

NOTAS SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA

NOTES ON THE FRANCHISING AGREEMENT

Bruno Caraciolo Ferreira Albuquerque*

RESUMO: O presente artigo é realizado mediante estudo da legislação, doutrina e jurisprudência atinente ao contrato de franquia, buscando uma revisão geral do instituto sob a perspectiva do moderno Direito Comercial brasileiro. Após a introdução, com dados econômicos que justificam a empreitada, o desenvolvimento do artigo inicia-se com a apresentação da natureza jurídica e da classificação do contrato de franquia. Prosseguindo, são estudadas a circular de oferta de franquia e a função do registro do contrato. Por fim, são apresentadas considerações sobre a extinção do contrato e conclusões.

Palavras-chave: Contratos mercantis; Franquia; Franchising.

ABSTRACT: This article is made by the study of statutes, doctrine and case law regarding the franchising agreement, seeking an overhaul of the institute from the perspective of the Brazilian modern Commercial law. After the introduction, with economic data that justifies the study, the development presents the nature and the classification of the franchising agreement. Continuing the franchise offering circular and the function of the contract registration are studied. Finally, the article presents considerations about the termination of the agreement and conclusions.

Keywords: Commercial agreements; Franchising.

* Graduado pela Universidade Católica de Pernambuco. Mestrando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

INTRODUÇÃO

Segundo dados da Associação Brasileira de Franchising relativos ao ano de 2010, a atividade de franquias no Brasil gera faturamento anual de R\$ 75.987.000.000,00 (setenta e cinco bilhões, novecentos e oitenta e sete milhões de reais) e 777.285 (setecentos e setenta e sete mil duzentos e oitenta e cinco) empregos diretos, contando com 86.365 (oitenta e seis mil trezentos e sessenta e cinco) unidades franqueadas e 1.855 (mil oitocentos e cinquenta e cinco) redes franqueadoras. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING, 2011). De acordo com os mesmos dados, entre os anos de 2001 e 2010 o setor cresceu mais de 200% (duzentos por cento) em faturamento e em número de redes franqueadoras no Brasil.

Os contratos de franquia na atualidade compreendem diversos setores da economia, como o varejo de produtos estéticos, os *fast foods*, a indústria farmacêutica, os cursos preparatórios para concursos, os cursos de línguas, entre muitos outros.

A impenhência econômica da atividade dispensa maiores fundamentações quanto às razões que impõem aos pesquisadores o estudo detalhado das questões atinentes ao contrato de franquia, cabendo ao Direito Comercial o papel de desmistificar o instituto, minimizando os pontos de insegurança para que o empresariado possa utilizar-se desse importante instrumento capitalista da forma adequada.

Neste sentido é que se lança o presente trabalho, que busca realizar uma revisão geral do instituto sob a perspectiva do moderno Direito Comercial brasileiro, o que empreende mediante a análise dos diplomas legais, doutrina e jurisprudência nacionais relativas ao contrato de franquia.

CONCEITO

O contrato de franquia é conceituado pelo legislador através do artigo 2º da Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994, sendo, nos dizeres legais “[...] 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 desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”

Deixando de lado o preconceito doutrinário quanto à conceituação legal de institutos jurídicos, entende-se que o legislador conseguiu sintetizar adequadamente a definição, não diferindo muito este dos conceitos dados pelos mais conceituados juristas ao instituto.

Sendo assim, o contrato de franquia tem como partes o franqueado e o franqueador, ambos sempre empresários, o franqueador sendo o responsável pelo fornecimento de bens, serviços e direitos ao franqueado e ao franqueado cabendo a observância das normas de conduta estabelecidas pelo franqueador e o pagamento dos preços acordados.

O objeto do contrato de franquia nada mais é do que um complexo de outros contratos, típicos e atípicos, como a compra e venda, a locação, a transferência de tecnologia, a licença de uso de marcas e patentes, a prestação de serviços, a assistência técnica, o treinamento de mão de obra, o seguro, distribuição, a assessoria financeira, administrativa e de marketing, entre outros, podendo em cada caso haver mais ou menos desses contratos inclusos no contrato de franquia conforme a formatação previamente estabelecida pelo franqueador.

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 126) leciona que o contrato de franquia resulta da conjugação de dois contratos empresariais, a licença de uso de marca e a prestação de serviços de organização da empresa, este último normalmente desdobrando-se nos contratos de *management*, *engineering* e *marketing*, advertindo o docente que a venda de produtos não é obrigatória para a configuração do *franchising*.

Essa característica complexa leva alguns juristas a acompanhar totalmente o conceito legal, conceituando o instituto não como um contrato, mas como um sistema através do qual diversos contratos são estabelecidos entre as partes.

Todavia, deve ser salientado que a maior parte dos juristas nacionais conceitua o contrato de franquia como contrato autônomo, negando, portanto, o caráter de um conjunto de relações jurídicas, como fazem Orlando Gomes (1977, p. 571) e Fran Martins (1988, p. 567).

Também assim é a interessante opinião de Newton Silveira (1990, p. 158) afirmando que “o objeto da franquia é o próprio *aviamento*”, com o que se conclui sua posição pela autonomia do contrato de franquia, sendo este, em sua opinião, algo como o arrendamento do *aviamento*.

Ainda sobre esta opinião chega o seu autor, apesar de timidamente, a criticar o legislador por não dar aos franqueados o direito à renovação compulsória dos contratos que é garantido aos inquilinos nas relações locatícias não residenciais, já que a franquia seria também uma forma de inquilinato, mas relacionada aos bens imateriais do empresário (1990, p. 165).

Com a atual iniciativa de debates para a aprovação de um novo Código Comercial, que busca modernizar o direito positivo para alinhamento aos modernos negócios empresariais, a visão do Professor Newton Silveira merece novo destaque, devendo ser observada e discutida para, quem sabe, inserir-se no direito brasileiro disposição que garanta aos franqueados o direito de manterem-se como arrendatários do fundo de comércio do franqueador.

Observa-se, neste diapasão, alguma semelhança entre a franquia e o *Shopping Center*, sendo ambos relacionados ao arrendamento do fundo de comércio, o primeiro pertencente a um franqueador e o segundo pertencente ao empreendedor do *Shopping Center*.

Até mesmo em termos de remuneração os contratos apresentam semelhança, sendo o locatário de um espaço em *Shopping Center* normalmente chamado ao

pagamento inicial da *res sperata* e ao pagamento contínuo do aluguel, enquanto o franqueado normalmente responsabiliza-se pelo pagamento de um valor inicial para aquisição da franquia e outro contínuo, referente aos honorários de prestação de serviços e *royalties*.

Em ambos os casos o pagamento inicial correspondente ao ingresso do interessado no fundo de comércio desenvolvido por outrem, e o pagamento contínuo refere-se à remuneração do arrendamento do *aviamento* aproveitado, que no caso dos *Shoppings* inclui um espaço físico e no caso das franquias inclui uma propriedade imaterial.

A Lei brasileira já garante ao locatário de espaços comerciais em *Shopping Centers* o direito de manter-se no ponto, participando do fundo de comércio de outrem, mas não concede o mesmo direito aos franqueados, aos quais poderia garantir a manutenção do contrato mediante a observância de iguais requisitos, valendo levantar a questão para debate neste momento, apesar de não haver qualquer proposição neste sentido no Projeto de Lei 1.572/2011, que pretende instituir um novo Código Comercial, tratando inclusive do contrato de franquia.

De toda forma, o contrato de franquia deve ter por objeto mínimo a licença de uso de marca e a garantia de poder o franqueado fornecer os bens ou serviços do franqueador aos potenciais clientes existentes dentro do seu território de exclusividade ou semi-exclusividade, podendo ser conceituado como um sistema formado por diversos tipos de contratos empresariais em que o franqueador torna-se responsável pelo fornecimento de bens, serviços e direitos ao franqueado, cabendo a este a observância das normas de conduta estabelecidas pelo franqueador e o pagamento dos preços acordados.

NATUREZA COLABORATIVA

Em geral, os empresários envolvidos procuram com o contrato de franquia minimizar e distribuir riscos, o franqueador deixando de investir recursos próprios ou de ter que tomar recursos no sistema financeiro para poder propagar seu negócio e o franqueado

investindo seus recursos disponíveis em um negócio já minimamente consolidado, contando com um fundo de comércio desenvolvido, gozando de probabilidade de sucesso muito maior do que em uma atividade completamente nova.

Essa menor chance de insucesso do franqueado é objeto da narrativa do então Ministro de Estado do Comércio da Indústria e do Turismo Francisco Dornelles em prefácio ao livro do Professor Luiz Felizardo Barroso (2002, p. xix), aduzindo que “65% dos negócios independentes fecham ou se encerram antes de completar cinco anos de atividade, ao passo que em negócios sob franquia o índice de encerramento no mesmo período é de apenas 5%”.

Quanto mais contratos estiverem inclusos na franquia ao franqueado será atribuído um menor risco de insucesso e ao franqueador uma maior remuneração, possibilitando ao último expandir sua marca e seus resultados sem o dispêndio que seria necessário caso tivesse de por si próprio empreender a atividade.

Neste aspecto é que diferenciam os doutrinadores os contratos de franquia simples, que se referem às marcas, patentes e produtos do franqueador, dos contratos denominados *business format franchising*, que englobam também a transferência do modelo de negócio, com consultoria financeira, administrativa, de marketing e muitas outras, restringindo bastante a autonomia do franqueado, que em contraposição recebe a segurança do modelo consolidado e esmiuçado de negócio do franqueador.

Todavia, ao passo que uma maior quantidade de obrigações do franqueador reduz o risco de insucesso do franqueado, a prática também reduz sua autonomia empresarial, o que causa confusões como entender-se a relação entre franqueado e franqueador como empregatícia, como a narrada pelo Professor Luiz Felizardo Barroso (2002, p. 32) ao citar que Stephen Kanitz, em curso de franquia em fita de videocassete comercializada pela PCM *Franchising*, aduz ser o franqueado “um misto, um meio-termo entre

dono e funcionário do franqueador, funcionário que, neste caso, seria gerente”.

Em verdade, no sistema de franquia o franqueado deve manter sua autonomia empresarial, cabendo ao mesmo uma atitude proativa, estabelecendo seu próprio planejamento dentro dos limites estipulados no contrato de franquia, não sendo interessante que apenas cumpra as diretrizes do franqueador, as quais deverá respeitar, mas tendo seu próprio planejamento como principal meta, sob pena de, sobretudo no *business format franchising*, tornar-se totalmente alienado, incapaz contestar eventuais diretrizes incorretas do franqueador que estejam em desacordo com o contrato firmado ou que lhe sejam prejudiciais.

Isto porque o contrato de franquia inicia uma relação de colaboração empresarial, na qual ambas as partes devem envidar esforços no sentido de aperfeiçoar o sistema, propagando o mercado do franqueador, atraindo mais clientes e lucros para ambas as partes, ou seja, colaborando para o crescimento do aviamento de propriedade do franqueador que favorece também ao franqueado.

Assim é que, conforme Fran Martins (2010, p. 442), anuncia o Bank of America “O melhor método para o sucesso da franquia é uma feliz aplicação de controles pelo franqueador – controles que não são restritivos, mas que beneficiem o franqueado”, no que complementa Harry Kursh “a good franchise will never permit a franchisee complete freedom”.

Trata-se, assim, de relação colaborativa de subordinação empresarial, que visa a ampliação do fundo de comércio do franqueador em benefício de ambas as partes, não podendo ser confundida, em virtude desta diferente forma de subordinação, de cunho empresarial, com uma relação de emprego.

Também erroneamente alguns conferem à subordinação empresarial existente no contrato de franquia a natureza de relação de consumo, o que evidentemente não se caracteriza, pois o franqueado nada adquire do franqueador que não bens e serviços necessários ao desenvolvimento de sua

empresa, que ou serão repassados ao consumidor da forma como comprados ou serão necessários para a produção dos bens destinados ao consumidor.

Sendo assim, não se pode caracterizar o franqueado como destinatário final dos bens e serviços prestados pelo franqueador, pois afinal o franqueador nada mais faz do que visar ao destinatário final da cadeia, a ampliação de um fundo de comércio de sua propriedade, o que será alcançado mediante o esforço conjunto e colaborativo das partes, afastando a natureza consumerista do contrato de franquia.

Neste sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial número 687.322 RJ, de relatoria do saudoso Ministro Menezes Direito, tendo o tribunal julgado que não se pode reconhecer a existência de uma relação de consumo no contrato de franquia mesmo adotando-se a teoria maximalista de interpretação do Código de Defesa do Consumidor, na qual se dá uma interpretação extensiva de suas disposições ao determinar a existência de relações de consumo não pelo critério do destinatário final, mas pelo critério de mera vulnerabilidade do adquirente. Merece destaque o seguinte trecho do voto condutor deste bem fundamentado acórdão:

“Primeiro, não me parece que o franqueado tenha condições técnicas de se enquadrar como destinatário final, nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Adotado o conceito de destinatário final como aquele que retira o bem do mercado, encerrando o circuito produtivo, englobado ainda aquele que o utiliza para seu trabalho profissional, no contexto de uma interpretação dita “finalista extensiva”, não se pode afirmar que o franqueado seja o destinatário final da franquia. É que, realmente, o objeto do contrato é exatamente a passagem da franquia do titular para o mercado de consumo, utilizando a rede de franqueados, que, de fato, são substitutos daquele junto ao mercado, sob quaisquer das suas modalidades. Poder-se-ia cogitar de separar no contrato de franquia algumas modalidades obrigacionais que dariam azo a que se introduzisse a figura do consumidor à luz do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, no caso da franquia de serviços de assistência técnica do franqueador ao franqueado. Mas não creio que se possa chegar a tanto pela natureza do próprio contrato de franquia, que

põe o uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição e de tecnologia ao alcance do franqueado com vistas ao mercado consumidor, embora deva ser considerado que embaixo outros contratos possam existir como o de locação de imóvel e de cessão de direitos. No contrato de franquia, dá-se uma transferência do direito de uso do sistema inerente à franquia conforme o tipo de franquia, sendo o franqueado claramente um elo na cadeia de consumo entre o franqueador e o consumidor. A relação entre eles não é de consumo. Esta Corte, Relator o Ministro Franciulli Netto, assinalou que o contrato de franquia “não se confunde com nenhum outro contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. Ainda que híbrido, não pode ser configurado como a fusão de vários contratos específicos”. E mais: “Por ser um contrato autônomo e complexo, não há falar tão-somente na cessão de marca ou da prestação de serviços, de forma isolada. Ocorre, em verdade, um conjunto de atividades abarcadas pelo contrato de franquia, sem que se possa conceber a preponderância de uma atividade em detrimento de outra. Permitir a primazia da cessão de marca em face da prestação de serviço, *data maxima venia*, significa transformar o contrato de franquia em contrato de locação. Seguindo esse raciocínio, conceder preeminência à prestação de serviços em face da cessão de marca importa em transfigurar o contrato de franquia em contrato de prestação de serviços” (REsp nº 403.799-MG, Segunda Turma, DJ de 26/4/06). Segundo, não enxergo fundamento suficiente para pôr o franqueado na cobertura do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor. Embora o pressuposto da equiparação seja a mera exposição às práticas comerciais previstas, o contrato de franquia obedece ao disposto em legislação especial que regula estritamente a formação do contrato e regula as sanções possíveis. Em tal cenário, o que se deve aplicar subsidiariamente não é o Código de Defesa do Consumidor que também é lei especial sobre relações de consumo, mas, sim, o Código Civil que é a legislação matriz da disciplina contratual. Transplantar para o Código de Defesa do Consumidor um contrato regulado por lei especial e que contém regras jurídicas próprias sobre a formação do contrato, com sanções específicas, não me parece da melhor técnica. Por outro lado, valeria analisar a perspectiva da aplicação do art. 29 sob o ângulo da vulnerabilidade do franqueado diante do franqueador. É que a jurisprudência pode, em determinado momento, relevar esse aspecto, entendendo ser necessário proteger o franqueado da

prática abusiva, melhor dizendo, do abuso do poder econômico, como foi o caso, por exemplo, da cobertura do comerciante mais fraco em contrato de distribuição de bebidas. Tome-se o acórdão desta Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, em que se afirmou que a “relação jurídica qualificada por ser de ‘consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro”, tudo com os olhos postos na necessidade de manter o equilíbrio contratual, destacando, porém, que a “jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo” (Resp nº 476.428/SC, DJ de 9/5/05). Todavia, não creio que seja possível aplicar o precedente no que diz com o contrato de franquia. É que a fragilidade não existe quando se sabe que o franqueador tem obrigações definidas na lei para a concessão da franquia, com indicação precisa das obrigações que assume e que o franqueado deve assumir. Ademais, o franqueado dispõe, por expresse comando legal, da Circular de Oferta de Franquia, a ser oferecida em linguagem clara e acessível, indicando, dentre outras condições, o total do investimento inicial, o valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento, informações sobre os pagamentos ao franqueador ou a terceiros, a remuneração pelo uso do sistema, da marca ou troca de serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado, aluguel de equipamento ou ponto comercial, além do modelo de contrato-padrão, com texto completo. Isso, na minha compreensão, enquadrando-se todos os contratos no regime da boa-fé, conduz a comportamento que não se compadece com posterior imputação da existência de cláusulas abusivas. Se não houvesse lei com esse regramento tão minucioso, claro, capaz de levar as partes contratantes a saber com antecedência o que se vai contratar e em que condições seria possível até imaginar que o franqueado teria condições de invocar que foi atingido por prática abusiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. Veja-se que Cláudia Lima Marques, essa arquiteta desbravadora da proteção do consumidor no Brasil, mostra que a idéia básica do art. 29 “é a imposição de um patamar mínimo de lealdade e boa-fé objetiva”

(Cláudia Lima Marques, Antonio Hermann V. Benjamin e Bruno Miragem, Código de Defesa do Consumidor Comentado, RT, 2ª ed., 2006, pág. 452). A boa-fé opera na reciprocidade, sendo claro que aquele que contrata sabendo com antecedência aquilo que contrata, não sendo pessoa fora do mercado, hipossuficiente, ou ignorante da prática comercial da área que vai contratar, subordinado a uma lei especial que define a formação do contrato e as condições prévias da contratação, não pode invocar a proteção do Código de Defesa do Consumidor. Não se trata nem de relação de consumo, nem de consumidor, nem, no meu entender, de equiparação a consumidor. E, o que me parece relevante, não há falar em tal situação na existência de prejuízo indireto ao consumidor. Não é, portanto, caso de aplicação do Código de Defesa do Consumidor”.

Todavia, deve-se observar que a má prática da franquia por parte de franqueadores pode eventualmente caracterizar uma relação de consumo, pois em certos casos o que se observa é uma mera relação de venda de maquinário e outros ativos produzidos pelo franqueador, direta ou indiretamente, ao franqueado.

Esse tipo de prática é relatada por John F. Love (1987, p.89) como uma das quais levou os concorrentes da então iniciante *McDonald's* a ficarem para trás ao longo do tempo. O jornalista relata que muitos franqueadores de *fast food* tornaram-se simples fornecedores de insumos e máquinas aos franqueados, alguns fornecendo aos franqueados bens de sua própria produção em detrimento de outros de melhor qualidade ou menor custo, enquanto outros faziam o franqueado adquirir bens de certos fornecedores para destes receber comissões, entre outras muitas más práticas que eram verificadas.

Casos absurdos como estes, em que a sistemática colaborativa do *franchising* é completamente ignorada pelo franqueador, podem caracterizar diversos problemas, sendo a caracterização da relação de consumo apenas um.

Quanto ao recebimento de comissões pelo franqueador de fornecedores da cadeia de *franchising*, entende-se que a prática é

completamente ilegal, sendo contrária à boa-fé, à função social dos contratos, à moral, aos bons costumes e à probidade, sendo possível citar uma infinidade de princípios gerais do Direito e especiais do Direito Comercial que condenam a prática.

Neste caso entende-se que o franqueador, além de responder perante o franqueado pelo prejuízo que a comissão lhe causa, pagando-lhe toda a remuneração neste sentido recebida e eventualmente ainda outros danos, estará aumentando arbitrariamente seus lucros, o que configura infração à ordem econômica nos termos do artigo 173, § 4º, da Constituição.

Vale registrar, por oportuno, que os crimes de corrupção ativa e passiva hoje previstos na legislação nacional apenas para o setor pública estão sendo debatidos no projeto do novo Código Penal no sentido de ampliar a tipificação também para o setor privado, sendo interessante que a ampliação abarque também não só a franquia, mas todos os contratos em que há subordinação empresarial.

Da leitura da narrativa jornalística de John F. Love se pode observar que a subordinação do franqueado ao franqueador não deve representar prejuízo a este, mas ganho efetivo, sendo maiores os laços colaborativos e, assim, de supervisão e obediência nos sistemas bem sucedidos de *franchising*, nos quais o que importa ao franqueador é o sucesso do franqueado, o lucro deste, e não os valores iniciais pagos ou a compra de máquinas, equipamentos, insumos e produtos.

Ou seja, a subordinação, na franquia, serve como instrumento de otimização da relação colaborativa que deve imperar, sem a qual vários problemas surgem para ambas as partes, afastando a caracterização de um contrato de franquia.

CLASSIFICAÇÃO

O contrato de franquia pode ser classificado como:

- (i) Formal ou solene, por ser imposta a forma escrita pela legislação vigente;

- (ii) nominado, pela expressa previsão e regulação em Lei¹;
- (iii) atípico, por não constar da legislação específica quais os direitos e obrigações das partes contratantes, conforme classificação de Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 127);
- (iv) oneroso, por pressupor sempre contraprestações com finalidade lucrativa de ambas as partes;
- (v) bilateral, pois ambos os contratantes assumem direitos e obrigações;
- (vi) de adesão, por haver imposição do modelo de contratação por parte do franqueador, apesar da vacilação doutrinária quanto ao assunto;
- (vii) consensual, não havendo que se falar na entrega de algo para tornar-se perfeito o contrato;
- (viii) comutativo, não sendo a álea um elemento normalmente presente;
- (ix) de execução continuada, por obrigarem-se as partes no sentido de continuamente executarem prestações em benefício recíproco;
- (x) de colaboração empresarial, pois os interesses das partes são predominantemente comuns e não opostos; e,
- (xi) *intuitu personae*, tendo em vista o caráter pessoal que as partes buscam.

CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA

Certamente levando em consideração a caracterização do contrato de franquia como contrato de adesão, a Lei 8.995/1994 prevê diversas obrigações que devem ser cumpridas pelo interessado em participar de contrato de franquia na condição de franqueador.

Neste sentido é que o artigo terceiro dispõe sobre a Circular de Oferta de Franquia, que deve ser disponibilizado pelo franqueador com antecedência mínima de 10 (dez) dias

¹ No presente artigo se adota posição pela qual nominados são os contratos para os quais a legislação vigente atribui uma denominação, enquanto típicos são os contratos para os quais a Lei prescreve os direitos e obrigações dos contratantes.

antes do fechamento do contrato ou de um pré-contrato.

Os detalhes da Circular de Oferta de Franquia podem ser equiparados à obrigação de *disclosure* preconizadas pelos manuais de boas práticas de governança corporativa, consistindo em dever de transparência do franqueador perante o franqueado, parte aderente nesta relação de colaboração empresarial, o que leva o Professor Fábio Ulhoa Coelho a classificar a Lei de franquias brasileira como um *disclosure statute* (2009, p. 126).

Essa característica da Circular de Oferta de Franquia tão relacionada ao *disclosure* faz o Professor Luiz Felizardo Barroso equiparar a circular aos prospectos requisitados pela Lei nas distribuições públicas de títulos e valores mobiliários (2002, p. 54).

Conforme a letra da Lei, a Circular de Oferta de Franquia deve detalhar:

I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;

II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;

III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;

VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;

VII - especificações quanto ao:

a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;

b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e

c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo

franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties);

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;

X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e

b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;

XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;

XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:

a) supervisão de rede;

b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;

c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;

d) treinamento dos funcionários do franqueado;

e) manuais de franquia;

f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e

g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;

XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e

b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade."

Sobre a Circular de Oferta de Franquia e seus requisitos, importa registrar que a

Associação Brasileira de Franchising possui um Código de Auto-Regulamentação ao qual seus associados devem observar, impondo este diploma, sobretudo, uma maior clareza nas informações prestadas.

O artigo quarto, parágrafo único, da Lei 8.955/1994 alveja com a anulabilidade o contrato de franquia firmado sem a observância ao disposto quanto à Circular de Oferta de Franquia, sanção grave para a qual a legislação especial deixa de estabelecer um prazo de prescrição à respectiva pretensão anulatória, entendendo-se aplicável o artigo 205 do Código Civil e, assim, o prazo de 10 (dez) anos contados da assinatura do contrato ou pré-contrato.

Ainda neste sentido, apesar do artigo quarto, parágrafo único, da Lei 8.955/1994 estabelecer que em conjunto com a anulação do contrato o franqueado poderá requerer a devolução de quantias pagas ao franqueador e a terceiros por ele indicados, entende-se que: (i) o franqueado não poderá exigir dos terceiros de boa fé tal devolução, requerendo-a do próprio franqueador; e, (ii) que o franqueador poderá não devolver todos os valores recebidos em face da possível caracterização de enriquecimento sem causa do franqueado.

Isto porque, apesar de silente a Lei especial, os terceiros de boa fé não podem sofrer os efeitos de ato ilícito no qual não participaram e para o qual não colaboraram, e não se pode admitir que o franqueado tenha na Lei de franquias garantia de enriquecimento sem causa, o que é vedado no artigo 884 e seguintes do Código Civil, devendo as regras gerais de Direito Contratual prevalecer no silêncio, ainda que parcial, da Lei específica.

Ademais, conforme o artigo sétimo da Lei 8.955/1994, informações falsas ou em desacordo com o contrato que constem da Circular de Oferta de Franquia também geram ao franqueado a pretensão de anular o contrato e requerer a restituição prevista para o caso de ausência da formalidade. Neste ponto insta salientar que o projeto do novo Código Comercial prevê não mais a anulabilidade para o caso de divergência entre o contrato e a circular, mas a aplicação do que mais favorável ao franqueado for, conforme artigo 399.

De outra sorte, as mesmas regras são aplicáveis também na subcontratação da franquia, devendo o subfranqueador ser equiparado ao franqueador e o subfranqueado ao franqueado.

Importa registrar, neste diapasão, que a subfranquia é largamente utilizada, sobretudo pelas grandes redes franqueadoras, a maior parte delas provindas do exterior e estabelecendo no território nacional um representante, uma subsidiária que atua como a prática convencionou chamar de Franqueador *Master*, sendo o caso, por exemplo, da empresa Arcos Dourados, subfranqueadora atual do *McDonald's* no Brasil.

Por fim, cabe criticar o legislador por não ter atribuído ao franqueador o dever de manter a transparência necessária ao início do negócio durante toda sua vigência, tendo o legislador observado a caracterização do contrato de franquia como de adesão, mas deixado de observar ser o mesmo também um contrato de trato sucessivo, continuado.

Diante de tal classificação a legislação deveria dispor acerca de uma periodicidade mínima na qual o franqueador atualizaria as informações prestadas na Circular de Oferta de Franquia ou ao menos que este instrumento deveria dispor sobre o assunto, situação que permanecerá caso a atual redação do projeto de novo Código Comercial seja aprovada sem alterações.

REGISTRO

Nos termos do artigo 211 da Lei 9.279, a Lei de Propriedade Industrial brasileira, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) é competente para promover o registro dos contratos que envolvem propriedade industrial, entre os quais encontra-se o contrato de franquia em razão da licença de uso de marca que é ínsita ao contrato.

O parágrafo único do artigo citado expressamente ressalva que o registro não é necessário para que o contrato seja válido, mas apenas que será necessário para que seja imposto perante terceiros.

Os principais terceiros para os quais o registro terá efeito certamente são a Fazenda

Pública e o Banco Central, eis que nos termos das normas específicas que regem a matéria: (i) o franqueado só poderá abater as despesas com remuneração do franqueador da apuração de seu lucro real se o contrato estiver registrado; e (ii) remessas de *royalties* ao franqueador estrangeiro só podem ser realizadas regularmente se o contrato estiver devidamente registrado perante o INPI, sendo impossível realizar o necessário Registro de Operações Financeiras no sistema de Registro Declaratório Eletrônico do Banco Central (RDE-ROF), que possibilitam a remessa da remuneração do franqueador ao exterior, sem o prévio registro do contrato de franquia no INPI.

Contudo, é de se ressaltar que o registro no INPI gera também efeitos perante todo e qualquer terceiro, podendo aproveitar ao franqueado, por exemplo, no caso de sua área de exclusividade ser desrespeitada, de modo que se o registro houver sido empreendido, neste caso, o novo franqueado na mesma zona de exclusividade não poderá alegar de boa-fé o desconhecimento do ato ilícito que praticou em conjunto com o franqueador, podendo ter seu contrato desconsiderado e tornar-se responsável solidário em conjunto com o franqueador pelos danos causados ao franqueado original.

Outrossim, retornando à constatação anteriormente elaborada no sentido de que o fornecedor de boa-fé não poderá ser responsabilizado no caso de anulação do contrato de franquia por descumprimento pelo franqueador de suas obrigações relacionadas à Circular de Oferta de Franquia, tem-se que o registro do contrato perante o INPI não modifica a situação.

Isto porque do simples registro não poderá o fornecedor de boa-fé ter segurança acerca do cumprimento de todas as obrigações por parte do franqueador, seja porque o registro não precisa demonstrar que a circular foi disponibilizada, seja porque o fornecedor de boa-fé não tem condições de verificar a veracidade das informações que eventualmente tenham sido prestadas pelo franqueador ao franqueado.

EXTINÇÃO DO CONTRATO

A Lei 8.955, sendo exclusivamente um *disclosure statute*, não tratou da extinção do contrato de franquia, deixando o assunto a ser resolvido com base nas regras gerais de Direito Contratual previstas no Código Civil.

Todavia, também as regras gerais dispostas no Código Civil sobre a matéria são omissas, gerando problemas dos mais variados que se resolvem realmente pela casuística, não havendo uma formulação geral a ser seguida.

Assim, a questão da extinção do vínculo originado com o contrato de franquia deve ser objeto de minuciosas disposições contratuais que estabeleçam regramento a ser seguido da forma mais abrangente possível, sob pena de proporcionar grande margem para discussões e, conseqüentemente, litígios.

Retornando ao Código Civil, toda a matéria relativa à rescisão unilateral é disposta em um único artigo: “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

A correta interpretação do *caput* leva à conclusão de que os contratos por prazo determinado podem ser rescindidos unilateralmente apenas em casos expressos na legislação ou no contrato, enquanto que os contratos por prazo indeterminado podem ser rescindidos a qualquer tempo e sem motivação específica.

Quanto aos contratos por prazo determinado não há muito o que se debater, cabendo denúncia apenas motivada, seja por disposição contratual expressa ou por disposição legal, entre as quais se pode citar o inadimplemento de um dos contratantes e a onerosidade excessiva e imprevisível superveniente.

Caso não haja justo motivo para a rescisão unilateral, entende-se que em sendo notificada da rescisão a parte poderá tanto aceitar a rescisão e requerer a correspondente

indenização, quanto pleitear judicialmente o cumprimento do contrato por parte do notificante, o que poderá eventualmente redundar em indenização caso se constate que a outra parte não tem condições de realizar as prestações assumidas.

A indenização, nestes casos, deve compreender danos materiais emergentes, lucros cessantes e eventualmente danos morais, o que dependerá do caso concreto. Caso a rescisão injustificada tenha sido promovida pelo franqueador, entende-se que o franqueado poderá requerer a título de danos materiais a totalidade ou parte das despesas que teve com a aquisição e a instalação da franquia, sendo no caso inverso devida indenização ao franqueador pelos custos da negociação com o franqueado, entre outras verbas a serem verificadas no caso concreto.

Todavia, no caso do contrato por prazo indeterminado, o que inclui os originalmente firmados sem um prazo de vigência e aqueles nos quais mesmo expirado o prazo as partes mantiveram a relação, qualquer das partes pode rescindir unilateralmente o contrato sem qualquer motivação, o que em doutrina se chama denúncia vazia ou rescisão imotivada.

Este é o principal ponto de discórdia em contratos de trato sucessivo para os quais a Lei não estabelece regramento específico para a extinção do vínculo contratual, o que se verifica não apenas nos contratos de franquia, mas também nos contratos de distribuição, de agência, de concessão comercial, entre outros.

Em virtude da autonomia da vontade, do direito de propriedade, da livre iniciativa, entre outros princípios que regem os negócios jurídicos no ordenamento nacional, o fato é que no direito privado ninguém está obrigado a manter-se perpetuamente vinculado a um contrato, sendo a denúncia vazia aplicável a qualquer negócio jurídico por prazo indeterminado, um verdadeiro direito de qualquer um que se ache vinculado a uma obrigação sem prazo de vigência.

Seguindo a literalidade do artigo 473 do Código Civil, entende-se, mais, que o interessado em rescindir um contrato por prazo indeterminado poderá fazê-lo imediatamente, notificando a outra parte que o contrato

encontra-se resiliado a partir de então, sem conceder-lhe qualquer prazo que seja.

Contudo, conforme o parágrafo único do artigo comentado, em determinados casos, se “dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

Como se vê a disposição apresenta ao menos dois conceitos abertos a serem preenchidos pela casuística: (i) investimentos consideráveis; e (ii) prazo compatível.

O fato é que cabe aos contratantes ponderar sobre o assunto previamente, devendo o contratado – neste caso o franqueado – exigir um prazo contratual compatível com os investimentos que realizará, sendo certo que não há ninguém melhor do que o próprio investidor para apontar o prazo necessário para a amortização e o retorno esperado do investimento.

Todavia, há casos em que por questões de ordem comercial não é possível impor ao contratante – no caso ao franqueador – que assuma o prazo adequado ou mesmo qualquer prazo que seja, o que se verifica mais facilmente quando o franqueador possui poder econômico inúmeras vezes superior e não tem condições logísticas de estabelecer relação pessoal específica com cada um de seus franqueados, o que pode custar mais do que o correspondente benefício.

Para este tipo de relação empresarial é que serve o parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, mas sendo uma disposição de conteúdo aberto sua efetivação depende de penoso procedimento de produção de prova pericial, bem assim do bom senso e da coragem do julgador.

Com efeito, recebendo denúncia vazia que não lhe garanta um prazo antes da rescisão ou que estabeleça prazo incompatível com os investimentos realizados, o prejudicado terá abertas: (i) a difícil possibilidade de pleitear liminarmente a manutenção do vínculo por um prazo compatível; e (ii) a via indenizatória.

A primeira possibilidade é evidentemente uma difícil tarefa em que se

lançam o empresário e seu advogado, pois preencher os requisitos de uma tutela antecipada neste caso é algo remotamente possível, sendo em muitos casos impossível, pois a verificação dos investimentos e, sobretudo, de um prazo compatível com estes são matérias que devem ser objeto de perícia, de modo que ao conceder uma liminar neste sentido o juiz estará julgando os dados que lhe são apresentados sem o devido conhecimento técnico e sem uma completa cognição acerca de dados complexos, o que torna o indeferimento do pedido uma conveniente e prudente decisão.

Não se obtendo a antecipação de tutela o fato é que a ação na qual se pleiteia a manutenção do vínculo por prazo compatível perde totalmente o sentido, de modo que a procedência do pedido certamente em nada aproveitará ao empresário, que até o final da ação terá o fruto de seu investimento como algo obsoleto, sem utilidade, avariado, inutilizado, vendido ou de qualquer outra forma impossibilitando o cumprimento do provimento jurisdicional.

Neste caso, bem como nos casos em que o prejudicado não se lança na tentativa de obter a decisão antecipatória, tem lugar a ação indenizatória, na qual ocorrem sérias divergências jurisprudenciais.

Há casos, por exemplo, em que tribunais decidem pela aplicação por analogia da Lei 6.729, relativa à concessão de veículos automotores terrestres, para a apuração da indenização devida, mesmo havendo posicionamento contrário do Superior Tribunal de Justiça neste sentido, o que se observa facilmente dos Recursos Especiais números 789.708 RS e 654.408 RJ.

O fato é que só a casuística pode prevalecer, cabendo ao procedimento pericial definir o tempo compatível com os investimentos de vulto que tenham sido realizados e, a partir deste, os danos experimentados pelo notificado, arbitrando o juiz a indenização com base nestes parâmetros.

Salienta-se, neste diapasão, que o projeto do novo Código Comercial acaba com o debate de maneira traumática, simplesmente

dispondo que nos contratos por prazo indeterminado a rescisão unilateral imotivada, caso o contrato não disponha em contrário, pode se dar a qualquer tempo e a outra parte não terá direito a qualquer indenização pela não amortização dos investimentos realizados.

Ainda quanto à rescisão de contratos da espécie, muito se tem discutido sobre cláusulas de não concorrência, que vigoram tanto durante a franquia, quanto após a rescisão, impossibilitando que o franqueado atue no mercado do franqueador.

Sobre o assunto importa notar que o franqueador ao admitir alguém como seu franqueado passa, em verdade, a lhe transferir sua tecnologia, demonstrando como funciona o mercado, como funciona seu negócio, os números de seu negócio, a concorrência no setor, tudo que nunca faria sequer ao mercado em geral, quem dirá diretamente a um concorrente.

Sendo assim, não é injusta ou ilegal a cláusula que restringe o direito de iniciativa do franqueado, mas esta deverá ser o mais específica possível, restringindo o mercado de atuação, o território de impedimento e o prazo pelo qual este vigorará após a rescisão do contrato.

Sobre a questão, caso antes mesmo do contrato de franquia o candidato a franqueado seja um profissional do ramo e retire sua sobrevivência da atividade, como ocorre, por exemplo, com professores de idiomas ou padeiros, tem-se como mais recente e prudente orientação conceder-lhe, mediante previsão contratual, uma compensação financeira específica pelo período dentro do qual estará impedido de exercer sua atividade naquele mercado, sendo esta orientação baseada em analogia aos julgados da justiça do trabalho em matérias semelhantes.

CONCLUSÃO

Ante o exposto no presente trabalho, tem-se que o contrato de franquia deve ser interpretado em linha com sua natureza colaborativa empresarial, sendo esta sua mais importante característica.

A colaboração empresarial ínsita ao contrato de franquia possibilita aos envolvidos entender como devem se relacionar, aos advogados como deve ser a redação dos contratos e, sobretudo, aos julgadores, sejam juízes, árbitros ou autoridades outras, como solucionar os litígios que lhes são apresentados.

Neste sentido é que, sendo observada a natureza colaborativa empresarial, o contrato de franquia: (i) não deverá caracterizar uma relação de consumo entre franqueador e franqueado; (ii) não deve caracterizar um vínculo empregatício entre franqueador e franqueado; (iii) não deve caracterizar-se como prática de ilícito concorrencial o ajustamento de preços e estoques entre franqueador e franqueado; entre outras tantas constatações que servem a um perfeito delineamento dos contornos privados deste tão importante instituto.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. São Paulo: Atlas, 1993.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. Disponível em: <http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=11&codC=4&origem=sobreosetor>. Acessado em 10 de agosto de 2011.
- BARROSO, Luiz Felizardo. *Os caminhos da ética no franchising. A importância de um Código de Ética*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Editora Malheiros, vol.116. p. 118 e segs. 1999.
- _____. *Franchising e direito*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Internet e o franchising : aspectos jurídicos e operacionais*. In Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro, (24): 33-34, set./out. de 1996.
- _____. *A importância do adequado registro das marcas para franqueadores e franqueados*. In Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro, (16): 47-48, mai./jun. de 1995.
- BITTAR, Carlos Alberto. (coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Contratos comerciais*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: FU, 1994.
- BORGES, Agnes Pinto. *Parceria empresarial no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRAGA, Carlos David Albuquerque. *Contrato de franquia empresarial*. In Direito dos Contratos II. JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Ato de Concentração nº 100/96, de 24 de março de 1999*, Requerentes: Frenesius Laboratórios Ltda., NMC do Brasil Ltda. e Maia de Almeida Indústria e Comércio Ltda. In DOU de 14 de abril de 1999.
- CRETILLA NETO, José. *Manual Jurídico do Franchising*. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Do Contrato Internacional de Franchising*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. *Franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v. 4. 6. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002), o projeto de lei n. 6.960/2002 e a lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 7 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LOVE, John F. 2ed. *McDonald's: A Verdadeira História do Sucesso*. Trad. SOARES, David e WEISSEMBERG, Aurea. Rio de Janeiro: Beltrand Brasil, 1987.
- MARTINS, Fran. *Contrato e obrigações comerciais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1988.
- PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. *Do contrato de franquia*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/616>>. Acesso em: 4 ago. 2011.

SILVEIRA, Newton. *Contrato de Franchising*. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 1990. p. 115-155.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 3.

Artigo recebido em: 09.09.2013.

Avaliado em:

Aceito para publicação em: 09.09.2013.