⁴.

Nos pactos comuns apontados ao longo desse ensaio, onde ao menos em tese, não existe subordinação, já conseguimos perceber a forte intervenção por parte das distribuidoras na revenda varejista. A título exemplificativo, citamos: a “cláusula de galonagem mínima”, a de territorialidade e a do controle sobre a margem de lucro, como elementos de dominação comumente presentes no contrato de compra e venda mercantil (ou de distribuição). Em outro prisma, tem-se que o controle exercido pelo franqueador sinaliza, na mesma linha, uma relação de fato, subordinante.

Assim, o dirigismo contratual, elemento marcante do sistema de franquias, fundindo-se com a flagrante disparidade de poderio econômico entre distribuidor-franqueador e revendedor varejista franqueado, denota que bons frutos não virão no que se refere à existência de uma real e efetiva livre concorrência, tão salutar ao mercado de revenda de combustíveis automotivo.

Desse modo, mesmo que num plano lógico-formal o sistema jurídico pudesse vir a abarcar a inserção do contrato de franquia nos postos de combustíveis, não se pode relegar ao segundo plano a evidente disparidade econômica entre os contraentes. No aludido contrato, reputado como bilateral, os pactuantes são notoriamente distintos. Se de um lado, encontra-se um posto

¹⁰³Doutrinador americano autor do livro *The Franchise Boom*, denominado pelos comentadores desta seara como “*The Bible of the franchising field*” (A bíblia no campo da franquia).

¹⁰⁴Tradução Livre. *Apud* MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Mercantis**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 491.

revendedor de combustíveis, pessoa jurídica de diminuto impacto no mercado, de outro se encontra a poderosa distribuidora, a qual circula milhões em capitais e mercadorias diuturnamente¹⁰⁵.

Partindo-se dessa flagrante distinção material entre os partícipes desse contrato, principalmente no que concerne ao poderio econômico, é fácil inferir, conforme já apontado, a grande possibilidade de ingerência econômica da distribuidora na atuação do revendedor.

Nesse prisma, ainda merece destaque a questão do pagamento de *royalties* e do controle sobre o balanço contábil, prática comum nos contratos de franquia empresarial. A remuneração, como esboçado, é referente a um percentual de vendas a que faz jus o franqueador. Por óbvio, visando um aumento nos *royalties*, naturalmente o distribuidor-franqueador passará a atuar com mais ênfase nos “postos de serviços” franqueados, denotando uma verticalização disfarçada da cadeia.

Com efeito, desse tipo contratual, o caractere que mais afronta à livre concorrência é a adoção dos *royalties*, pois é esse fator que irá exacerbar, ainda mais, a ferocidade na disputa pelo mercado. Ora, se o volume de vendas do franqueado, o qual está na ponta da cadeia, é proporcional aos lucros do franqueador, e este terá um interesse direto e evidente nas vendas do posto revendedor, sem dúvidas, isso poderá acarretar a adoção de práticas nada saudáveis à livre concorrência, propiciando uma tendência monopolizante perante a possível diminuição de agentes partícipes do mercado¹⁰⁶.

Não é nada utópico imaginar que uma determinada distribuidora, em uma

¹⁰⁵ALVES, Victor R. Fernandes. *et al.* **O contrato de franquia e à verticalização no âmbito da indústria do petróleo.** In: Rio Oil & Gas Expo and Conference. IBP: Rio de Janeiro - RJ, 2008.

¹⁰⁶ALVES, Victor R. Fernandes. *et al.* **O contrato de franquia e à verticalização no âmbito da indústria do petróleo.** In: Rio Oil & Gas Expo and Conference. IBP: Rio de Janeiro - RJ, 2008.

dada localidade, passe a praticar preços diferenciados aos seus franqueados, únicos e exclusivamente por se encontrarem nesta condição. Assim, existiria uma tabela distinta para franqueados e não-franqueados. Essa conduta poderia ser engendrada, por exemplo, objetivando cooptar novos franqueados, ante o baixo preço ofertado, ou ainda, em um cenário em que a distribuidora possua um razoável número de adeptos, com o fito de propiciar a quebra dos outros revendedores do setor na localidade (*dumping*)¹⁰⁷.

Claro que, no mercado atual, também há um interesse da distribuidora no volume de vendas, visto que é comum que o distribuidor interesse-se no sucesso empresarial do revendedor de seus produtos, pois, em última análise há uma intrínseca dependência. Esse interesse recíproco é veemente. Logo, neste cenário pretensamente verticalizado, é de se imaginar um panorama de ingerência mais profunda da distribuidora, como se afigura a instituição da franquia empresarial¹⁰⁸.

Como se vê a adoção da franquia nessa seara deve ser apreciada com a devida cautela. Assim, independente da figura contratual *subexamine* adaptar-se, ao menos em uma análise superficial, à relação entre distribuidor e posto revendedor, não se pode descuidar dos princípios basilares do sistema engendrado através da Lei do Petróleo, em especial, da livre concorrência.

O ingresso, mesmo que obscurecido, de um grande agente no setor, notoriamente, ocasiona problemas a um livre mercado. Desse ponto, as tendências monopolistas, resultantes da atuação de poucos agentes em um determinado setor (vide as históricas sete irmãs), acarretarão quebras de diversos pequenos agentes da revenda de combustível, gerando danos incomensuráveis à iniciativa privada de

¹⁰⁷ALVES, Victor R. Fernandes. *et al.* **O contrato de franquia e à verticalização no âmbito da indústria do petróleo.** In: Rio Oil & Gas Expo and Conference. IBP: Rio de Janeiro - RJ, 2008.

¹⁰⁸ALVES, Victor R. Fernandes. *et al.* **O contrato de franquia e à verticalização no âmbito da indústria do petróleo.** In: Rio Oil & Gas Expo and Conference. IBP: Rio de Janeiro - RJ, 2008.

pequeno e médio porte¹⁰⁹.

É evidente que no plano fático subsistem práticas contratuais danosas a livre concorrência levada a efeito pelos atores do mercado de combustíveis. É comum que distribuidoras sejam detentoras de toda a infra-estrutura do posto revendedor (dos terrenos às bombas injetoras de combustíveis) e utilizem o revendedor como um mero administrador, camuflando a afronta ao art. 12, *caput*, da Lei do Petróleo, como exemplo, citamos os contratos de comissão mercantil celebrados pela BR Distribuidora, já abordados no decorrer desse trabalho.

Diante de toda a ingerência do distribuidor-franqueador na revenda varejista de combustíveis automotivo, bem como, da forma que está posto o marco regulatório, acredita-se, a *priori*, que com a adoção da *franchising* restaria configurada uma verticalização de fato, o que comprometeria a livre concorrência. Sendo assim, superficialmente, do ponto de vista jurídico, haja vista, que Lei não é Direito e sim, mero instrumento do alcance do justo, para um salutar desenvolvimento do mercado, seria impossível à aplicação do contrato de franquia empresarial na revenda varejista de combustíveis automotivo.

Acontece que, na esteira do pensamento do Ministro Britto do Supremo Tribunal Federal¹¹⁰, o direito não pode se distanciar da realidade, pois se assim o fizer, aquela se distanciará deste. Em suma, a franquia empresarial é uma realidade de mercado, logo, o direito, em especial, o regulatório, não pode deixar de observá-la, afinal, por mais que se respeite a vedação à verticalização, não existe direito absoluto. O caso em concreto, diante de choques de valores, requer ponderações.

¹⁰⁹ ALVES, Victor R. Fernandes. *et al.* **O contrato de franquia e à verticalização no âmbito da indústria do petróleo.** In: Rio Oil & Gas Expo and Conference. IBP: Rio de Janeiro - RJ, 2008.

¹¹⁰REVISTA BRASÍLIA EM DIA. Entrevista com o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, Ano 12, n° 607, p. 8.

Nesse diapasão, consoante já visto, os pactos comuns não conseguem acompanhar fielmente as transformações desencadeadas pela globalização. As vicissitudes do mercado são frutos da busca pela eficiência e por maiores lucros, observada a necessária transferência de benesses a sociedade em geral.

Desse modo, entendemos que cabe a ANP dispor sobre a matéria, não possibilitando à verticalização, mas regrado, disciplinando a aplicação do contrato de franquia empresarial na revenda de combustíveis automotivo, de modo que este seja capaz de atuar como instrumento do arcabouço regulatório.

Com efeito, o órgão regulador intervindo de forma indireta na economia, preventivamente, pode muito bem disciplinar o mercado de combustíveis ao ponto que potencial ingerência do distribuidor-franqueador não coloque em xeque à livre concorrência.

A aceitação poderá ser realizada mediante o uso do contrato padrão, com especial atenção para regulação quanto ao aspecto remuneratório (*royalties*), ou seja, a forma de lucro do distribuidor-franqueador, tudo a evitar ingerência descontrolada e, ao fundo, potencial afronta à livre concorrência. Ademais, para conter abusos, à ANP não pode abrir mão da estipulação de preceitos normativos sancionatórios.

Supondo que o órgão regulador venha a admitir a franquia empresarial na revenda, para maior controle do Poder público, entendemos ser salutar que, após a celebração do pacto entre os particulares, seja o mesmo submetido ao crivo da ANP para homologação e produção dos devidos efeitos, bem como, depositado nesse órgão para controle de polícia.

Parece difícil compreender a intromissão do Estado numa atividade *a priori* de natureza estritamente privada, no entanto, não se pode perder de vista o dever

constitucional e juspetrolífero que aquele, através da ANP, se incumbiu, qual seja: garantir o fiel respeito à livre concorrência, que possui como consectário lógico, a proteção e defesa do consumidor final.

Por derradeiro, em que pese a potencial ocorrência da verticalização de fato com a participação do distribuidor de combustíveis na revenda varejista, observadas as ressalvas e condicionantes apontadas, diante da necessária restrição trazida pelo art. 12, *caput*, da famigerada Portaria ANP n. 116/2000, não vislumbramos óbices legais, contratuais, regulatórios e jurídicos em admitir à aplicação da franquia empresarial como uma nova óptica na revenda varejista de combustíveis automotivo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Economia e Direito não estão ligados por uma relação simplesmente causal, mas por um liame finalístico, instrumental. No seu aspecto promocional, o Direito garante a ordem econômica existente.

Em tempos que o sistema capitalista voraz dá mostras de exaustão, justificado resta a intervenção estatal no domínio econômico. O *laissez faire, laissez passer* tem perdido espaço para o crescimento racional com enfoque no equilíbrio, na eficiência do segmento econômico, que mesmo em cenário de concentração de mercado, possa garantir benesses a usuários e consumidores.

O gigantismo da indústria do petróleo e gás natural e o excessivo poder econômico de seus agentes, naturalmente, desencadeiam a concentração das atividades que lhes são inerentes. Sendo ramo estratégico da economia, a atenção das instituições do Estado, em particular, as de defesa da concorrência, deve ser redobrada.

No Brasil, vimos que por muito tempo imperou o regime de monopólio estatal na exploração e produção de petróleo e gás natural. Após análise econômica do direito e diante da estrutura geológica nacional da época, à luz da política neoliberal e do plano nacional de desestatização, decidiu-se pela flexibilização do monopólio e à adoção do tipo regulatório contratual na espécie concessão.

Com efeito, é fato que a intervenção estatal no domínio econômico, seja na forma direta, indireta ou mista, depende de um conjunto de fatores indutores. Não basta só a realidade mercadológica.

Sendo o petróleo ainda considerado o “sangue da economia mundial”, é inegável, que cabe ao Direito do Petróleo como instrumento de intervenção estatal

no domínio econômico, assegurar uma convivência harmônica e construtiva entre o interesse público e o privado, por meio da regulação setorial que garanta o devido respeito às diretrizes energéticas nacional, bem como aos princípios que o norteiam.

Vimos que a distribuição e a revenda é um segmento da cadeia petrolífera que, historicamente, restou imune ao monopólio estatal, todavia, isso não quer dizer que o mesmo esteve sempre isento das regulamentações, haja vista, tratar-se de segmento econômico de uma relevância social inquestionável.

A aparente relação exclusivamente privada entre distribuidor e revendedor de combustíveis, é valorizada quando passamos a entender energia como sinônimo de crescimento e bem estar social. Desse modo, sendo a energia elemento garantidor do desenvolvimento nacional e da dignidade da pessoa humana, o Estado deve intervir no mercado, buscando sempre adequar à superioridade do interesse público, sob o enfoque do necessário abastecimento energético nacional.

A grandiosidade do mercado brasileiro de combustíveis, em subseção específica do trabalho, restou traduzida por números. Vimos que, a partir do Governo Collor, mudanças nas regulamentações do setor foram capazes de transformá-lo radicalmente em menos de uma década. O antigo “posto de combustíveis” saiu de cena dando espaço ao moderno “posto de serviço”, devidamente reconhecido pela ANP. Junto a isso, foram apontados os pactos clássicos e a necessidade de aperfeiçoamentos exigida pela globalização e pela luta incessante por clientela.

Partindo das premissas postas, o presente ensaio se prestou a analisar o *downstream*, em particular, a relação jurídico-contratual entre o distribuidor e o revendedor de combustíveis automotivo. Vimos que as disposições clássicas perpetradas pelos agentes econômicos do segmento não mais conseguem suportar

as vicissitudes mercadológicas.

Nesse diapasão, num plano lógico-formal a franquia empresarial foi apontada como pacto adequado a comportar os avanços necessários à revenda varejista de combustíveis automotivo, ou seja, como sendo um sistema de rígida disciplina jurídica capaz de acobertar com maestria às exigências mercadológicas presentes no final da cadeia petrolífera.

Noutro pórtico, restou caracterizado a flagrante distinção material entre os partícipes desse contrato, principalmente no que concerne ao poderio econômico do franqueador-distribuidor em face do franqueado-revendedor, sob a égide da vedação à verticalização prevista no art. 12, caput, da Portaria ANP n. 116/2000.

Com efeito, mesmo que a participação do distribuidor na revenda como franqueado, de imediato, reste caracterizado como uma “verticalização de fato”, é de se admitir que o contrato de franquia empresarial, sendo uma realidade do mercado, ou seja, uma nova óptica para a revenda varejista de combustíveis automotivo, não pode o direito, em particular, o regulatório, desconsiderá-lo.

Desse modo, nada impede que a ANP legitime a prática da franquia empresarial na distribuição e revenda. Isso porque, como órgão regulador, pode muito bem disciplinar o mercado de combustíveis ao ponto que potencial ingerência do distribuidor-franqueador não coloque em xeque à livre concorrência. A aceitação da franquia empresarial, como alhures apontado, pode ser realizada mediante o uso de contrato padrão disposto em regulamentação específica, restando a avença entre particulares condicionada a homologação por parte da ANP.

Nesse sentido, verificou-se que do ponto de vista legal, contratual e regulatório, a franquia empresarial é perfeitamente aplicável à revenda varejista de combustíveis automotivo. Por derradeiro, feitas algumas ponderações diante da

garantia a livre concorrência e da vedação regulatória a verticalização (Portaria ANP n. 116/2000, art. 12), juridicamente, também se entende perfeitamente aplicável o aludido contrato aos “postos de serviços”.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ALVES, V. R. F. *et al.* **O contrato de franquia e à verticalização no âmbito da indústria do petróleo**. *In*: Rio Oil & Gas Expo and Conference. IBP: Rio de Janeiro - RJ, 2008.

_____. **A (in) viabilidade da aplicação do contrato de franquia às relações entre distribuidor e revendedor de combustíveis**. *In*: XIV SEMINÁRIO DE PESQUISA DO CCSA – UFRN: Natal - RN, 2008.

ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e *leasing***. 3. Ed. São Paulo, Atlas, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2008.

_____. Decreto Federal nº 2.705, de 03 de agosto de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2008.

_____. Lei Federal n.º 9.478, de 06 de agosto de 1977. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2008.

_____. Lei Federal n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1, 7 ed. ver. e atual de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito comercial**. v. 3, 3 ed. atual de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

COLETÂNEA DE PETRÓLEO E GÁS. Org. Alfredo Ruy Barbosa, Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

COSTA JÚNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - v.3 - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 24 ed. São Paulo, Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1952.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Luiz Antônio; GONÇALVES, Valério Pedroso. **Contratos de distribuição e revenda de combustíveis**. Brasília: Brasília Jurídica.

_____. **Viabilidade jurídico-contratual de transformação da relação jurídica de compra e venda mercantil em franquia empresarial**. *In*: Revista Jurídica da Casa Civil da Presidência da República – Vol. VII, n. 75. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 08 jun. 2008.

_____. **Contrato de franquia empresarial nos postos de combustíveis**. Brasília: Brasília Jurídica.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro e atuação empresarial**, v. 1. São Paulo: Atlas, 2004.

MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**, ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. **Curso de direito comercial**. v. 1, 25 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, J. A. Penalva. **Os contratos mercantis à luz do Código Civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: Aspectos jurídicos e contratuais.** São Paulo: Atlas, 1993.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos.** 11 ed. rev., ampl. e atual. com a colaboração de Semy Glanz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.