

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
PropPEC**

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO – DIREITO E ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS

O CONTRATO DE FRANCHISING E A LEI 8955/94

GERALDO DONI JÚNIOR

Itajaí (SC), janeiro de 2005

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
PropPEC**

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS

O CONTRATO DE FRANCHISING E A LEI 8955/94

GERALDO DONI JÚNIOR

**Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como
requisito final à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.**

Orientador: Professor Dr. Índio Zavarizi

Co-orientador: Professor Dr. Clayton Reis

Itajaí (SC), janeiro de 2005

AGRADECIMENTOS

Ao Deus pela força que me dá;

À minha esposa Maria Helena e aos meus filhos, Guilherme, Fernanda e Ângela, pela paciência e companheirismo;

Aos meus pais;

Aos professores do Curso de Mestrado, em especial ao Professor Dr. Índio Jorge Zavarizi, Professor Dr. Paulo Marcio Cruz e Professor Msc. Clóvis De Marchi pelo conhecimento transmitido, pela amizade e solicitude;

Ao Professor Dr. Clayton Reis pelas oportunas sugestões;

Aos meus amigos e incentivadores, Dra. Julieta Rodrigues, Dr. Pulquério Bittencourt, Dr. Luiz Fernando Keppen e tantos outros, cujos nomes guardo no meu coração;

Ao ex aluno e hoje colega Jorge Mello, pela dedicação e colaboração nas pesquisas;

À Daniela e Aníbal pelo carinho.

PÁGINA DE APROVAÇÃO

SERÁ FORNECIDA PELO CPCJ

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica [CPC/UNIVALI] ou a coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora, o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí [SC], janeiro de 2005

**GERALDO DONI JUNIOR
MESTRANDO**

ROL DE CATEGORIAS

Business Format Franchising (BFF): é a franquia de negócio formatado. Engloba todos os aspectos do funcionamento do sistema, nos quais os procedimentos operacionais são colocados em manuais, de forma que o franqueado atue com todas as características da rede de franquias; possui alto grau de profissionalização, sendo também chamado de franquia de terceira geração;

Cláusula de Exclusividade: vincula um dos contratantes ao outro, de forma que sua atividade será exercida unicamente em proveito do co-contratante em razão da proibição de efetuar contratos do mesmo tipo com terceiros. Quando recíproca, implica delimitação territorial em que o contratante com posição dominante não poderá realizar contrato do mesmo tipo com terceiros.

Contrato: Acordo de vontades que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica de caráter patrimonial.

Contrato típico: contrato regulamentado por lei.

Contrato atípico: é aquele que não contém na lei um modelo regulativo típico.

Contrato de adesão: é aquele cujas cláusulas foram aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o outro contratante possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (art. 52 da Lei

nº 8.078/90).

Contrato misto: resulta da fusão de dois ou mais contratos ou de partes de contratos distintos, ou da participação num contrato de aspectos próprios de outro ou outros.

Cláusula de Exclusividade: vincula um dos contratantes ao outro, de forma que sua atividade será exercida unicamente em proveito do co-contratante em razão da proibição de efetuar contratos do meso tipo com terceiros. Quando recíproca, implica delimitação territorial em que o contratante com posição dominante não poderá realizar contrato do mesmo tipo com terceiros.

Contrato: Acordo de vontades que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica de carácter patrimonial.

Contrato típico: contrato regulamentado por lei.

Contrato atípico: é aquele que não contém na lei um modelo regulativo típico.

Contrato de adesão: é aquele cujas cláusulas foram aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o outro contratante possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (art. 52 da Lei nº 8.078/90).

Contrato misto: resulta da fusão de dois ou mais contratos ou de partes de contratos distintos, ou da participação num

contrato de aspectos próprios de outro ou outros.

Empresa: é toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos (art. 6º da Lei nº 4.137/62).

Cláusula de Exclusividade: vincula um dos contratantes ao outro, de forma que sua atividade será exercida unicamente em proveito do co-contratante em razão da proibição de efetuar contratos do mesmo tipo com terceiros. Quando recíproca, implica delimitação territorial em que o contratante com posição dominante não poderá realizar contrato do mesmo tipo com terceiros.

Contrato: Acordo de vontades que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica de caráter patrimonial.

Contrato típico: contrato regulamentado por lei.

Contrato atípico: é aquele que não contém na lei um modelo regulativo típico.

Contrato de adesão: é aquele cujas cláusulas foram aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o outro contratante possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (art. 52 da Lei nº 8.078/90).

Contrato misto: resulta da fusão de dois ou mais contratos ou de partes de contratos distintos, ou da participação num

contrato de aspectos próprios de outro ou outros.

Circular de Oferta de Franquia (COP): é o documento que o franqueador é obrigado, pela Lei de Franquias, a fornecer a todo candidato a franqueado. Contém várias informações sobre a franquia, a rede de franqueados e a empresa franqueadora;

Contrato de Franquia: é o instrumento através do qual o franqueador, que é o titular da franquia, da patente industrial, comércio ou serviço, concede seu uso a outro empresário que é o franqueado, assim como o direito de distribuição, prestando-lhe assistência técnica e administrativa para a viabilização do negócio ou sistema operacional, detidos ou desenvolvidos pelo franqueador, mediante o pagamento de taxa inicial e/ou percentual sobre o volume dos negócios realizados pelo franqueado;

Conselho de Franqueados: é o órgão de representação coletiva dos franqueados junto ao franqueador. As funções, poder de decisão, regras de formação, quorum, etc, variam muito entre os franqueadores. Poucas redes de franquias brasileiras já contam com Conselhos devidamente estruturados. Contudo, a tendência é aumentar o número de franqueadores que adotam esse mecanismo de comunicação e aperfeiçoamento de seu relacionamento com os franqueados;

Consultoria de Campo: visitas periódicas que um representante do franqueador faz a cada franqueado, com o objetivo de verificar o andamento de cada franquia e da rede como um todo, levantar problemas, fornecer informações, ministrar treinamentos e reciclagens,

atualizar procedimentos, etc.

Empresa: é toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos (art. 6º da Lei nº 4.137/62).

Estabelecimento Comercial: é sinônimo de fundo de comércio.

Fundo de Comércio: é o conjunto de direitos do comerciante, que se integram por bens materiais e imateriais, tais como o “ponto comercial”, a clientela, o nome comercial, as marcas e patentes, as insígnias, enfim, tudo que representa valor econômico.

Franquia: contrato pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito ao uso de marca ou patente, associado ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio detido pelo franqueador, eventualmente cumulado com o direito de distribuição de produtos e serviços, com exclusividade dentro de uma área geográfica predeterminada, mediante uma remuneração, com autonomia relativa para o franqueado (Lemke. P. 8)

Franqueado: é a pessoa física ou jurídica que adquire a franquia, cuja finalidade está na distribuição do objeto da franquia. As obrigações do franqueado estão discriminadas no contrato e no Manual de Franquia.

Franqueador: é a pessoa física ou jurídica que concede e vende a franquia. É aquele que detém a marca e o *know-how*

(experiência, técnica) de comercialização de um bem ou serviço e que cede através de um contrato os direitos de uso e/ou de revenda, fornecendo assistência técnica-operacional e administrativa na organização e gerenciamento do negócio para o franqueado;

Gerações de Franquias – o sistema de *franchising* pode ser classificado de primeira a quinta geração de acordo com o seu grau de profissionalização e formatação;

Management consiste no adestramento do pessoal do franqueado e na montagem de uma organização contábil e administrativa (Lemke, p. 8)

Master Franquia (*Master Franchise*): sistema pelo qual o franqueador concede a terceiro o direito de vender a sua marca em determinada região;

Ponto Comercial: é o local (imóvel) em que está situado o estabelecimento comercial, integrando seu valor econômico.

Produto: é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, par. 1º, da Lei nº 8.078/90) sujeito à venda.

Serviço: é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhistas (art. 3º, da Lei nº 8.078/90).

Pay Back: prazo de amortização do investimento, ou

seja, o tempo que a franquia demora para obter em lucro o montante equivalente ao investimento inicial e à taxa de franquia;

Royalties: percentual pago periodicamente pelo franqueado, enquanto a franquia estiver funcionando, e que incide sobre a receita ou é embutido nos preços dos produtos que são fornecidos pelo franqueador;

Taxa de Franquia: valor pago pelo franqueado por ocasião da assinatura do contrato, e que serve para remunerar o franqueador pelo uso da marca e ingresso na sua rede, repasse de *know-how*, manuais de operação, treinamento, assistência na divulgação da marca, assistência na escolha do ponto, projeto arquitetônico, adequação visual e assistência na inauguração;

Taxas de Royalties: valor pago mensalmente e que equivale, em geral, a um percentual sobre o faturamento da franquia. Esta taxa diz respeito ao repasse de tecnologia e à prestação de serviços como treinamento, pesquisa, desenvolvimento de produtos e suporte operacional;

Taxa de Propaganda: valor pago mensalmente e que equivale, em geral, a um percentual sobre o faturamento da franquia. Esta taxa refere-se à divulgação da marca e dos produtos e serviços oferecidos pela franquia;

Trading Area: território ao redor da unidade franqueada onde se encontra a maioria dos consumidores;

Unidade-Piloto: unidade montada pelo eventual

franqueador para testar a viabilidade do sistema de *Franchising* antes de vendê-lo ao mercado. Após a consolidação do sistema ela pode ser utilizada como centro de treinamento de franqueados e funcionários;

SUMÁRIO

RESUMO.....	XV
RÉSUMÉ.....	XV
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I.....	3
ASPECTOS GERAIS DA FRANQUIA	3
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	3
1.2 ETIMOLOGIA DA PALAVRA FRANQUIA	9
1.3 ORIGEM DA FRANQUIA EMPRESARIAL	11
1.4 CONCEITO.....	20
CAPÍTULO 2.....	24
CLASSIFICAÇÃO E TIPOLOGIA DA FRANQUIA EMPRESARIAL	24
2.1 CLASSIFICAÇÃO DA FRANQUIA.....	24
2.2 O BUSINESS FORMAT FRANCHISE.....	30
2.3 BUSINESS FORMAT FRANCHISING E O FRANCHISING TRADICIONAL (DISTINÇÃO).....	32
2.4 TIPOS DE FRANQUIAS.....	33
2.4.1 A FRANQUIA DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS.....	35
2.4.2 FRANQUIA INDUSTRIAL.....	37
2.4.3 A FRANQUIA DE SERVIÇOS.....	37
2.4.4 FRANQUIA MÁSTER OU MÁSTER FRANCHISE.....	39
2.4.5 <i>FRANCHISE CÔRNER</i> (FRANCHISE DE CANTO).....	41
2.4.6 <i>FRANCHISE</i> DE DESENVOLVIMENTO DE ÁREA.....	41
CAPÍTULO 3.....	43
O CONTRATO DE FRANCHISING	43
3.1. NATUREZA JURÍDICA DA FRANQUIA EMPRESARIAL	46
3.2. CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL	57
3.3. CONTRATO DE ADESÃO.....	62
CAPÍTULO 4.....	67
A LEI 8.955/94.....	67
4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL.....	67
4.2 A LEI 8.955/94 - DA CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA	68

4.3 AS DEMAIS NORMAS EMANADAS DA LEI DE FRANQUIA EMPRESARIAL	83
4.4. A FRANQUIA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.	87
4.4.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES	87
4.4.2. DA NECESSIDADE DA OUTORGA MARITAL	88
4.4.3. DA SITUAÇÃO DO ADMINISTRADOR	88
4.4.4. DA SOCIEDADE ENTRE CÔNJUGES	88
4.4.5 DAS SOCIEDADES COM MAIS DE DEZ SÓCIOS	89
4.4.6. SILÊNCIO PODE SIGNIFICAR CONCORDÂNCIA	89
4.4.7. DENÚNCIA UNILATERAL	89
4.4.8 DA RESOLUÇÃO POR ONEROSIDADE EXCESSIVA	90
4.4.9. DEVOLUÇÃO DE SINAL	91
4.4.10. O DIREITO SUCESSÓRIO	91
4.5. FORMAS JURÍDICAS AFINS AO CONTRATO DE FRANQUIA	93
4.5.1. CONTRATO DE TRANSFERÊNCIA DE <i>KNOW HOW</i>	93
4.5.2 CONCESSÃO DE VENDAS	94
4.5.3 REPRESENTAÇÃO COMERCIAL (AGÊNCIA)	95
4.5.4. CONTRATO DE LICENÇA.	97
4.5.5 A CESSÃO DE PATENTE	98
4.6. O DIREITO INDUSTRIAL E A FRANQUIA	99
CAPÍTULO 5	101
PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	101
5.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRATO	101
5.1.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	102
5.1.2. PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO	104
5.1.3. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS	105
5.1.4. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E DA PROIBIDADE	107
5.2. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	112
5.2.1 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL	122
5.4.- NORMAS APLICÁVEIS À FRANQUIA EMPRESARIAL	129
5.5. O <i>FRANCHISING</i> E AS RELAÇÕES DE CONSUMO	130
5.6 UM BREVE APORTE SOBRE ALGUMAS HIPÓTESES DE ANULABILIDADE DO CONTRATO DE FRANQUIA	134
CONSIDERAÇÕES FINAIS	141
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	146
ANEXOS	159

RESUMO

Esta dissertação enfoca o Contrato de Franquia e a Lei que o regulamenta.

A pesquisa sobre o tema, baseou-se na doutrina clássica e em obras de autores contemporâneos, posto que o tema, embora com um histórico consolidado, somente no final do século passado é que passou a ter importância em nosso país.

Em um primeiro momento, analisou-se a origem e a evolução histórica da Franquia Empresarial no mundo e suas raízes etimológicas. Num segundo momento, buscou-se evidenciar sua importância na circulação de riquezas do Brasil, para logo após declinar-se os mais diversos conceitos adotados por associações e doutrinadores estrangeiros e brasileiros.

No segundo capítulo, enfocou-se os vários critérios de classificação das Franquias atualmente existentes, bem como a sua tipologia, para posteriormente, numa terceira fase da pesquisa, focar-se os Contratos em geral, o Contrato de Franquia especificamente, bem como a função social de ambos.

Analisou-se a natureza jurídica do *Franchising*, na busca das principais características deste Contrato, para saber como e onde ele está inserido no mundo do direito, para concluir-se sobre sua atipicidade.

Neste mesmo terceiro tópico, procurou-se classificar os Contratos de Franquia Empresarial e sua natureza adesiva, seguindo os passos de diversos doutrinadores nacionais e estrangeiros.

No capítulo quarto, o enfoque foi centrado sobre a responsabilidade pré-contratual e na Circular de Oferta de Franquia devido às exigências nela contidas, com aportes nos demais artigos da Lei 8955/94. Houve-se por bem tratar, também, de alguns aspectos tendo como tema a Franquia e o Código Civil nas relações contratuais entre Franqueadores e Franqueados, para logo em seguida identificar-se algumas formas jurídicas afins ao instituto da Franquia.

No quinto capítulo enfrentou-se o tema da principiologia dos Contratos, na busca de um elo de ligação com o Princípio da Função Social dos Contratos, no intuito de, na seqüência, atingir-se o objetivo que era o princípio da Função Social do Contrato de Franquia.

Finalmente, alinhou-se um breve aporte sobre as possibilidades de anulabilidade dos contratos de Franchising, antes do seu término.

Não se pretendeu com esta pesquisa, esgotar o tema “Franquia Empresarial”, mesmo porque dado a sua crescente evolução, novas formas de Franquia surgem a cada dia, como por exemplo as Franquias Sociais, as Franquias Públicas e outras, aqui não abordadas.

A pretensão foi analisar o instituto em confronto com a Lei que o rege e as demais normas a ele pertinentes, como também compará-lo com institutos afins, para ao final identificar a sua função social.

(RÉSUMÉ)

Ce travail a pour objectif l'analyse du Contrat de Franchisage et de la Loi concernant sa régularisation. La recherche sur le sujet a été basée dans la doctrine classique et dans les travaux des auteurs contemporains, étant donné que le sujet, quoique avec un historique consolidé, seulement dans la fin du dernier siècle a pris de l'importance dans notre pays.

Dans un premier moment, nous avons analysé l'origine et l'évolution historique de la franchisage d'entreprises dans le monde et ses racines ethnologiques; après nous avons mis en évidence son importance dans la circulation de richesses au Brésil pour ensuite observer les divers concepts adoptés pour des associations, entités représentatives et les savants étrangers et brésiliens.

Dans le deuxième chapitre, nous avons apprécié les divers critères de classification des franchisages existentes, aussi bien que sa typologie pour ensuite dans une troisième phase de la recherche, analyser les contrats en général, et le contrat de franchisage en particulier, aussi bien que la fonction sociale de tous les deux.

Nous avons analysé également la nature juridique du franchisage, en quête des principales caractéristiques de ce type de contrat pour savoir comment et où il est inseré dans le monde du droit, pour conclure sur son caractère atypique. Dans ce même chapitre, nous avons essayé de classier les contrats de franchisage des entreprises et sa nature adhésive suivant les voies proposés par les divers savants étrangers et brésiliens.

Dans le quatrième chapitre, l'approche est mis sur la responsabilité du pré-contrat et la COF – Loi-Cadre de l'Offre de Franchisage étant donné les exigences comprises dans elle-même, avec l'analyse des autres articles de la Loi 8955/94. Nous avons bien décidé de traiter quelques contributions, ayant comme sujet le franchisage et le nouveau Code Civil, dans les relations contractuelles entre celui qui autorise et celui qui utilise pour ensuite identifier quelques formes juridiques relatives à la franchisage.

Dans le cinquième chapitre, nous avons travaillé le thème concernant les principes des contrats, en recherchant une liaison entre le principe de la fonction sociale des contrats, avec le but de ensuite arriver dans l'objectif qui était le principe de la fonction sociale du contrat de franchisage.

Finalement, nous avons développé une brève contribution sur les possibilités de l'action d'annulation des contrats de franchisage avant qu'il arrive a son terme. Nous n' avons pas eu la prétention avec notre travail, d'épuiser le thème "franchisage d'entreprise" car, étant donné sa progressive évolution, des nouvelles formes de franchisage apparaissent a chaque jour, comme par exemple les franchisages sociales, les franchisages publiques, etc... D' une autre partie, des projets pour l' altération de la Loi sont déjà en voie d'analyse dans la Chambre des Députés.

Notre prétention a été tout simplement analyser l' institut vis-à-vis la loi que régit les autres normes que lui son convenables, mais aussi faire la comparaison avec d'autres instituts identiques, pour à la fin arriver a identifier sa fonction sociale.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como tema o “O Contrato de Franchising e a Lei 8955/94”.

O tema é atual e relevante, contudo, existem questionamentos perante a doutrina acerca de sua classificação, natureza jurídica, tipicidade e função social. Por esta razão é considerado um Contrato complexo.

A pesquisa abordará aspectos do Direito Civil e do Direito Comercial, iniciando com um panorama histórico do instituto da Franquia, passando por questões pertinentes ao Contrato de Franquia e suas exigências, classificação, tipologia, influência de contratos afins e do Código Civil Brasileiro até alcançar a função social por ele exercida.

O Método¹ a ser utilizado na fase de Investigação será o Indutivo; na fase de Tratamento dos Dados será o Cartesiano, e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa poderá ser empregada a base indutiva e/ou outra que for a mais indicada².

Serão acionadas as técnicas do referente³, da categoria⁴, dos conceitos operacionais⁵, da pesquisa bibliográfica⁶ e do fichamento⁷.

1 “Método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica- idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 7 ed. rev.atual.ampFlorianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p.104 .

2 Sobre os métodos nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica, cit.. especialmente p. 99 a 107.

3 "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD,Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica, cit.. especialmente p. 241.

4 “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. PASOLD,Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica, cit.. especialmente p. 229.

5 “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD,Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica, cit.. especialmente p. 229.

O trabalho será dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo abordar-se-á os aspectos gerais da Franquia, a etimologia da palavra “Franquia”, e os diversos conceitos adotados pela doutrina. Em seguida, passar-se-á para o tema referente à classificação da Franquia. O terceiro capítulo abordará o Contrato de *Franchise* e o capítulo quarto tratará da Lei 8955/94, tecendo comentários especialmente sobre a Circular de Oferta de Franquia.

Finalmente, no capítulo quinto, abordar-se-á o tema dos Princípios Fundamentais do Contrato, com destaque para o Princípio da Função Social do Contrato de Franquia Empresarial.

Nas considerações finais apresentar-se-á breves sínteses de cada capítulo, demonstrando se as hipóteses básicas da pesquisa foram ou não confirmadas. Em relação às categorias e conceitos operacionais, foi utilizada uma lista dos principais termos do glossário, no início da dissertação. Estas categorias são entendidas como as mais importantes para o entendimento deste trabalho.

Para a temática abordada foram consultados diversos autores pátrios e estrangeiros, revistas especializadas, sítios eletrônicos e entrevistas.

6 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”.PASOLD,Cesar Luiz. Prática da Pesquisa Jurídica, cit.. especialmente p. 240.

7 “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido”. PASOLD,Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**, cit.. especialmente p. 233.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GERAIS DA FRANQUIA

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há mais de cento e cinquenta anos, dois intelectuais europeus escreveram um dos mais importantes documentos políticos da história da humanidade. Nesse documento, ao traçar os contornos da realidade então vivida, afirmavam que o capitalismo tinha a característica de revolucionar, constantemente, os instrumentos de produção e, desse modo, as relações de produção e, com elas, todas as relações da sociedade.

Segundo eles, “a necessidade de um mercado em expansão constante para seus produtos persegue a burguesia por toda a superfície do globo. Precisa instalar-se em todos os lugares, acomodar-se em todos os lugares, estabelecer conexões em todos os lugares. A burguesia, através de sua exploração do mercado mundial, deu um caráter cosmopolita para a produção e o consumo em todos os países.”⁸

⁸ MARX, Carl e ENGELS, Frederich. *Manifesto do Partido Comunista*. Ed. Cotez, São Paulo: 1998.p. 8.

Engels, alemão nascido em Barmen, em 1820. Mudou-se para Manchester na Inglaterra, em 1842, para cuidar dos negócios do pai. Marx nasceu em Trier, em 1918. Ambos trabalharam no Jornal Gazeta Renânia.

O texto original encerra que “A burguesia não pode existir sem revolucionar permanentemente os instrumentos de produção – por conseguinte, as relações de produção e, com isso, todas as relações sociais. A conservação inalterada do antigo modo de produção era, pelo contrário, a condição primeira de existência de todas as anteriores classes sociais. A contínua subversão da

É a partir desta radiografia do sistema capitalista que começamos a entender por que o surgimento desse novo modelo burguês de produção criou condições para que as modalidades contratuais se multiplicassem, servindo à difusão e ao aperfeiçoamento dos mecanismos de produção, ao aperfeiçoamento das técnicas e sistemas de distribuição e a facilitação de sua instância final, o consumo.

O processo de mundialização econômica intensifica-se a cada dia, sendo certo que a expansão da economia nacional depende não só das políticas governamentais como também da capacidade de investimento.

Independentemente da análise de validade das relações sociais de outrora ou da subversão da produção⁹, devemos reconhecer que o surgimento do modo de produção capitalista, guiado precipuamente pelo princípio da livre concorrência, dinamizou as relações comerciais ao desenvolver e exponenciar o trinômio produção, circulação e consumo.

Destarte, com a difusão do capitalismo pelo mundo, bem como a gradativa aceleração dos processos de integração dos mercados mundiais, a produção de inúmeras mercadorias novas, o desenvolvimento das economias de escala e a massificação das relações de consumo, indubitavelmente impulsionaram os espíritos empreendedores

produção, o ininterrupto abalo de todas as condições sociais, a permanente incerteza e a constante agitação distinguem a época da burguesia de todas as épocas precedentes. Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com o seu cortejo de representações e concepções secularmente veneradas; todas as relações que as substituem envelhecem antes de se consolidarem. Tudo que era sólido e estável se dissolve no ar, tudo o que era sagrado é profanado e os homens são enfim obrigados a encarar, sem ilusões, a sua posição social e as suas relações recíprocas.

⁹ MARX e ENGELS. Op. Cit. Nota de rodapé(...A contínua subversão da produção, o ininterrupto abalo de todas as condições sociais, a permanente incerteza e a constante agitação distinguem a época da burguesia de todas as épocas precedentes...). p.7.

dos comerciantes, dando ensejo à criação de novas modalidades contratuais para impulsionar o comércio nos âmbitos regional e internacional.

Dado a sua posição de vanguarda no sistema capitalista mundial e a sua tradição de proteção e incentivo ao princípio da livre concorrência, foi nos Estados Unidos da América que surgiram muitas espécies contratuais novas, como a aqui abordada Franquia (*Franchising*), além de o cartão de crédito (*credit card*), o arrendamento mercantil (*leasing*), a faturização (*factoring*), o *shopping center*, entre outros.

Um dos resultados da revolução do capitalismo preconizado por Marx e Engels, certamente foi o *Franchising*, com sua fórmula inovadora de distribuição de Produtos e Serviços.

A importância da Franquia Empresarial para a economia moderna, dentre tantos outros tipos contratuais, pode ser sentida nos três estágios acima descritos: produção, circulação e consumo.

Assim, a Franquia Empresarial, sendo um elo facilitador entre o produtor e o consumidor, atrai cada dia mais os empreendedores brasileiros, entusiasmados com essa relativamente nova idéia de sucesso empresarial.

Ela é um Contrato surgido da tendência, hoje em voga no mundo todo, da expansão dos negócios vitoriosos, por seus detentores e por aqueles que querem iniciar uma atividade mercantil com lastro em

grandes realizações daqueles, como ensina Jorge Pereira de Andrade¹⁰.

O perfil inovador dos brasileiros, globalmente conhecidos pela facilidade que encontram em se adaptar aos novos tempos e as novas idéias, de sobreviver e empreender mesmo nos momentos de recessão econômica, tem facilitado a ampliação do sistema tanto que o Brasil é o 3º maior país em número de Franquias, conforme Marcelo Cherto¹¹.

Hodiernamente a Franquia é empregada nas grandes Empresas transnacionais como a GM ou Benetton, as Mega-Empresas Carrefour e McDonald's, ou a nacional e não menos importante, O Boticário.

Portanto, o sistema de Franquia é uma modalidade empresarial que se proliferou notavelmente nos anos noventa. Trata-se basicamente da exploração de ramo Comercial ou de Serviços no qual intervém dois sujeitos, um Franqueador e um Franqueado.

O Franqueador é quem cede ao Franqueado o uso da marca e lhe transfere o *Know-how*, além de ensinar “como fazer” para explorar essa marca. O Franqueado deve se comprometer a cumprir com os *standards* de qualidade da Empresa em questão e mais, deve abonar as regalias correspondentes.

¹⁰ ANDRADE, Jorge Pereira, *Contratos de Franquia e Leasing*. Ed. Atlas. 3ª ed. 1998. São Paulo. p. 34.

¹¹ CHERTO, Marcelo. *Franchising - Revolução no Marketing*. Ed. McGraw Hill, 3ª ed. 1988, São Paulo, p. 40.

Segundo Verónica Liendo¹², gerente geral de La *Asociación Argentina de Franchising*,

El mayor atractivo que ofrece esta modalidad radica en que “no hay posibilidad de conseguir un crecimiento tan rotundo y vertiginoso en una empresa que no sea a través del franchising. Para el franquiciante disminuyen los costos notablemente. Además, el franquiciado debe ser una persona de enorme motivación, que apuesta mucho en esa operación y no está dispuesto a fracasar tan fácilmente.

En épocas de recesión, como la que atraviesa Argentina desde hace varios años, la franquicia parece ser una salida para los pequeños inversores a quienes les cuesta insertarse en la dinámica de estos tiempos. Apunta.

Em épocas de recessão, a Franquia parece ser uma saída para os pequenos investidores a quem muito custa inserir-se na dinâmica comercial contemporânea aponta Adrián Jiménez Hutton¹³, titular do escritório argentino de advogados que leva seu nome:

El franchising es la única herramienta que tiene el comercio minorista para defenderse de la gran concentración. Las grandes compañías se fusionan o se compran entre sí. De ese modo alcanzan economías de escala con las que es difícil competir.

Marcelo Baltar¹⁴, citando análisis de Gerardo Saporosi

¹² LIENDO, Verónica, BALTAR. *Franchising: Um rublo que fatura cada vez mas*. Site <http://users.copetel.com.br>. Acesso em 21.11.2004.

¹³ HUTTON, Adrian Jiménez. BALTAR, Marcelo Baltar. *Franchising: Um rublo que fatura cada vez mas*. Site <http://users.copetel.com.br>. Acesso em 21.11.2004..

¹⁴Las primeras operaciones de franquicia que se generaron a nivel mundial fueron básicamente fusiones o adquisiciones entre grandes corporaciones. Sin embargo, la modalidad logró expandirse hasta alcanzar el nivel de las PyMES. Según el análisis de **Gerardo Saporosi**, presidente del *Franchising Group*, las PyMES “van a tener que fusionarse o hacer acuerdos para formar uniones que les permitan competir. De lo contrario quedarán en total desbalance estratégico y pueden desaparecer del mercado.”

afirma ainda que: “as pequenas e médias Empresas terão que unir-se mediante fusões ou fazer acordos para formar uniões que as permitam competir. Do contrário, cairão em total descontrolo estratégico e podem desaparecer do mercado”.

As primeiras operações de Franquias que surgiram em nível mundial foram basicamente fusões ou aquisições entre grandes corporações.

Na maioria dos casos, a Franquia atua como um gerador de empregos para o Franqueado e sua família.

Por isso, não devemos nos surpreender que os candidatos mais factíveis a adquirir uma Franquia sejam pessoas desempregadas, especialmente gerentes despedidos, que têm em seu poder o dinheiro de uma indenização.

Eduardo Chianea¹⁵, gerente geral de *Francorp Argentina* afirma:

“muchos de los franquiciados ‘son ex empleados de multinacionales con cargos directivos altos, especialmente para las franquicias más caras. En estos negocios, que requieren una inversión de 200.000 a 300.000 pesos, es común que un ex gerente general o financiero sea el candidato’.”

Por óbvio que, tanto no Brasil como na Argentina, a privatização de Empresas nesta última década gerou um grande número de desempregados estatais, com quantias substanciais para investir e que

¹⁵ CHIANEA, Eduardo. Apud BALTAR, Marcelo. Op. cit.

optaram pelas Franquias, em razão das receitas de sucesso já aprovadas.

Gerson Keila¹⁶, da Associação Brasileira de Franchising, já destacou a importância do sistema de Franquias na recuperação econômica do país e na geração de empregos. Afirmou em recente palestra quando da conquista da melhor Franquia do Brasil pela Mundo Verde, rede de lojas de produtos naturais, que as redes movimentam 30 bilhões de reais por ano e são responsáveis por 500.000 postos de trabalho.

1.2 ETIMOLOGIA DA PALAVRA FRANQUIA

Valdírio Bulgarelli¹⁷, estudando a origem da palavra *Franchise*, ensina que esta deriva da expressão inglesa *Franch*, que, por sua vez, remonta ao francês medieval *Franc*. Já Marcelo Cherto¹⁸ leciona que o termo *Franchise*, na língua inglesa, tem mais de um significado. A palavra em si mesma, significa, juridicamente, direito. Um direito, que alguém adquire, de fazer algo, por autorização ou concessão de outrem. Em sua origem, no francês, seu significado era ligeiramente diverso: “liberdade de servidão” ou dispensa de servidão.

À época o Senhor Feudal, que servia ao Primaz da Igreja, concentrava plenos poderes sobre seus comandados, exigindo-lhes tributos pela utilização dos caminhos de seu território (o pedágio). Alguns

¹⁶ site. Empresas.globo.com/empresasnegocios. A grande campeã de 2004.Homenagem a Mundo Verde. Acesso 10.10.2004.

¹⁷ BULGARELLI, Valdírio. *Contratos Mercantís*, 5ª ed, São Paulo: Atlas,1990, p.485.

¹⁸ CHERTO, Marcelo. *Franchising - Revolução no Marketing*. 1988, São Paulo, 3. Ed. E. McGraw-Hill. 1989.p. 1.

doutrinadores entre eles Fábio Milman¹⁹, mencionam que havia exceções: “algumas cidades eram consideradas livres, ou francas, e os comerciantes viam-se liberados de pagar pela circulação pessoal, bem como de seus bens e serviços”.

Tal Franquia, importante referir, era parcial, na medida em que a liberação de pagamento ao Senhor, relativo à passagem, não alcançava a impostos outros, devidos pela atividade comercial.

Assim, na Idade Média, *Franchise* era o direito ou privilégio que garantia certas liberdades ou autonomias, tanto a cidades, ou países, quanto a seus cidadãos.

De acordo com Marcelo Cherto²⁰, considerando a origem da idéia de “direito”, esta tem mais a ver com o sentido em que o termo passou, desde cedo, a ser empregado.

Portanto, o que observamos é que essa palavra significa um direito, que alguém adquire de fazer algo por autorização de outrem²¹.

Dessa idéia de fazer uso de um direito mediante autorização de outrem é que originou o termo *Franchising*, tal como

¹⁹ MILMAN, Fábio. *Franchising*: ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 1996. p.31.

²⁰ CHERTO, Marcelo – Op. cit, p.2.

²¹ Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. PREPARO. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. DISPENSA. - A assistência jurídica integral aos necessitados, garantia de dignidade constitucional, tem por desiderato possibilitar o acesso à Justiça aos economicamente hipossuficientes, sendo de rigor a observância dos preceitos legais afirmativos dessa **FRANQUIA** democrática. Deferido o benefício da justiça gratuita, resulta inexigível o prévio preparo do recurso interposto pelo necessitado, que permanecerá isento de custas e encargos de sucumbência enquanto persistir o estado de pobreza. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ – 6ª Turma – Ac. REsp. n.º 245663/MG – j. 22/02/2000 - Relator Min. VICENTE LEAL - Fonte DJ 20/03/2000 – p. 00137).

utilizado para designar a modalidade contratual em análise, cuja definição será estudada mais adiante.

No presente trabalho serão utilizados os termos *Franchising*, *Franchise* e Franquia Empresarial indistintamente, mesmo porque a própria lei 8955 de 15 de dezembro de 1994 que legisla sobre o contrato de Franquia, usa o termo *Franchising* entre parênteses.

De outra sorte não é demais lembrar que Adalberto Simão Filho²², cita em sua obra, que diversos juristas utilizam-se do termo Franquia Empresarial, porém esta não possui a necessária precisão, se analisarmos esta locução sob o aspecto da nossa própria língua portuguesa, como o termo *Franchising* do inglês.

1.3 ORIGEM DA FRANQUIA EMPRESARIAL

Várias são as versões sobre a origem da Franquia Empresarial, há quem atribua o seu surgimento na época medieval²³, em razão de a Igreja Católica conceder aos senhores feudais, poderes para arrecadar impostos em seu nome, remetendo parte do valor coletado à Igreja. Outros, como Luiz Felizardo Barroso²⁴, mencionam que alguns doutrinadores atribuem as origens mais remotas do *Franchising* (como o conhecemos hoje) às expedições ou aventuras marítimas dos diversos reinos existentes à época em que eles se lançavam ao mar em busca de novas terras e riquezas.

²² SIMÃO FILHO, ADALBERTO. *Franchising*. 3ª ed. Atlas. 1998. S.P. p. 20/21.

²³ CHERTO, op.cit. p.2

²⁴ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & Direito*. 2ª ed. Lúmen Júris. 2002. RJ. p. 13.

Diz o autor que: “naquele tempo, os reis (Franqueadores) franqueavam navios (o estabelecimento) e os aprestavam (os aprestos ou apetrechos eram as respectivas instalações) para que em nome do reino, sob suas armas (suas marcas), os navegadores (comandantes – Master Franqueados ou Subfranqueadores) buscassem novas terras (hoje novas unidades franqueadas para incorporação à rede – isto é, ao reino), novos produtos (especiarias) e por fim, mais riquezas (a lucratividade sempre tão almejada por qualquer empreendimento)”.

Paulo C. Mauro²⁵ afirma que o primeiro e o maior Franqueador do mundo é o Estado do Vaticano, que por meio da Igreja Católica, instituiu a maior rede de Franquias já conhecida, sendo a cruz a marca mais aceita no planeta e os padres os Franqueados que administrando suas paróquias pagariam os *Royalties* por intermédio do envio do dízimo ao Franqueador - o Vaticano. Deduz-se da assertiva do autor que, por certo, o treinamento seria dado nos seminários católicos e o manual de instrução seria a Bíblia.

Diz ainda :

outras religiões usam o mesmo conceito para expansão, desde judeus, protestantes, até muçulmanos entre outros. Os protestantes possuem um sistema de comunicação mais agressivo, que tem feito crescer sua participação no mercado mundial²⁶.

Especula-se que a primeira Franquia internacional ocorreu quando a rainha Isabel da Espanha, concedeu ao navegador

²⁵ MAURO, Paulo C. *Guia do Franqueador: como fazer sua empresa crescer com o franchising*. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1999. p. 73.

²⁶ Op.cit. p. 75

espanhol Cristóvão Colombo uma licença para descobrir um novo caminho para o leste.

Martin Mendelsohn²⁷, afirma que algumas práticas similares ao *Franchising* foram identificadas em suas pesquisas já no século XII, em Londres, com as corporações, mais precisamente com as cervejarias que controlavam os bares e estes eram obrigados a comprar as marcas de cerveja fabricadas por elas.

No entanto, a Franquia Empresarial como canal de distribuição de Produtos e Serviços, na verdade data do século XIX, antecede a Revolução Industrial, embora sua expansão só se tenha verificado a partir da segunda grande guerra.

Para Silvio de Salvo Venosa²⁸ a Franquia surgiu quando milhares de ex-combatentes retornaram aos EUA com grande capacidade de trabalho, mas sem capital. O *Franchising* permitiu que se estabelecessem com autonomia, com negócio próprio, utilizando-se de estrutura já formada.

Entende, também, Nelson Abrão²⁹ que a Franquia surgiu por volta de 1955, com a poupança dos ex combatentes, que apreciaram a idéia de investir em algum negócio que não dependesse de seus conhecimentos, adquirindo um *Know-how* já implementado. Esses combatentes tinham dificuldades de ingressar no mercado, em virtude da recessão que à época grassava nos EUA, em razão de sua participação na

²⁷ MENDELSON, Martin. *A essência do franchising*. 5ª ed. São Paulo: ABF, 1994.

²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo, *Contratos em espécie*. 3.ed.: Atlas 2003, São Paulo. Coleção Direito Civil; v. 3. p. 593.

²⁹ ABRÃO, Nelson. Op. cit. p. 25

2ª grande guerra. A nova técnica comercial enquadrava-se perfeitamente, ao perfil de um país em reconstrução.

Na verdade, como evolução do sistema de canais de distribuição para Empresas o *Franchising* nasceu nos EUA por volta de 1860, quando, uma grande indústria de máquinas de costura, a *Singer Sewing Machine*, para expandir seus negócios, com investimento de pouco capital, e aumentar em muito seu faturamento, estabeleceu novos pontos de venda em todo o território americano. Usou para isso o sistema de franqueamento de sua marca, de seus Produtos, de sua publicidade e, principalmente, de sua técnica de venda no varejo, além da transferência de todo seu *Know-how*. O sucesso da *Singer* no século passado levou outras grandes Empresas a tentarem a nova modalidade contratual, como a General Motors, em 1898, e a Coca-Cola, em 1899³⁰.

Jorge Lobo³¹, também entende que o surgimento da Franquia deveu-se à *Singer Sewing Machine Company*, quando passou a outorgar a terceiros comerciantes independentes, a comercialização de produtos *Singer* em lojas que eram implantadas por sua conta e risco, mas de acordo com padrões pré-estabelecidos pela própria *Singer*.

De acordo com Paulo C. Mauro³², a *Singer* tinha dificuldades de divulgar seu produto, uma novidade na época, e necessitava educar a população para usá-lo, além de fornecer a manutenção das máquinas.

Por meio de distribuidores exclusivos, a Empresa

³⁰ ANDRADE. Op.cit. p.14.

³¹ LOBO, Jorge. *Contrato de Franchising*. R.J. Forense. 1997, p. 23.

³² MAURO. Paulo C. Op.cit. p. 73.

conseguiu seu objetivo. O mesmo autor, afirma, que existe um caso conhecido anterior a esse, de uma companhia de colheitadeiras, a *McCormick Harvesting Machine Company*, que também usou uma rede exclusiva de distribuição com a sua marca.

No entanto, foi a *McDonald's Corporation* quem difundiu esse sistema pelo mundo a partir de 1955, inclusive no Brasil, juntamente com a rede *Bob's*.

O setor de restaurantes é hoje o mais importante do sistema de Franquias. Aproximadamente 38% de todos os empregos em *Franchising* estão nesse ramo, em que cerca de 40% de todas as refeições fora de casa são feitas em redes franqueadas, segundo Paulo C. Mauro³³.

As operações de Franquias, contudo, nem sempre obtiveram o sucesso pretendido, segundo Donald Hackett, pesquisado por Maria Terezinha Manso Maciel, nos Estados Unidos o sistema de Franquias passou por cinco fases: primitiva, de emergência, de plena aceitação, de decadência e de reaparecimento.³⁴

A fase inicial ou primitiva teria durado de 1865 a 1919, quando fabricantes ingleses e alemães de cerveja introduziram uma forma própria de distribuição com a instalação de tavernas e com a posterior iniciativa da *Singer* e *Coca-Cola*.

O segundo período durou de 1920 a 1949, com a fase de emergência, implantando-se paralelamente ao sistema de produção em

³³ MAURO, Paulo C. Op.cit. p. 78.

³⁴ MACIEL, Maria Terezinha Manso *dissertação de mestrado* – PUC/SP. 2004. apud DONALD B. HACKETT. in *"Franchising: the state of the art"* p. 67

massa ou em grande escala, no momento em que a Revolução Industrial fazia chegar aos Estados Unidos, propiciando o avanço da tecnologia e o melhoramento dos transportes e das comunicações. Tal forma de produção exigiu, também, novos métodos de distribuição, novas técnicas de vendas, enfim, modernas formas de comercialização de Produtos, destacando-se os fabricantes de automóveis e os fabricantes de refrigerantes, pioneiros no método de distribuição .

Numa terceira fase, que durou de 1950 a 1964, logo após a 2ª Grande Guerra, o novo impulso de industrialização estadunidense mobilizou o público consumidor e a confiança nos Serviços da área econômica. Tal expansão deveu-se, em especial, a dois distintos fatores relacionados com a industrialização americana: a mobilização do público e a confiança nos Serviços da área econômica.

Essa tendência proporcionou estreitas relações entre produtores e varejistas, resultando, daí, novas categorias de operações em Franquia, que passaram a ser adotadas, não só por restaurantes (refeições rápidas) e lanchonetes, mas, igualmente, nas áreas de lazer, serviços de limpeza, motéis e até escolas.

Num quarto período, entre 1965 e 1979, denominado fase de declínio, o sistema de Franquia foi fortemente atingido por irregularidades praticadas por algumas companhias, que macularam todo o sistema e o levaram a descrença. Essas irregularidades resultaram em conflitos que, até certo ponto positivaram a evolução do sistema, vez que resultou em novas apreciações legais a respeito do tema levando a novas decisões e regulamentações sobre a matéria. A indústria alimentícia foi a

mais atingida

Mas um novo período veio a partir de 1979, quinto período, ressurgindo a Franquia com o apoio governamental dos Estados Unidos, que a partir de 1979 criou a *Federal Trade Commission* (F.T.C.). Nesta época, em 21/10/1979 foi editada a lei chamada “*Full Disclosure Act*”, a qual impôs ao Franqueador obrigações de comunicar diversas informações aos candidatos a Franqueados. No mesmo sentido em 31/12/1989 a França criou uma Lei inspirada na Lei americana na qual, também se previa a obrigatoriedade do fornecimento de certas informações por parte dos Franqueadores aos Franqueados.

Com relação à Franquia Empresarial européia, é oportuno mencionar a França, posto que neste País, este sistema tem como um dos principais representantes a rede *Carrefour de Supermercados*, além de outras cadeias, tais quais a *Clarins* (Instituto de Beleza), a *Korrigan* (vestuário), *Lévitan* (móveis), *Pré Natal* (artigos infantis), *Novotel* (hotelaria), *Yoplait* (laticínios).

Embora a França possua um forte poder comercial em todo o mundo, os comerciantes daquele País questionam com freqüência sua atividade e juntamente com o governo vêm lutando constantemente pela melhoria do sistema de Franquia Empresarial.

Sem embargo, “A França, hoje, vende mais marcas que produtos”³⁵. Bom exemplo disso é a marca *Yves Saint Laurent* (YSL), que veio ao Brasil na época em que as importações eram permitidas, mas que

³⁵ MODESTO CARVALHOSA. *O Contrato de Franchising*: Fundação Dom Cabral. Anais. Belo Horizonte. 1978. p. 220.

devido às restrições da política de substituição de importações caiu em franco declínio, assumindo como forma de sobrevivência o sistema de Franquias.

A Empresa *Yves Saint Laurent* interrompeu suas atividades no Brasil em 1976, para logo após inaugurar a YSL do Brasil, utilizando o sistema de Franquia Empresarial e concedendo todos os direitos da YSL França, quais sejam: a utilização da marca e os direitos do autor (desenhos e modelos artísticos), e inclusive autorização para contratar sub-licenciados).

No Brasil o pioneiro do “Franchising” foi o fabricante de calçados Stella³⁶, que em 1910 lançou mão de um sistema com muitos pontos de contato com a Franquia dos dias de hoje. O proprietário do negócio, Arthur de Almeida Sampaio selecionou representantes comerciais capazes de investir eles próprios em pontos de venda, instalando a placa padronizada “Calçados Stella”.

Luiz Felizardo Barroso³⁷ noticia que:

“À época seu sistema de distribuição já apresentava alguns pressupostos da franquia contemporânea: *escolha correta dos franqueados; descentralização administrativa e financeira, e trabalho debaixo de uma mesma marca*, a iniciativa do primeiro brasileiro em franchising foi um sucesso, pois tudo era feito oralmente e dentro de um espírito de parceria que caracteriza a franquia moderna”.

Ensina o autor que, posteriormente, os Manuais da

³⁶ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & Direito*: Lumen Júris. 2ª ed. Rio de Janeiro. 2002. p. 20..

³⁷ Op.cit. p. 21.

Franquia das Lojas Ducal foram pioneiros no Sistema de Franquias formatadas. Nessa mesma época, surgiram as Franquias Yázigi, O Boticário e Água de Cheiro. Em julho de 1987 constituiu-se em São Paulo a Associação Brasileira de Franchising (ABF), tendo como sócios fundadores a Ellus, O Boticário, Yázigi, Lojas Arapuã e D. Paschoal.

Hoje a Franquia designa, em sentido estrito, a permissão concedida por um empresário a terceiro para que este fabrique, comercialize seus Produtos ou explore seus Serviços, como se verá adiante mais detalhadamente.

No Brasil, já existe, inclusive, Município incentivando a implantação de Franquias, como o Município de Santana de Parnaíba, que está inovando em matéria de incentivos fiscais com a Lei Complementar 12, de 29 de dezembro de 1997. Segundo o sítio eletrônico Consultor Jurídico:

“A norma foi regulamentada em junho deste ano e possibilita que empresas com sede naquele município direcionem 50% do valor a recolher do ISS para a abertura de novas unidades de franquias em qualquer município do país. ‘É a primeira lei de incentivo fiscal no país direcionada ao fomento da atividade do franchising’, afirma o consultor jurídico da prefeitura da cidade e idealizador da lei, Flávio Menezes. O principal objetivo da lei é o desenvolvimento do setor de franchising - considerado o setor da livre iniciativa de menor risco. A administração espera, a curto prazo, uma queda na arrecadação, mas, em contrapartida, vê a possibilidade de um aumento substancial de empresas na cidade, em especial, as prestadoras de serviços. Isso traria um aumento na arrecadação de impostos e taxas, além de propiciar maiores ofertas de empregos”³⁸.

Conforme se observa, várias são as opiniões a respeito

³⁸ Revista Consultor Jurídico, 18 de setembro de 1998.

do momento histórico de surgimento da Franquia. Porém, quase que a unanimidade dos estudiosos, alberga a idéia de surgimento nos EUA, por volta de 1950.

1.4 CONCEITO

Conforme Maria Terezinha Manso Maciel³⁹ e como já antes citado, o termo *Franchising* deriva do inglês *Franchise*, originário do francês medieval de igual grafia; cujo significado era a concessão de um privilégio ou de uma autorização exclusiva. Hoje, designa, em sentido estrito, a permissão concedida por um empresário a terceiro, para que este fabrique, comercialize seus Produtos ou explore seus Serviços.

O professor gaúcho Luiz Edmundo Appel Bojunga⁴⁰, em seu artigo para a Revista dos Tribunais, entende que certos conceitos de Franquia Empresarial encontrados na doutrina pátria, não retratam com exatidão o sistema. Entende ele que não se pode condicionar o conceito traçando regras que em grande parte dos casos parece não existir.

Cita o autor em seu artigo a conceituação da Franquia Empresarial pela *Internacional Franchise Association* (IFA) com sede em Chicago, em que o Contrato é um contínuo relacionamento entre Franqueadores e Franqueados, no qual o total dos conhecimentos do Franqueador, imagem, sucesso, técnicas de manufatura e marketing são fornecidas ao Franqueado mediante retribuição⁴¹.

³⁹ Op. cit. p. 20.

⁴⁰ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza Jurídica do Contrato de "Franchising"*, Revista dos Tribunais, v.79, n. 653/55, mar.1990.

⁴¹ No mesmo sentido a Associação Italiana de Franchise e a Comissão Belga de Distribuição. A Agência Escocesa de Desenvolvimento enfatiza o caráter independente da cadeia de afiliados.

A Associação Portuguesa de Franchise⁴² define o instituto com sendo:

Um método de distribuição de produtos ou serviços em que pelo menos dois níveis de pessoas estão envolvidos no sistema de franchise: (1) o franchisador que empresta a sua marca e modelo de negócio; e (2) o francheado, que mediante o pagamento de royalties mensais (e por vezes também uma taxa de “direito de entrada”) ganha o direito a realizar negócios sob o nome e sistema do Franchisador. Tecnicamente, o contrato que liga ambas as partes é denominado de “franchise”, embora este termo seja muitas vezes usado para definir o negócio em que o franchisador opera.

No dizer de Fran Martins

Consiste a franquia ou franchising na concessão de uma determinada pessoa, que se constitui em empresa, de marcas de produtos, devidamente registradas, já conhecidas do público e aceites por sua qualidade, seu preço etc.

É o contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligados por vínculo de subordinação.⁴³

A Federação Europeia de Franchising elaborou o Código de Deontologia Europeu⁴⁴, que entrou em vigor em 1º de janeiro de

⁴² <http://www.apfranchise.org/faqs.shtml>. 20.11.2004.

⁴³ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*: Forense. 14ª ed. Rio de Janeiro. 2003. p.485

⁴⁴ O Código de Deontologia Europeu, elaborado para ser um Código de bons costumes e de boa conduta para os praticantes do Franchising na Europa é o resultado da experiência e trabalho realizado pela Federação Europeia de Franchising (EFF) e dos seus membros (Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Reino Unido, Itália, Holanda, Portugal e República Federal da Alemanha) em conjugação com a Comissão das Comunidades Europeias. Este Código em antecipação ao Mercado Único substituiu o anterior Código de Deontologia Europeu, bem como todos os Códigos de Deontologia nacionais e regionais existentes na Europa. Os países que aderiram a EFF, comprometeram-se a não modificá-lo e nem alterá-lo de nenhuma forma. Reconhecem, todavia,

1991 e que deu a seguinte definição para o *Franchising*:

O *Franchising* é um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços e/ou tecnologias, baseado numa estreita e contínua colaboração entre empresas jurídicas e financeiramente distintas e independentes, o Franchisador e os seus franchisados, através do qual o Franchisador concede aos seus franchisados o direito, e impõe a obrigação, de explorar uma empresa de acordo com o seu conceito.

Para a pesquisadora argentina Mercedes Nimo⁴⁵

El “franchising” es una forma de alianza estratégica para distribuir o comercializar productos o servicios com el objetivo de mejorar su competitividad. La empresa franquiciante, poseedora de una marca com um determinado “know how” que la identifica, cede a terceros tenedores de capital – los franquiciados -, el derecho exclusivo de distribución em determinado local o área geográfica por um período establecido y siguiendo sus patrones de operación.

Jean Guyenot⁴⁶, a respeito do tema, ensina que “Franquia é uma concessão de Marca de Produto ou de Serviço à qual se agrega uma concessão de conjunto de métodos e meios de venda”.

Roberto Baldi⁴⁷, ao comentar o regulamento n. 4.087, de 30/11/88 ensina que a Comissão da CEE definiu o *Franchising* nos seguintes termos:

os europeus, que determinadas legislações nacionais impõem cláusulas específicas, porém, estas não poderão estar em contradição com o Código Europeu e ser-lhe-ão anexadas. Não sendo necessária nenhuma autorização da EFF para a elaboração dessas cláusulas.

⁴⁵ NIMO, Mercedes, *Revista Alimentos Argentinos*, nº 9, p. 4.

⁴⁶ GUYENOT, Jean, *Que és el Franchising*, EJE, 1977, p. 2.

⁴⁷ BALDI, Roberto. *Il contratto di agenzia – La concessione di vendita – Il franchising*. 5 ed. Milano: A. Giuffrè Editore, 1992. p. 122-123.

Art. 3º a) Per franchising si intende um insieme di diritti de proprietá industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni comerciais, insegne, modelli de utilitá, disegni, direitos d'autore, know how o brevetti da utilizar para revenda de bens ou para a prestação de serviços ad utilizadores finais. b) per acordo de franchising si entende um acordo com o qual um'empresa, l'affiliante, concede ad un'altra, l'affiliato, o direito de sfruttare um franchising allo scopo de commercializzare determinati tipi de bens e/o de serviços.

A Associação Brasileira de Franchising⁴⁸ define como sendo o *Franchising*:

um sistema de comercialização de produtos ou serviços e /ou tecnologias, baseado em estreita e contínua colaboração entre empresas jurídica e financeiramente distintas e independentes, através da qual o Franqueador concede o direito e impõe a obrigação aos seus franqueados de explorarem uma empresa de acordo com o seu conceito.

A própria Lei nº 8.955, de 15 de Dezembro de 1994, a define em seu artigo segundo.

Lei 8955/94. Art. 2º. Franquia empresarial é 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 negócios ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

O próprio legislador brasileiro, elaborou o conceito de forma a dar uma conotação de amplitude sobre o contrato de franquias⁴⁹.

⁴⁸ *Código de Auto Regulamentação do Franchising*: Associação Brasileira De Franchising: São Paulo.

⁴⁹ Contudo, sob a luz de uma análise perfunctória, depreende-se que o direito de uso que o franqueado adquire sobre determinada marca, produto ou patente está intimamente ligado à distribuição exclusiva ou semi-exclusiva desses produtos ou serviços.

CAPÍTULO 2

CLASSIFICAÇÃO E TIPOLOGIA DA FRANQUIA EMPRESARIAL

2.1 CLASSIFICAÇÃO DA FRANQUIA

Vários são os critérios de classificação das Franquias atualmente existentes.

Luiz Felizardo Barroso⁵⁰ classifica as Franquias pelo tipo de participação, que são as Franquias de Distribuição de Produtos ou de Prestação de Serviços (revenda de veículos ou combustíveis).

Com relação ao *Business Format Franchise*, enumera-as como Franquias de Serviços (limpeza, conserto, preparação de alimentos) prestados a pessoas físicas e jurídicas; Franquias de Varejo e de Indústria (*fast-food*, confecções, hotéis). Classifica, ainda, as Franquias no que pertine à utilização do ponto comercial, que são as chamadas

Destarte, tal análise, de acordo com o artigo pode acarretar uma errônea interpretação de que a distribuição exclusiva implicaria em apenas um franqueado de determinada marca, produto ou serviço em uma determinada área ou território.

No entanto, com a cautela que deve guardar a sistemática do pesquisador, surge a questão de ser ou não semi-exclusividade uma ficção jurídica, posto que o termo implicaria em dúvida quanto a sua real definição, uma vez que semi-exclusivo, pode ser entendido como meio exclusivo, mais ou menos exclusivo, exclusivo quase que por completo ou quase exclusivo.

De outra sorte, AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA – Novo Dicionário da Língua Portuguesa. 2ª ed. p. 1.566) define o vocábulo *semi*, como sendo: *metade, meio*.

Assim sendo, tal denominação pode gerar uma gama enorme de interpretações distintas, traduzidas em uma insegurança contratual, podendo o franqueado ser induzido a erro, especialmente em se tratando de um contrato de adesão.

Por outro vértice, usufruindo o que de positivo a lei trouxe, contemporaneamente entende-se a franquia empresarial como um sistema de desenvolvimento e expansão mercadológica de uma marca. Trata-se de uma forma organizada e formatada de as empresas ganharem visibilidade no mercado por meio da implantação de unidades em parceria com outros empresários.

⁵⁰ Op.cit. p. 32.

Franquias Individuais ou Isoladas. Entende também, que, dependendo do grau de sofisticação de sua estrutura assistencial, de acordo com a natureza dos serviços prestados pelo franqueador à sua rede, as Franquias podem ser de primeira à quinta Geração, no mesmo sentido é o entendimento de Paulo C. Mauro⁵¹.

Em função do processo de expansão da rede, as Franquias podem ser Unitárias, Múltiplas, *Masters*, de Desenvolvimento de Área, ou de mera Representação. No que se refere ao pagamento recebido pelo Franqueador de sua rede de Franqueados, as Franquias podem ser de Distribuição, Puras ou Mistas⁵².

Para Paulo C. Mauro⁵³, que por sua vez, ao que parece, comunga com o pensamento de Luiz Felizardo Barroso e de Martin Mendelsohn⁵⁴ (que estabelece uma classificação onde encontram-se três Gerações de Franquias), as principais são as que se centram na segmentação de acordo com a natureza dos Serviços prestados pelo Franqueador à rede Franqueada, esta é, segundo o autor, considerada a classificação mais importante, representando uma evolução no sistema de Franquia Empresarial.

Independentemente da opinião deste autor, mais adiante trataremos das Franquias segundo sua tipologia.

De acordo com Paulo C. Mauro⁵⁵, as Franquias são

⁵¹ MAURO, Paulo C. *Guia do Franqueador*, ed. Nobel, 3ª ed. , São Paulo, págs 98, 99, 100, 101.

⁵² Do mesmo autor, Luiz Felizardo Barroso. www.felizardo.com.br. O GLOBO Caderno Boa Chance 20/10/96.

⁵³ Op. cit. p. 98.

⁵⁴ MENDELSON, Martin. *A essência do franchising*. 5ª ed. São Paulo: ABF, 1994.

⁵⁵ Op.cit.p.98

classificadas de acordo com o nível de integração do Franqueador com a sua rede. A tendência é que essa integração seja crescente.

Assim sendo, os sistemas de Franquias são classificadas por “Gerações”, ou seja, da primeira à quinta Geração, não olvidando que Martin Mendelsohn as classifica em apenas três Gerações.

As Franquias de Primeira Geração são aquelas onde o Franqueador presta o mínimo suporte comercial ao Franqueado, dando sua atenção quase que exclusivamente ao desenvolvimento do produto ou serviço. Normalmente não existe um Contrato específico de Franquia e tampouco a Circular de Oferta de Franquia. É, portanto, um Contrato de risco especialmente para o Franqueador, em razão de que problemas gerados na rede, certamente refletirão no seu negócio e conseqüentemente nos seus resultados.

Este sistema denomina-se Franquia, sem contudo ter lastro para tanto, haja vista que outros sistemas de distribuição poderiam substituí-lo com maior proficiência.

Os ensinamentos de Paulo C. Mauro, nos dão conta que a Franquia de Segunda Geração é aquela em que o Franqueador presta poucos serviços à rede franqueada, mas procura transferir alguma tecnologia de implantação e operação das unidades franqueadas. Está mais concentrado na Distribuição de Produtos, em que a própria força do Produto e de sua Marca são os fatores críticos de compra por parte do consumidor.

Neste sistema existe pouca interferência do

Franqueador na unidade franqueada em razão daquele não possuir estrutura para acompanhar o Franqueado. Assim o seu grau de liberdade é maior, bem como o seu risco.

A maioria dos Franqueadores de Segunda Geração não possui Contrato de Franquia nem manuais de formatação do sistema e de orientação do Franqueado, o que contraria a Lei de Franquias.

A Franquia de Terceira Geração deverá ser a fórmula preponderante dentre os diversos tipos de Franquia existentes, ensina PAULO C. MAURO⁵⁶. Ela é mais eficiente e nela o Franqueador presta ao Franqueado pelo menos os seguintes Serviços:

- _ Treinamento pré – operacional
- _ Assessoria na escolha do ponto comercial
- _ Supervisão, suporte e controle das unidades

Nela o Franqueador possui seu negócio formatado (daí a denominação *Business Format Franchise* dos americanos) com manuais desenvolvidos para os Franqueados. O Franqueador de Terceira Geração exige a assinatura do Contrato de Franquia e normalmente possui uma estrutura interna própria para administrar a rede.

A partir da Terceira Geração as Franquias passam a se diferenciar pela maior qualidade do sistema desenvolvido e da Prestação do Serviço à rede. Segundo Paulo C. Mauro, o Franqueador deve prestar os seguintes Serviços adicionais à rede, em relação à Franquia de Terceira

⁵⁶ Op. cit. p. 101.

Geração:

Reciclagem do treinamento inicial pelo menos uma vez por ano

Reuniões regionais e anuais dos franqueados, com relatórios de avaliação individual

Canal de comunicação aberto com a rede para sugestões e reclamações

Jornal interno e telefone gratuito (0800) para comunicação com a rede

Captação de pontos comerciais para os franqueados

São Serviços muito difíceis de serem aplicados na prática, e exigem muito investimento do Franqueador, devendo ser o resultado de um plano anterior estratégico de marketing.

Já, para ser considerada uma Franquia de Quinta Geração, segundo o autor antes citado⁵⁷, o Franqueador deve prestar os seguintes Serviços adicionais à rede, em relação às Franquias de Terceira e Quarta Gerações:

Desenvolver Conselho de Administração de Franqueados com poder de influência nas decisões da empresa

Criar cargo de ombudsman⁵⁸ interno que procure alertar o franqueador quanto a seus desvios de conduta

Desenvolver interna ou externamente condições de financiamento da inversão inicial ou expansão do franqueado

Criar sistema de recompra ou revenda unidades problema

⁵⁷ MAURO, Paulo C. op. cit

⁵⁸ Ouvidor

Como característica básica das Franquias de Quarta e Quinta gerações, o Franqueador deverá deter um número determinado de unidades próprias para nunca perder o contato com o mercado.

Contudo, se observarmos o conteúdo da Lei 8955/94, que ao regular o Contrato de Franquia Empresarial, define o instituto em seu artigo segundo, legislando especificamente sobre o gênero de Franquia designado nos EUA por “*Franchising de Negócio Uniforme Formatado*” (*Uniform Business Format Franchising*), poder-se-ia afirmar que a classificação acima perdeu seu objeto que era o de abranger como Franquia, as variadas formas existentes⁵⁹, neste artigo, o legislador impôs requisitos técnicos para a Franquia permitindo, segundo Silvio Venosa⁶⁰, gradações na cessão de estrutura feita pelo cedente ao concessionário, incluindo-se tanto a Franquia simples, como a Franquia dita formatada.

O *Uniform Business Format Franchising*, conforme Simão Filho⁶¹ é “a consequência da própria evolução do instituto, no qual há uma relação estreita e completa entre Franqueador e Franqueado cumpridores de uma série de regras impostas pela formatação do pacote de Franchise”.

Destarte, a estipulação de regras rígidas pelo Franqueador, favorece todo o sistema, que passa a trabalhar de forma homogênea, beneficiando também a clientela consumidora.

⁵⁹ EPPINGER, Elis Regina Takada - *Dissertação de mestrado* – PUC/SP. 1996, p. 33.

⁶⁰ Op. cit. p. 595

⁶¹ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*, Atlas, 3ª ed. São Paulo : Atlas, 1998, p.45.

2.2 O BUSINESS FORMAT FRANCHISE

A formatação da Franquia é que possibilita o negócio ser bem sucedido e o sistema pode ser cedido em caráter oneroso ou gratuito ao Franqueado para que opere a Franquia que lhe for cedida.

Simão Filho⁶² cita frase de Philip Zeidnan, no primeiro Seminário Internacional de *Franchising*, realizado em São Paulo, quando afirmou: "portanto a causa do crescimento acentuado do Franchising está no seu, assim chamado, Formato Empresarial Uniforme". A afirmativa não é sem propósito, porque no *Business Format Franchising* é concedido ao Franqueado toda a competência e estrutura do negócio. A formatação significa o desenvolvimento de um negócio, cujo modelo formatado é transferido aos Franqueados, os quais deverão seguir uma série de regras. Concede-se o uso da marca registrada, nome comercial, logotipo, planos de comercialização, assistência técnica etc.

O pagamento feito ao Franqueado é realizado, via de regra, com uma Taxa Inicial e pagamento periódico de *Royalties*.

Afirma Silvio Venosa⁶³, que nessa modalidade, o controle exercido pelo Franqueador é rígido, não permitindo autonomia ao Franqueado, que deve submeter-se à estrutura previamente estabelecida. Tal não ocorre na chamada Franquia tradicional somente de Marca ou de Produto, quando o Franqueado tem maior autonomia, inclusive no tocante ao treinamento de seus empregados e aparência do estabelecimento comercial. No *Business Format*, o Franqueador presta assistência total e

⁶² Op.cit. rodapé, p. 43.

⁶³ Op. cit. p. 594.

permanente ao Franqueado.

Segundo Ana Cláudia Redecker⁶⁴

O *bussiness format franchise* é uma modalidade de franquia múltipla, eis que nela o franqueador cede ao franqueado técnicas comerciais, industriais ou métodos de serviços, expostos em 'manuais de operações', a marca e o logotipo, o know how, assessoria técnica e de treinamento contínuo (jurídica, fiscal, tributária, financeira, de engenharia, pesquisa de localização de ponto-de-venda, marketing, informática), além de prestar serviços de supervisão nas operações de comercialização e de administração geral do franqueado.

É o caso dos franqueadores como McDonald's, Yázigi, Datelli e farmácias Drobél.

Portanto, é claro que, a principal característica do sistema de *Franchising* é a formatação, que mantém padrões idênticos em todas as unidades da rede. A intenção da padronização é fazer com que o público reconheça a Marca por seus procedimentos, Produtos e Serviços, seja qual for a região em que ela estiver instalada. Além disso, a formatação permite, por exemplo, que o cliente final encontre o mesmo atendimento e o mesmo sabor num sanduíche servido por uma lanchonete de uma rede em São Paulo ou em Manaus⁶⁵.

Todo negócio depois de formatado e marca consolidada tem um preço.

O preço inicial de uma Franquia é calculado de maneira a compensar o investimento feito pelo Franqueador para correta formatação

⁶⁴ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, apud Silvio de Salvo Venosa, op. Cit. p.594

⁶⁵ <http://empresas.globo.com/Empresasenegocios/>. Acesso em 20/10/2004.

da sua Franquia (preparação do negócio para expansão através do *Franchising*). Além disso, deve cobrir os custos com a divulgação de seu sistema, Empresa e Marca, da escolha mais adequada das pessoas e de alguns de seus futuros funcionários e de assistência inicial para abertura e operação das novas unidades de negócio. Fora esses custos, são levados em consideração o valor do negócio em si e do território ou mercado a ser trabalhado⁶⁶.

O potencial Franqueado deve estar ciente também que o preço inicial pago por uma Franquia normalmente não inclui outros custos significativos para implantação de uma unidade de Franquia, tais como custo do ponto comercial, reformas e adaptações do local, móveis e utensílios para montagem da loja, equipamentos de informática e estoque inicial. Esses custos são variáveis em relação ao tipo de negócio, local e Franquia, e freqüentemente suplantam, em muito o valor pago pela Franquia.

2.3 BUSINESS FORMAT FRANCHISING E O FRANCHISING TRADICIONAL (DISTINÇÃO).

O que distingue um sistema do outro, na essência, segundo Marcelo Cherto⁶⁷ é que no primeiro, a relação entre Franqueador e Franqueado se dá, basicamente, da seguinte forma: o fabricante ou distribuidor, titular da marca, vende seus produtos ao comerciante (revendedor autorizado), o qual simplesmente o revende por um preço mais

⁶⁶ <http://conjur.uol.com.br/textos>, Melitha Prado Novoa. Relações Mercantis. Acesso em 21/10/2004.

⁶⁷ Op.cit.p. 5.

alto. O titular da marca quase sempre autoriza o revendedor a fazer uso desta e pode até mesmo providenciar algum treinamento e algum esquema de publicidade que auxiliem o revendedor a vender mais. Não exige porém, que o revendedor siga um esquema rígido de atuação na operação do seu próprio negócio: um *Business Format*.

Já nas operações formatadas, o Franqueador ensina o Franqueado a operar o negócio (técnicas, métodos comerciais etc), fazendo com que o Franqueado desempenhe suas atividades sempre de acordo com as normas e instruções e sob a supervisão do Franqueador. Neste sistema, como já antes dito, o que se verifica é um controle mais rígido do Franqueador, de forma que seja mais constante e intenso que o *Franchising* tradicional. Marcelo Cherto⁶⁸ afirma, ainda, que nesta espécie o Franqueador cede aos Franqueados muito mais que o mero direito à comercialização de produtos. Franqueia, acima de tudo, o acesso desses Franqueados aos segredos, ao *Know-how* e aos serviços necessários à estruturação e condução de sua própria Empresa.

2.4 TIPOS DE FRANQUIAS.

Conforme Maria Terezinha M. Maciel⁶⁹, a Franquia aplica-se a uma infinidade de setores da economia.

Uma atividade é franquiável quando é possível reproduzir, de forma idêntica, suas unidades de produção, distribuição ou exploração (aspecto exterior e estrutura interna), além das atividades que

⁶⁸ Op. cit. p. 6.

⁶⁹ Op. cit.p. 23.

lhes correspondem.

Para Simão Filho⁷⁰, o *Franchising*, como instituto em evolução, no decorrer dos anos desde o início de sua utilização, já possibilita a detecção da existência de vários tipos e formas dentro do mesmo gênero, utilizados pelos interessados em consonância com a realidade do negócio que empreendem.

O *Franchising* pode adquirir em função única da vontade dos participantes do negócio e legislação do país os seguintes tipos: *Franchise* de Serviço, de Distribuição, de Produção e de Indústria.

Da mesma forma entende Carlos Roberto Gonçalves⁷¹, citando Maria Helena Diniz, quando diz que a Franquia pode apresentar-se sob três modalidades distintas:

Franquia Industrial ou *lifreding* (General Motors, Coca Cola, p.ex)

Franquia de Comércio ou de Distribuição (Lojas Benetton e O Boticário, p.ex).

Franquia de Serviços (Yasigi, Hotéis Hilton, McDonald's, Pizza Hut etc.).

Para Marco Tupponi e Enrico Ghirotti⁷², o contrato de *Franchise* pode ser subdividido em apenas três tipos: *Franchising* de Distribuição, de Produção e de Serviços e estes por sua vez podem subdividir-se em outros tantos.

⁷⁰ Op.cit. p. 45.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto, apud Maria Helena Diniz. *Direito Civil Brasileiro, vol. III*. Saraiva. SP. 2004, p. 665.

⁷² TUPPONI, Marco. GHIROTTI, Enrico. *I contratti di distribuzione commerciale*: Maggioli Editore. Rimini. Itália. 2000. p. 129.

Il franchising s'inserisce economicamente in ogni settore del mercato modificando così i rapporti fra gli operatori dei canali in cui si introduce.

Sono state indicate tre tipologie di franchising che possono essere a loro volta suddivise in sottotipologie.

Simão Filho⁷³, afirma que dentro dos tipos básicos (*Franchise* de Serviços, de Produção, de Distribuição e de Indústria) a Franquia pode adquirir ou ser subdividida adquirindo formas específicas, a exemplo do *Franchise* Misto, *Franchise* Master, *Franchise* Corner, *Franchise* Associativo, *Franchise* Financeiro, *Multifranchise*, *Franchise* Multimarcas, *Franchise* de Nova Instalação, *Franchise* de Reconversão, *Franchise* de Desenvolvimento de Área (*area development franchise*) e *Franchise* Itinerante.

Das formas acima, nos deteremos apenas e rapidamente, nos chamados *Franchise* Master ou *Master Franchise*, *Franchise* Córner (*Franchise* de canto) e no *Franchise* de Desenvolvimento de Área, em razão do objeto da dissertação.

2.4.1 A Franquia de distribuição de produtos

Esta Franquia tem por objetivo criar um canal exclusivo para Distribuição de Produtos.

A Franquia de Distribuição deu origem ao *Franchising*

⁷³ No mesmo sentido vários autores, entre eles Mauro, Cretella Neto, Cherto, Barroso, Denis Foster.

por meio da distribuição de veículos e combustíveis.

Alerta Paulo C. Mauro⁷⁴, que é mais fácil entender o *franchising* como canal de distribuição nesse tipo de Franquia, pois identificam-se claramente o fabricante ou atacadista e seus revendedores exclusivos.

A definição adotada pela *Chambre Nationale Des Conseillers Financiers*⁷⁵ enfatiza o desenvolvimento rápido de uma cadeia de lojas:

É um sistema que permite o desenvolvimento rápido de uma rede de lojas de aspectos idênticos, sob um mesmo símbolo, distribuindo uma gama de produtos similares, com uma política comercial homogênea.

Na maioria dos casos, existe o interesse de um fabricante, que tem no Franchising sua alternativa de canal de distribuição exclusivo e diferenciado. Assim sendo, a Franquia de Distribuição encontra sua aplicação especialmente na comercialização de artigos de grande consumo. Neste caso, geralmente o Franqueador opera diretamente lojas-piloto, necessárias para a implantação mercadológica, passando em uma segunda fase a franquear a Marca, Estrutura e Organização. São exemplos, as redes de lojas Benetton e Boticário⁷⁶.

⁷⁴ Op. cit. p. 93

⁷⁵ CHAMBRE NATIONALE DES CONSEILLERS FINANCIERS. (C.N.C.F.) *Technique et pratique du franchising*. Paris. 1975, apud Maria Terzinha Manso Maciel. P. 24.

⁷⁶ VENOSA, Silvio S. op. cit. p. 597

2.4.2 Franquia industrial

Grandes exemplos deste tipo de Franquia são as Mega Empresas Coca-Cola, Donuts, Yoplait e Pepsi-Cola etc. A Franquia Empresarial é aquela onde o Franqueador compromete-se a auxiliar na construção de unidade industrial para o Franqueado, cedendo o uso da Marca e Tecnologia e exigindo segredo nos processos de fabricação⁷⁷.

O Franqueador, mediante Contrato, ministra ao Franqueado todo o cabedal (tecnologia, *Know-how* e métodos) necessário para que este industrialize o Produto. Por sua vez, o Franqueado compromete-se a produzi-los nos termos exatos constantes do acordo firmado, para posterior comercialização, obedecendo-se à formatação existente⁷⁸

Nessa modalidade os princípios gerais são mais amplos do que a Franquia Comercial ou de Distribuição e nem sempre se submetem aos princípios específicos do Contrato aqui estudado.

2.4.3 A Franquia de serviços

É a Franquia propriamente dita, com bem cita Silvio Venosa⁷⁹, pela qual o Franqueado comercializa os Serviços criados pelo Franqueador, como escolas; hotéis; lanchonetes e restaurantes etc.

⁷⁷ VENOSA, Silvio op. cit. p. 597.

⁷⁸ SIMAO FILHO, Op.cit, apud Luis Cardelús. p.46.

⁷⁹ op.cit. p. 597.

Para Marco Tupponi e Enrico Ghirotti⁸⁰, este tipo de *Franchising* é concernente a todas as atividades econômicas terciárias.

É um elo que se instaura entre uma Empresa Prestadora de Serviços, da restauração ao setor de computação, da intermediação imobiliária à financeira, da atividade hoteleira à locação de veículos.

A característica do *Franchising* de Serviços é a natureza imaterial das trocas entre os empresários. O negócio não envolve bens materiais, mas apenas um serviço. Com este negócio o afiliado pode oferecer ao público um Serviço utilizando a imagem e a insígnia distintiva do Franqueador.

Para os autores citados⁸¹, O *Franchising* de Serviços pode ser dividido em dois subtipos:

o *Franchising* de Serviços do tipo terciário (muito similar ao *Franchising* de produção).

o *Franchising* do tipo atividade hoteleira.

A diferença está, sobretudo, na diversidade do valor econômico investido. No *Franchising* de hotelaria o investimento inicial é notável (por ex. Hilton e Sheraton).

No *Franchising* de serviços do tipo terciário ocorre considerar dois aspectos :

⁸⁰ Op. Cit. p. 132/133.

⁸¹ TUPPONI, GHIROTTI, op.cit. p. 133.

um que se presta para um desenvolvimento concorrencial elevado;

outro em que há necessariamente um desenvolvimento competitivo limitado.

O primeiro representa Empresas muito flexíveis porquanto não demandam um elevado investimento inicial e tudo é baseado na imagem da Empresa e os custos na maioria das vezes são meramente promocionais.

A característica deste negócio é a de haver um retorno rápido sobre o investimento, que significa grande liquidez, podendo o lucro ser reinvestido mais rapidamente..

Casos evidentes são dados pelos institutos de beleza que diversificam suas atividades produzindo artigos para tratamento da pele e do corpo.

O inconveniente típico do *Franchising* terciário é representado pelo fato de ser particularmente exposto à imitação.

Para evitar que isso ocorra é necessário renovar-se continuamente mantendo sempre características diversificadas e diferenciadas dos concorrentes potenciais⁸².

2.4.4 Franquia Master ou *Master Franchise*

⁸² TUPPONI, GHIROTTI. Tradução do original para o português efetuada pelo mestrando. p. 132/133

Esta forma de Franquia tem como objetivo atender uma maior área territorial e é muito utilizada na formação de redes em outros países.

Em geral, a Franquia Master é utilizada quando o Franqueador se expande internacionalmente, pois ela deverá sofrer adaptações mais fortes no país onde se implanta e também deverá seguir a legislação local. Nesse caso, segundo Paulo C. Mauro⁸³, é melhor desenvolver alguém no país que passe a ser o Franqueador naquele território, devendo absorver toda a cultura e capacidade do Franqueador original.

Este tipo de Franquia, se presta, na realidade, para que o Franqueado (Master), atue como uma espécie de “Franqueador” no país hospedeiro, desenvolvendo um sistema de subfranqueamento da Marca, mediante a paga de uma quantia significativa para ter esse direito. O Franqueado Master paga ao Franqueador internacional uma parte das Taxas de Ingresso Inicial da Franquia que vender no território e também uma parcela das Taxas de Remuneração da Franquia que receber. Assevera Paulo C. Mauro⁸⁴ que, estas parcelas não excedem 20% do que o Franqueado Master receber.

A Franquia Master pode também ser usada dentro de um mesmo país, mas cada vez menos as Empresas utilizam esta alternativa. Os riscos de concentração e subfranqueamento não compensam a velocidade obtida no processo e existem alternativas mais interessantes, como a Franquia de Desenvolvimento de Área.

⁸³ Op. cit. p. 104.

⁸⁴ Op. cit. p. 105.

2.4.5 Franchise Córner (Franchise de Canto)

É um tipo muito comum de Franquia, utilizada em *shoppings* ou locais com grande concentração de pessoas como lojas de departamento, é também chamada de Franquia de Mini-unidades⁸⁵, onde o Franqueado monta o negócio ou loja (quiosques), em locais destacados e diferenciados das demais lojas, normalmente é um ponto pequeno, porém com uma formatação homogênea em relação à rede. É uma alternativa para o Franqueado que não tem muitos recursos para investir em uma unidade padrão de Franquia.

2.4.6 Franchise de Desenvolvimento de Área.

Este tipo de Franquia é caracterizado pela possibilidade de o Franqueado abrir unidades próprias, implantando e vendendo-as em seu território. O Franqueado deve assinar um Contrato de Desenvolvimento de Área e Contratos de Franquia individual para cada unidade própria que abrir. Os Contratos de Franquia Individual para as Franquias vendidas no território serão assinados diretamente pelo Franqueador. O Franqueado terá direito a uma remuneração nas Taxas de Franquia individual por ele vendidas, bem como nos *Royalties* recebidos pelo Franqueador.

O Franqueado de Desenvolvimento de Área desenvolve os pontos a serem franqueados e tem por obrigação prover diversos Serviços à sua rede, como treinamento inicial dos Franqueados, inspeção

⁸⁵ LINA FERNANDES, *Do Contrato de Franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 104

das unidades, coordenação da publicidade regional, venda de novas Franquias etc.

Difere da Franquia Master porque nesta o Franqueado é quem instala e explora as Franquias correspondentes à sua área.

CAPÍTULO 3

O CONTRATO DE FRANCHISING

“O Contrato é o esquema da comunicação e da cooperação intersubjetiva e a essência formal de todo o relacionamento humano...

Para se atingir a propriedade e os direitos reais limitados, para se ter acesso aos bens e serviços, recorre-se ao Contrato”.⁸⁶

Contudo, a complexidade dos negócios faz com que o mundo comercial, na medida em que a necessidade aponta, trace linhas próprias para cada espécie ou sistema de comercialização de Produtos. Assim, de uma viga mestra e num sentido amplo, parte-se para as individualidades de cada procedimento negocial.

Até 1994, não existia uma lei que regulasse a relação Franqueador e Franqueado. Contratos eram assinados, como tantos outros Contratos comerciais, ou seja, era o comprometimento do Franqueado em comercializar Produtos ou Serviços do Franqueador que lhe emprestava a marca e o *Know-how*.

⁸⁶ JOSÉ DA COSTA, Dilvanir, *Sistema de Direito Civil a Luz do Novo Código*: Forense, Rio de Janeiro, 2003., p. 91/92.

O Franqueador é o idealizador do Produto, da Marca, do desenvolvimento, da assistência técnica, e ainda fornece ao Franqueado treinamento, material de propaganda, exposição, material de escritório etc. E, é claro, assumiu todos os riscos, para a afirmação no mercado. Pois é certo que não existe *Franshising* de Produto ou Marca desconhecida ou sem sucesso.

Pois bem, o legislador visando regular os Contratos de Franquia, sancionou a lei 8.955, de 15-12-94, que certamente teve como objetivo dar maior transparência à relação Franqueador e Franqueado.

As normas editadas não regulam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas, tão somente, impõem o dever de transparência na relação, ou seja, adotou-se o princípio da transparência, o *disclosure* norte americano⁸⁷, com a obrigação de o Franqueador fazer uma proposta preliminar ao candidato a Franqueado, proposta esta, denominada de Circular de Oferta de Franquia, certamente inspirada na *Full Disclosure Act*, lei editada em 21/10/79 nos EUA⁸⁸.

Apesar de ser objeto de Lei específica, contudo, continuou a ser taxado de Contrato Atípico, vez que o conteúdo da relação jurídica não está definido na norma; sujeitando os contratantes às regras sobre os Contratos em geral, aos direitos e obrigações previstos no

⁸⁷ Segundo BARROSO, *Franchising, Modificações à Lei Vigente. Estratégia e Gestão*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.4. O princípio do *disclosure* significa abertura, ampla, ampla, total e sincera de uma empresa, presente sempre que esta objetive captar poupanças públicas, entendidas estas como o somatório das poupanças de um investidor em particular.

⁸⁸ BESSIS, Philippe. *Lê contrat de franchisage*. Paris: LGDJ, 1992. citado por Elis Regina Takada Eppinger. Op. Cit. p. 13. Em razão de abusos por parte dos franqueadores norte americanos, tal lei foi editada impondo aos mesmos obrigação de comunicar aos candidatos a franqueados diversas informações. No mesmo sentido, em 31/12/89 a França criou uma lei inspirada na lei americana na qual, também se previa a obrigatoriedade de certas informações por parte do franqueador.

Contrato que celebrarem e a normas sobre Contratos Nominados, aplicados analogicamente com relação a matérias em que estiverem presentes elementos causais do Contratos Típicos, dado a sua proximidade com Contratos de Distribuição, de Concessão de Vendas, de Licença de Uso de Marca, *Know how* e outros.

Assim sendo, o *Franchising* é um Contrato complexo que abrange diversas figuras jurídicas, porém, deve ser norteado, primeiramente, pelas normas básicas dos Contratos em geral, posto que pressupõe um acordo bilateral de vontades, e que no intuito de realizarem um negócio jurídico estabelecem regras entre si.

Muitos autores encontram no *Franchising*, características típicas de outros Contratos afins, é o que ocorre por exemplo com José Cretella Neto⁸⁹, para quem a característica fundamental do *Franchising* “é a cessão dos métodos de *marketing* (tais como a publicidade, a propaganda, a promoção, e o *merchandising* em torno de uma Marca própria e de organização do Franqueador para o Franqueado, de acordo com a experiência do primeiro (*Know how*), que exercerá grande controle e influência sobre as operações do segundo”.

De outra sorte, o mesmo autor, manejando o pensamento de Wolfgang EPP⁹⁰, assevera que existe, ainda, uma série de outros aspectos importantes que caracterizam e determinam a estrutura típica do Contrato: “a) utilização de direitos protegidos, de uso no comércio, tais como marca, nome, sinais distintivos, decoração, e também, quando for

⁸⁹ Op. cit. pp. 43-44.

⁹⁰ *Franchisig und kartellrecht*. Köln, Carl Heymanns Verlag, 1994, pp. 16 a 19. Apud José Cretella Neto. De conformidade com a nota de rodapé inserida pelo autor.

o caso, de patentes e direitos sobre amostras; b) assistência técnica e operacional; c) emprego de sistemas internos padronizados de controle financeiro e contábil; d) instruções e controle rígido da operação; e) compensação financeira, na forma de *Royalties* ou taxas; f) obrigação de cumprimento de metas de desempenho; e g) duração típica do Contrato de dois a dez anos, sendo, no Brasil, em média, de cinco anos”⁹¹.

Por outra via, os Contratos de Franquia, sem a necessidade de atenta leitura, indiscutivelmente são de Adesão, com cláusulas adredemente preparadas pela Franqueadora, sem a participação dos Franqueados. É também um negócio jurídico e como tal deve obedecer a certos requisitos legais tais como aqueles previstos no art. 104 do Código Civil Brasileiro, sob pena de ser declarado nulo (art. 166 do mesmo Codex)⁹².

Não bastasse isso, deve também nortear o Contrato, os princípios fundamentais que o regem, quais sejam: autonomia da vontade, consensualismo, obrigatoriedade da convenção, relatividade dos efeitos dos Contratos e especialmente o princípio da boa fé e da função social do Contrato.

3.1. NATUREZA JURÍDICA DA FRANQUIA EMPRESARIAL

⁹¹ Cretella Neto, informa que nos EUA, a duração do contrato com a *McDonald's Corporation* costuma ser de 20 anos (segundo Robert E. BOND, *The Source Book of Franchise Opportunities*. Illinois, Dow Jones-Irving, 1985, p. 349).

⁹² Art. 104 do CC. A validade do negócio jurídico requer: I- agente capaz; II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita e não defesa em lei.. Art. 166 do CC. É nulo o negócio jurídico quando: I- celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II- for ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto; III- o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV- não revestir a forma prescrita em lei; V- for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI- tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII- a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Na busca das principais características do Contrato de Franquia, investiga-se sua natureza jurídica, saber como e onde ele está inserido no mundo do direito.

A identificação da natureza jurídica de um determinado instituto tem sua importância relevada em vista da necessidade de serem identificadas as normas jurídicas que o regem, bem como para a visualização dos remédios para solução dos problemas que lhe são inerentes. Com efeito, “o exato conhecimento do direito em causa é condição indispensável para a adequada interpretação e aplicação da lei”⁹³.

Valério De Gioia⁹⁴, num primeiro enquadramento jurídico do *Franchise* entende que em nível de técnica comercial ele consiste em uma parcial integração entre uma Empresa principal e uma rede de Empresas satélite que, por manter uma própria estrutura jurídica, são contratualmente ligadas de modo a formar uma estrutura organizacional descentralizada, mas ao mesmo tempo unitária.

Justamente essa formação vinculante entre duas pessoas jurídicas é que vai dar a conotação de complexidade para o instituto Franquia. O vínculo jurídico encerra obrigações com prestações para ambas as partes. Ocorre que, *in casu*, há o aproveitamento num mesmo Contrato de institutos afins, posto que a Lei regente, não abarcou o Contrato de Franquia com amplitude, disciplinando apenas alguns de seus aspectos.

⁹³BRAGA, Carlos Eduardo Albuquerque. *Franquia Empresarial. Responsabilidade Civil do Franqueador Perante Terceiros*. Dissertação de mestrado – PUC/SP. 2003. p. 39. Apud GAMA CERQUEIRA, *Tratado Da Propriedade Industrial*, vol. I, p. 71.

⁹⁴ DE GIOIA, Valério. *Il Contrato di Franchising*. Ed. Experta S.p.A. Trento. Itália. 2004. p. 6.

Talvez em razão do acima disposto, alguns autores afirmem que o negócio de *Franchising* é dos mais complexos instrumentos de movimentação econômica⁹⁵. Ou ainda, que o *Franchising* (ou afiliação comercial) descreve um congênere de esquema contratual que confere disciplina jurídica à operação de descentralização industrial e comercial e distribuição de bens e serviços⁹⁶.

Dentro dessa complexidade que compõe a estrutura básica do negócio, vemos uma natureza jurídica complexa que aglutina uma série de elementos em função dos quais se revelam suas características:

Paulo C. Mauro⁹⁷ entende que o Contrato de Franquia Empresarial disciplina uma operação que compreende uma distribuição de Produtos ou Serviços, associada a prestação de Serviços, variável de acordo com as disposições convencionadas pelas partes contratantes, e licença de marcas e/ou patentes. Não deve ser confundido com um simples Contrato de Fornecimento ou de Concessão exclusiva, pela sua maior abrangência, principalmente na prestação de Serviços pelo Franqueador, o que o torna um Contrato complexo que abrange diversas figuras jurídicas.

Diz o autor, que

“o contrato de franquia é um contrato de cláusulas postas, isto é, o franqueador indica em que condição deseja contratar podendo o candidato concordar ou contrapor sugestões de alterações visando atender suas necessidades e pontos de vista, que poderão ser introduzidas no contrato de franquia. À medida que a franquia se torna mais forte, esse contrato quase que passa a ser

⁹⁵ MILMAN, Fabio. Op. cit. p. 41

⁹⁶ DE GIOIA. Op. cit. p. 4.

⁹⁷ Op. cit. p. 112.

um contrato de adesão, tamanhas as dificuldades para conseguir qualquer alteração no mesmo. Em linhas gerais, o contrato de franquia é um contrato autônomo, bilateral, consensual, oneroso e de execução continuada”.

Já para Silvio Venosa, “é um Contrato complexo derivado primordialmente da concessão. Dele participam aspectos de relação trabalhista, marcas e patentes, Contratos preliminares, distribuição etc. Trata-se de um Contrato de cooperação entre empresas independentes em busca de resultados operacionais⁹⁸”.

Silvio Venosa citando Simão Filho⁹⁹, aponta ainda, que o Contrato de *Franchising* apresenta como elementos: distribuição, colaboração recíproca, preço, concessão de autorizações e licenças, independência, métodos e assistência técnica permanente, exclusividade e contratação mercantil¹⁰⁰.

Adverte contudo, que nem sempre essas características encontram-se presentes concomitantemente. Cada caso concreto tem suas características e particularidades. Assim, por exemplo, a Franquia de uma escola de idiomas não se enquadra entre os Contratos de distribuição, mas sim, entre as Franquias de Serviços.

Não divergindo dos demais autores, quanto à natureza, Arnaldo Rizzardo¹⁰¹, leciona que, compõe-se o Contrato de várias outras espécies, como prestação de Serviços e distribuição de Produtos, compra e venda, comodato, licença de utilização de marcas, prestação de Serviços e

⁹⁸ VENOSA, Silvio S. Op. cit. p. 598.

⁹⁹ Op.cit. p. 598.

¹⁰⁰ Op.cit.p. 598.

¹⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Forense, 2ª ed. Rio de Janeiro. 2001.p. 1015.

organização e métodos de venda. Sobressai, para ele, a prestação de Serviços, feita pelo Franqueador ao Franqueado, e a distribuição de Produtos, que se concretiza através da comercialização.

Por outro vértice, Fábio Ulhoa Coelho¹⁰² entende ser ele Atípico pois, apesar de ser disciplinado por lei, o respectivo diploma não contempla norma que regule propriamente o conteúdo da relação jurídico-contratual, mas apenas a formação do Contrato de Franquia Empresarial. No mesmo sentido, Álvaro Villaça De Azevedo, citado por Joana Luzia Rocha Fragoso¹⁰³, que entende que o Contrato de Franquia, a despeito de estar reconhecido pela Ciência Jurídica, em face das imposições e necessidades da vida moderna e do influxo das muitas e variadas relações humanas, depende de uma sistemática estruturação ou de exata regulamentação.

Alerta Fábio Milman que em quase a totalidade dos países é considerado Atípico em razão de não haver lei que o regule¹⁰⁴.

Aldo Frignani¹⁰⁵, afirma que o Contrato de Franquia é Atípico, em razão de que os Contratos que usualmente remetem à Franquia, são igualmente Inominados, tais quais a concessão de vendas e a licença.

Fábio Ulhoa Coelho, entende que o Contrato de Franquia é a conjugação de dois Contratos: o de licenciamento de uso de

¹⁰² ULHOA COELHO, Fábio, *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 120.

¹⁰³ ROCHA FRAGOSO, Joana Luzia. Dissertação de Mestrado: *O Contrato de Franquia*. Puc/SP. P. 23. (sem data de defesa).

¹⁰⁴ Op.cit p.45.

¹⁰⁵ FRIGNANI, Aldo. *Il Franchising*. Torino. It. UTET. 1990. P.39

marca e o de organização empresarial. Já os serviços de organização empresarial que o Franqueador presta ao Franqueado são, geralmente os decorrentes de três Contratos, que podem ser tratados autonomamente. Primeiramente o Contrato de *Engineering*, pelo qual o Franqueador define, projeta ou executa *lay-out* do estabelecimento do Franqueado. Em segundo lugar, o *Management*, relativo ao treinamento dos funcionários do franqueado e à estruturação da administração do negócio. Por fim o *Marketing*, pertinente às técnicas de colocação dos Produtos ou Serviços junto aos seus consumidores, envolvendo estudos de mercados, publicidade, vendas promocionais, lançamento de novos Produtos ou Serviços etc¹⁰⁶.

Fábio Milman, também afirma ser ele um Contrato Misto ou híbrido, posto que embora Típico, seu desenvolvimento e constituição de obrigações passa por características peculiares a Contratos outros. Citando Glória Cardoso de Almeida Cruz que afirma que para a formatação da operação de *Franchising* “poderiam ser celebrados três distintos instrumentos, com distintos objetos: licença de uso de marca do Franqueador ao Franqueado, assistência técnica, e promessa e condições de fornecimento”. Agrega, também, possibilidades do arrendamento de máquinas e equipamentos e sublocação (ou locação) de imóvel para a instalação do ponto¹⁰⁷.

Fran Martins¹⁰⁸, que sequer cita em sua obra (editada novamente em 2002, 15ª edição) a existência da Lei de Franquia Empresarial, entende que o contrato de Franquia Empresarial compreende

¹⁰⁶ ULHOA COELHO, Fábio. *Manual de Direito Comercial*, Saraiva. SP. 1993. p. 425.

¹⁰⁷ MILMAN, Fábio. Op cit. P. 47.

¹⁰⁸ Op. cit. p. 490.

uma Prestação de Serviços e uma Distribuição de certos Produtos, de acordo com as normas convencionadas. A prestação de Serviços é feita pelo Franqueador ao Franqueado, possibilitando a este a venda de Produtos que tragam a marca daquele. A distribuição é a tarefa do Franqueado, que se caracteriza na comercialização do Produto. Os dois Contratos agem conjuntamente, donde ser da junção de suas normas que dá ao Contrato a característica de Franquia

Afirma o doutrinador que o Contrato de Franquia muito se aproxima de outros. Contudo, existem pontos contundentes que os distanciam. Cita como exemplo, o Contrato de concessão exclusiva, que está ligado ao de Franquia, porém dele se distancia porque naquele há um monopólio por parte do concessionário, enquanto tal não acontece na Franquia. Igualmente a Franquia se aproxima do Contrato de fornecimento, contudo dele se distancia quando não existe a obrigação por parte do fornecedor de prestar assistência técnica ou comercial, ao comprador, o que ocorre com a Franquia.

A Franquia Comercial, também está muito próxima do Contrato de distribuição, que é feito pelos comerciantes por intermédio de agentes ou sucursais espalhadas em vários territórios. Em tais casos, as sucursais são dependentes das empresas produtoras ou distribuidoras das mercadorias e os agentes ou representantes são simples intermediários nas vendas. O Franqueado é sempre independente e age em seu próprio nome e não como representante do produtor ou do distribuidor. Está ligado ao Franqueador, porque dele recebeu o direito de comercializar o Produto, Franqueado, muitas vezes usando do nome, título do estabelecimento do Franqueador ou insígnia do mesmo, de modo que a induzir o consumidor a

adquirir o produto com a mesma certeza de autenticidade que o adquiriria no próprio produtor.

Alerta, por fim, Fran Martins¹⁰⁹, que o Contrato de Franquia é autônomo, muito embora seja um produto híbrido de outros Contratos.

Por outro lado Mario Julio De Almeida Costa, autor português, ao comentar sobre este tipo de Contrato (união ou coligação dos contratos), entende que pode se duvidar da verdadeira procedência e utilidade de uma terceira categoria representada pelos Contratos Mistos, que identificam-se pela reunião num único Contrato das características de dois ou mais Contratos, total ou parcialmente regulados na lei. Entende que a classificação tripartida é muito comum, porém a sistematização bipartida dos Contratos em nominados e inominados é por sua natureza completa¹¹⁰: o negócio ou se encontra tipicizado na lei com disciplina peculiar, ou não. Nesta linha, os Contratos Mistos dizem-se nominados quando tenham expressa consagração legislativa ou se reconduzam a determinado tipo, e inominados os restantes. Classifica, o professor português, os Contratos, com base na sua disciplina e interpretação em: “típicos ou nominados”, os que a lei expressamente prevê e regula através de normas que, enquanto tais, valem no silêncio das partes (arts. 874.º a 1250.º)¹¹¹; *Atípicos ou Inominados*, os que as partes criam fora dos moldes daqueles; e *Mistos*, quando se reúnam num único Contrato as características de dois ou mais Contratos tipicizados”.

¹⁰⁹ Op. cit. p. 490.

¹¹⁰ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. *Direito das Obrigações*.: Coimbra Editora. 4. ed. 1984. p. 253.

¹¹¹ Artigos do Código Civil Português.

Aldo Frignani¹¹², afirma que se pode afirmar sem temor de ser acusado de heresia que a “causa” do *Franchising* é uma “causa” complexa, somatória de uma série de causas simples.

Segundo ele, isolando-se no Contrato de Franquia Empresarial aqueles “fragmentos de Contrato” que são reflexos de um elemento causal de um certo Contrato Típico, poder-se-á recorrer à disciplina deste último para resolver controvérsias àqueles relacionadas.

Emanuel Apel Bojunga¹¹³, entende a complexidade da natureza do Contrato de Franquia em razão deste apresentar-se como um complexo de relações obrigacionais identificáveis entre as categorias típicas tanto do Direito Civil, como do Direito Comercial:

a franquia possui natureza jurídica complexa, podendo revestir as características de um contrato comercial, quando há mercancia, ou ainda civil, quando limita-se à prestação de serviços. Apresenta-se ainda, via de regra, como um complexo de relações obrigacionais identificáveis entre as categorias típicas, tanto do Direito Civil, como do Direito Comercial. O direito Privado moderno seguidamente defronta-se com contratos que constituem um amálgama de outros contratos, sendo o franchise um eloqüente exemplo disso.

Observado está que o Contrato de Franquia, mesmo sendo considerado Típico por uns, sujeita-se às regras sobre Contratos em geral, à estipulação das partes e, às normas que regulam os Contratos Nominados, aplicadas analogicamente, sempre que o permita a natureza especial do Contrato, como por exemplo o Contrato de fornecimento ou o de compra e venda¹¹⁴.

¹¹² Op. cit. p. 45

¹¹³ Op. cit. p. 59.

¹¹⁴ ROCHA FRAGOSO. Joana Luzia Op. cit. p. 24.

Claudineu De Mello quanto ao assunto debatido, argumenta que “a tipicidade de um Contrato não se adstringe à sua previsão legal, mas decorre de formulação que permita distingui-lo de quaisquer outros tipos contratuais. Na medida em que um Contrato possa ser perfeitamente identificável, por requisitos próprios e específicos que o tornem distinto e inconfundível com qualquer outro tipo contratual, e ainda que não regulado em lei, mas garantido pelo direito, ele é Típico. É a tipicidade de fato, e não de direito”¹¹⁵.

Acompanhando o pensamento de Claudineu De Melo, Adriana Mandim Theodoro de Mello¹¹⁶, afirma que “...O que importa é, no ordenamento jurídico, ocorrer o reconhecimento de que a um certo *nomen iuris* corresponde um negócio jurídico identificado por um *objeto determinado* e por uma *finalidade específica*”. Significando dizer, que há uma identificação no vínculo jurídico existente entre os contratantes, de direitos e obrigações que se fazem presentes como efeitos naturais do Contrato Típico ou Nominado.

São Contratos Típicos, as relações econômicas instrumentalizadas por formas jurídicas, que adquirem tipicidade em razão de sua freqüência e uniformidade e o Contrato de Franquia tal como concebe a Lei nº 8.955/94, tem definição para as obrigações e direitos fundamentais de ambos os contratantes, um objeto claro e uma finalidade econômica a ser alcançada pelas duas partes. Logo, sua eficácia natural provém do padrão que a lei lhe outorga e não diretamente da vontade

¹¹⁵ MELO, Claudineu. *Contrato de distribuição*, São Paulo, Saraiva, 1987.n.30, p. 39-41.

¹¹⁶ THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. *Responsabilidade Civil na Extinção do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.36.

criadora das partes¹¹⁷.

Contudo, diante de tantas alusões à complexidade e obscuridades do Contrato de Franquia Empresarial e à Lei que o rege que depende de uma sistemática estruturação ou de exata regulamentação, nunca é demais lembrar os ensinamentos de César Luiz Pasold¹¹⁸, quando afirma que “a função comunicativa da Lei é expressar gramatical e semanticamente, o que deve ou pode ser ou não ser feito e não do que é feito ou não é feito”.

Para tanto, afirma o autor, “a clareza dos seus termos é qualidade indispensável ao correto cumprimento, pela Lei, de sua função social”.

Por analogia, podemos entender que uma Lei incompleta, com falhas técnicas ou literais, sem uma sistemática estruturação ou ainda, ausente de exata regulamentação, ou como afirma Ulhoa Coelho¹¹⁹, “que não dispõe sobre o conteúdo da relação negocial, não define os direitos e deveres dos contratantes, mas apenas obriga o Franqueador, anteriormente à conclusão do acordo, a expor claramente aos interessados na Franquia informações diversas” -, não pode atingir seu fim social.

¹¹⁷ THEODORO DE MELO, Adriana Mandim. Op. cit. p. 56.

¹¹⁸ PASOLD, César Luiz. *Direito de Empresa na Lei 10406/2002: Primeira Percepção Descritiva com Breve Aporte Analítico*. Revista Jurídica. FURB. CCJ. Ano 6 n. 11/12. Blumenau/SC. 2002. p. 14/15.

¹¹⁹ ULHOA COELHO, Fabio, *Considerações sobre a Lei de Franquia*. Revista da ABPI. n. 16. Citado por Agnes Pinto Borges (Dissertação de Mestrado. *A Parceria Empresarial no Direito Brasileiro*). PUC/SP. 2001.p. 111.

3.2.CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL

Para Arnaldo Rizado¹²⁰, o Contrato é bilateral, posto que nele encontram-se comprometimentos mútuos, sendo também custoso. É *intuito personae*, porque cada uma das partes tem como escopo a figura da outra contraente. É *consensual*, pois depende unicamente da vontade das partes. É *comutativo*, pois apresenta prestações conhecidas pelas partes, embora possa conter cláusulas de aleatoriedade. Sua índole (natureza) exige a forma escrita, conforme o art. 6º da Lei 8.955/94, devendo ser “assinado na presença de duas testemunhas e terá validade se levado independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público”. É de *execução continuada*, porque requer cumprimento por prazo mais ou menos longo. Não será necessariamente *por Adesão*, embora a maioria assim o seja.

José Cretella Neto, entende que este Contrato deve ser considerado *por Adesão*, com cláusulas gerais, uniformes, abstratas e imutáveis, às quais o franqueado adere ou não, ao assiná-lo. Deve o Contrato de Franquia ser, também, *comutativo*, sendo *oneroso* e *sinagmático*, uma vez que ele se aperfeiçoa só e exclusivamente pelo assentimento de ambas as partes, pela convergência das vontades do Franqueador e do Franqueado¹²¹.

De outro lado o escólio de Fábio Milman ensina que “o Contrato de Franquia tem as seguintes características: bilateral(ou

¹²⁰ Op. cit. p. 1.015.

¹²¹ Op. cit. p. 63. Afirma o autor que o contrato de franquia deve ser comutativo em sua redação e principalmente na prática, em sua observância e cumprimento diuturno, assegurando-se uma equivalência de valores nas prestações e nas contraprestações recíprocas de ambas as partes, como se disse, atingindo um equilíbrio, tanto quanto possível, perfeito.

sinalagmático ou recíproco), comutativo, típico, misto (ou híbrido), *intuitu personae*, de Adesão, de duração (ou sucessivo), consensual e não solene”¹²²

É *bilateral* em razão de criar obrigações duráveis entre os participantes do negócio, tal dado não implica em apenas distinguir o *Franchising* dos Contratos unilaterais; há uma série de implicações jurídicas de tal jaez advindas, sobretudo no que se refere ao implemento ou inexecução, do comprometimento assumido. Busca o autor os ensinamentos de Darcy Bessone de Oliveira¹²³ que assevera:

a) se uma das partes executa as suas obrigações e a outra não cumpre as que assumiu, a primeira pode valer-se da ‘cláusula resolutória tácita’ para obter o retorno ao *status quo ante*; b) se uma das partes, antes de cumprir as próprias obrigações, exige o cumprimento das assumidas pelo outro contratante, este poderá recusar-se a cumpri-las, invocando a exceção *non adimplenti contractus*; c) se a coisa devida, sendo um corpo certo, perece, a obrigação de entregá-la desaparece, mas por consequência, fica eliminada também a contraprestação correspondente.

É *comutativo*¹²⁴ porque especialmente no *Franchising*, esse equilíbrio entre recíprocas obrigações adere sobremodo a uma avaliação subjetiva: a equivalência responde ao campo do interesse negocial, e nunca a determinado “preço” deste ou daquele bem jurídico.

É *intuitu personae* porque as condições pessoais do Franqueador e Franqueado, reciprocamente analisadas, é que determinam,

¹²² Op. cit. pgs.43, 44, 45, 46, 47 e 48.

¹²³ MILMAN. Apud Bessone de Oliveira, Darcy. “Do Contrato”. Rio de Janeiro, Forense, 1ª ed. 1960, p. 99.

¹²⁴ Contrato comutativo aquele em que uma das partes, além de receber da outra prestação equivalente à sua, pode apreciar imediatamente sua equivalência (Washington de Barros Monteiro. Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 2ª parte. Saraiva, 1982-1983, 18ª edição, p. 29).

mediante comum aceitação, a afirmação do Contrato. As partes interessadas assumem obrigações personalíssimas e, por isso intransmissíveis *causa mortis* (quando, especialmente, for o Franqueado pessoa física) ou por ato *inter vivos*, sem prévia anuência do outro contratante.

Para Fran Martins, é consensual, oneroso, bilateral, de execução continuada, híbrido e atípico.¹²⁵

Como se denota das observações acima, podemos salientar que a Franquia Empresarial:

- é um negócio jurídico bilateral, obviamente firmado por duas pessoas, que devem, obrigatoriamente ser empresários, embora o segundo, originariamente possa ser pessoa física, mas que, tão-logo concluído o Contrato passa a ser pessoa jurídica;

- tem natureza mercantil, exatamente por contar com a participação de empresários, ser celebrado em caráter oneroso e visar lucro;

- a relação jurídica não é regida pelo direito trabalhista, posto que não existe vínculo laboral entre Franqueador e Franqueado;

- embora no negócio jurídico só participem diretamente o Franqueador e o Franqueado, as obrigações de ambos não são meramente recíprocas, isto é, de cada qual para com o outro: ambos têm obrigações *vis-a-vis* a rede de Franqueados (*network*), quanto à unidade de

¹²⁵ Op. Cit. p. 490.

procedimentos, ao território de atuação, à identidade visual dos produtos, dos uniformes dos empregados e à publicidade, por exemplo¹²⁶;

- as partes são Empresas independentes entre si, não estando ligadas jurídica ou financeiramente;

- o Contrato de *Franchising* engloba, de modo genérico, várias outras formas contratuais, razão pela qual é considerado híbrido ou Misto: compra e venda, cessão de direitos de uso de marca, cessão de direitos incorpóreos, transferência de *Know-how*, além de diversas espécies de prestação de Serviços, como assistência técnica, assistência administrativa e financeira, suporte de *marketing* e distribuição¹²⁷.

- é consensual porque se torna obrigatório pela simples manifestação da vontade dos contratantes.

Após o advento da Lei de Franquia Empresarial, o Contrato de Franquia não admite a forma verbal, conforme se depreende de seu art. 6º¹²⁸.

O pagamento de uma certa *Taxa de filiação* não é da essência da formação do Contrato e sim uma consequência do acordo das partes. Alguns Contratos dispensam mesmo esse pagamento.

Ressalta-se na classificação o aspecto Adesão, que não permite debate entre as partes contratantes em relação às regras que

¹²⁶ CRETELLA NETO, José. *Do Contrato Internacional de Franchising*: Forense. 2ª ed. 2002. p. 37.

¹²⁷ CRETELLA NETO, José. *Op.cit*, p. 38

¹²⁸ Art. 6º da Lei 8955/94. O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

vigerão o Contrato.

As cláusulas contratuais encontram-se predispostas pelo Franqueador, cabendo ao Franqueado a mera aceitação dos seus termos. O Franqueador, de fato, adota um Contrato-padrão de Franquia e, apesar da possibilidade de negociação a respeito das cláusulas contratuais, a participação volitiva do Franqueado na definição do ajuste não é ampla, excluindo o Contrato de *Franchising* do rol daqueles classificados como Contratos paritários¹²⁹.

Esse aspecto da natureza adesiva, ou alguns elementos que o qualificaria como Contrato de Adesão tem o abono da nossa jurisprudência:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA –
ELEIÇÃO DE FORO – CONTRATO DE FRANQUIA – ADESÃO
ABUSIVIDADE

Em contrato de adesão, unilateralmente elaborado pela franqueadora, que impõe todas as cláusulas que regem a relação com o franqueado, sopesadas as circunstâncias peculiares do presente caso, deve ser reconhecida a abusividade da cláusula de eleição do foro, pois afirmada nos autos a impossibilidade do franqueado efetuar regular defesa no juízo contratualmente eleito, face à sua difícil situação econômica, decorrente do próprio contrato de franquia. Ressaltado ainda, o alto poder econômico da franqueadora em contraste com a situação do franqueado (conflito de Competência 32.877 – SP(2001/0087035) – STJ.

¹²⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos Contratos e dos atos Unilaterais*. R.J: Forense, 1990,p. 66. Apud. Rocha Fragoso. Op. cit. p. 16.

3.3. CONTRATO DE ADESÃO.

Corrêa Lima¹³⁰, citando Joao Baptista Villela, ao discorrer sobre a liberdade de contratar, afirma que:

A despeito da grande variedade de posições acerca da idéia de contrato, é certo que em todas elas está presente o elemento liberdade, verdadeiro denominador comum das diferentes concepções. Não obstante, na caracterização desta liberdade voltam os espíritos a divergir, pois enquanto uns se contentam, para reconhecê-la, com um mínimo de poder volitivo, outros entendem que não se pode falar dela ali onde a autodeterminação dos contraentes não lograr uma razoável expressividade.

A Adesão pressupõe a anuência por parte do oblato, à proposta do solicitante, sem que haja qualquer alteração das cláusulas previamente estipuladas, resultando numa mera concordância do aderente. Poder-se-ia afirmar que com a obrigação da aceitação total por parte do anuente ao Contrato, estar-se-ia afrontando a autonomia da vontade das partes, acarretando uma desigualdade.

Para Orlando Gomes¹³¹ o Contrato de Adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja preconstruído por uma das partes, eliminando a livre discussão que precede normalmente à formação dos Contratos, alerta, no entanto, que até este traço distintivo continua controvertido.

O mesmo autor, no entanto, insere nota, no capítulo que

¹³⁰ CORREA LIMA, Sergio Mourão. *Direito de Empresa no Novo Código Civil (Contratos no Novo Código Civil)*. Coordenador Frederico Viana Rodrigues. R.J.: Ed. Forense. 2004. p. 494.

¹³¹ GOMES, Orlando. Op. cit. p. 109.

discute o Contrato de Adesão, que ao que parece resolve a controvérsia¹³²:

O contrato de adesão foi objeto de expressa regulamentação por parte do Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 54 e parágrafos, onde não apenas se cuidou de dar-lhe a conceituação legal e de traçar-lhe o regime jurídico, como até mesmo se chegou a criar um sistema de controle prévio a cargo do Ministério Público, por via de inquérito civil. Eis a exegese doutrinária em torno do conceito legal de contrato de adesão: “A doutrina faz distinção entre os contratos *de adesão* e os contratos *por adesão*. Aqueles seriam forma de contratar onde o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do poder público (v.g, cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). Seriam contratos *por adesão* aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: aceita-as, em bloco, ou não as aceita.”

O Código de Defesa do Consumidor fundiu essas duas situações estabelecendo um conceito único de *contrato de adesão*. Assim, tanto as estipulações unilaterais do poder público (“aprovadas pela autoridade competente”, art. 54, *caput*, CDC), como as cláusulas redigidas previa e unilateralmente por uma das partes, estão incluídas no conceito legal de contrato de adesão.”

“Opõe-se ao contrato de adesão o ‘contrato de comum acordo’ (*contrat de gré à gré*), ou seja, aquele concluído mediante negociação das partes, cláusula a cláusula.”

“O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez, na conclusão do negócio, exigência das economias de escala” (Ada Pellegrini Grinover e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio, Forense Universitária, 1991,p. 383.

De outra sorte, o Código Civil no art, 423, estatui que,

¹³² Op. cit. pp. 125-126.

quando houver no Contrato de Adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias deve-se adotar a interpretação mais favorável ao aderente, sendo nulos os dispositivos contratuais que estipulem a renúncia antecipada do mesmo a direito resultante da natureza do negócio (art.424).

Significando dizer que em relação à interpretação destes Contratos, aceita-se a regra pela qual, se há dúvida em relação a qualquer cláusula contratual, estas deverão ser interpretadas em favor do aderente e não do aderido, que as redigiu.

Seguindo este entendimento, tais dispositivos, sem dúvida, aplicam-se ao contrato de Franquia Empresarial.

O Contrato de Franquia é também de Adesão porque não admite negociações preliminares, tampouco modificações de cláusulas pré- estabelecidas.

Outrotando, sobre o aspecto ora discutido, adverte PAULO C. MAURO: “O Contrato de Franquia é um contrato de cláusulas postas, isto é o Franqueador indica em que condições deseja contratar podendo o candidato concordar ou contrapor sugestões de alterações visando atender suas necessidades e pontos de vista, que poderão ser introduzidas no contrato de Franquia”. Salienta, contudo, o autor, quanto à adesividade do contrato: “que à medida que a Franquia se torna mais forte, esse contrato quase que passa a ser Contrato de Adesão, tamanhas as dificuldades para conseguir qualquer alteração no mesmo”.

Para Luiz Felizardo Barroso¹³³, “o Contrato de *Franchising* é um Contrato por Adesão, com cláusulas gerais, uniformes, abstratas e imutáveis, às quais o Franqueado adere ou não, ao assiná-lo”.

De outra sorte, segundo dicção de Silvio Venosa¹³⁴:

adesão é quase sempre uma de suas características: o franqueador somente admite no negócio quem aceitar seus termos, com exigência de obediência contínua a determinado padrão de conduta. Desse modo, a interpretação de um contrato de franquia deve levar em conta os princípios de hermenêutica que regem os contratos de adesão. Ademais, frisa o ilustre mestre, embora não seja um contrato típico de consumo, se clara e presente a vulnerabilidade do franqueado, devem ser aplicados os princípios do Código de Defesa do Consumidor.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), coibiu-se os abusos nos Contratos de Adesão, em razão ao pré-estabelecimento de cláusulas unilateralmente. O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor regulou o instituto impondo-lhe limitações apenas em relação à obrigatoriedade de sua clareza, evitando induzimento a erro do consumidor.

Também os Contratos de Adesão poderão sofrer interferência de legislações específicas ou associações e/ou entidades ligadas ao objeto do contrato, como é o caso brasileiro do Contrato de Franquia. Sendo um Contrato de Adesão, deverá enquadrar-se nas condições impostas pela Lei 8955/94 e até mesmo naquelas previstas pela

¹³³ Op. Cit. p. 63.

¹³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, *Contratos em Espécie*: Atlas. 3ª: ed, 2003. p. 595.

Associação Brasileira de *Franchising*¹³⁵.

¹³⁵ EPPINGER, Elis Regina Takada. Op. cit. p. 49.

CAPÍTULO 4

A LEI 8.955/94

4.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL.

A responsabilidade pré contratual está consagrada na Lei 8.955/94, posto que já nos primeiros contatos entre contratante e contratado devem estar estabelecidas as regras sobre as quais se assentará a avença.

Em muitos casos, quando o Franqueador ainda é pouco conhecido. É comum o interessado em criar ou ampliar sua rede de Franqueados, inserir em veículos de mídia sua intenção angariando candidatos.

Atração essa que segundo Fábio Milman¹³⁶, “muitas vezes se vinha fazendo sobre promessas e situações que o tempo, não raro demonstrava restarem longe da realidade”.

Assim, a Lei 8955/94, procurou minimizar a fragilidade do Franqueado, ao longo do contrato, já na fase de negociação, disciplinado em seu art. 3º acerca desta responsabilidade pré-negocial do Franqueador.

¹³⁶ Op cit. p. 67

A fase de negociação é aquela em que os vínculos nela estabelecidos e colocados antes ou ao lado dos Contratos posteriormente firmados, conferem valor jurídico às chamadas negociações preliminares (tratativas, protocolos), que têm por efeito firmar novos tipos de garantias, segundo Guido Alpa¹³⁷. Saliente-se, contudo, que as negociações preliminares distinguem-se da promessa unilateral de contratar; *pollicitatio de contrahendo*. Também se distinguem da *oferta de contratar* que pode ser revogada até que se ultime o negócio. Diferentemente da oferta elas não constituem um elemento de formação do Contrato: não são, como a pollicitação, um ato jurídico¹³⁸.

As negociações não pressupõem a aceitação da oferta.

A fase de negociação é, portanto, o período de tempo em que os negociadores praticam uma série de atos concatenados, que refletem a convergência de seus interesses, dentro das possibilidades oferecidas, e das limitações existentes, com o objetivo de concluir um contrato entre eles¹³⁹.

4.2 A LEI 8.955/94 - DA CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA

Basicamente a Lei 8.855/94 não regulamenta a relação jurídica existente entre Franqueador e Franqueado, como já anteriormente

¹³⁷ ALPA, Guido. *Le Contrat individuel et sa Définition*. Revue International de Droit Comparé, 1988, p. 327 e segs. Apud. José Cretella Neto. Op. cit. p. 109.

¹³⁸ CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. p. 67. São Paulo: Lejus, 1997.

¹³⁹ CRETELLA NETO, Jose. Op. cit. p. 109.

afirmado, ela impõe às partes o dever de transparência ao negócio firmado.

Os seus dois primeiros artigos consagram o termo Franquia Empresarial, disciplinando o seu Contrato. O artigo segundo, especificamente define a Franquia Empresarial, bem como o que seja Franqueador e Franqueado, fala da onerosidade do Contrato, enfim tudo o que já foi exaustivamente analisado anteriormente.

O art. 3º da Lei de Franquia considerado como a vigamestra da lei, determina que “sempre que o Franqueador tiver interesse na implantação do sistema de Franquia Empresarial, deverá fornecer ao interessado uma Circular de Oferta de Franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

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;

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”.

A Lei, determina ainda, em seu artigo 4º que esta Circular de Oferta de Franquia “deverá ser entregue ao candidato a Franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de Franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, o Franqueado poderá argüir a anulabilidade do Contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao Franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de Taxa de filiação e *Royalties*, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos”.

Desta leitura, pode-se afirmar que esta fase pré-contratual tem importância significativa para o desenvolvimento do Contrato de Franquia, tanto que o art. 7º desta lei determina que: “A sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao Franqueador que veicular informações falsas na sua Circular de Oferta de Franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis”.

Para o Franqueado, a Circular de Oferta de Franquia deve ser considerada o documento padrão, é dela que emerge o direito de exigir a restituição de todos os valores até então pagos ao Franqueador além de poder pleitear perdas e danos. É também padrão para o pré-

contrato, ou para o Contrato que vir a ser assinado pelas partes, conforme afirma Fabio Milman¹⁴⁰.

A Circular de Oferta de Franquia é o elemento mais expressivo da relação existente entre as partes, resultando em termos obrigacionais, mais forte até do que o próprio contrato. Este fator se deve a possível intelecção do legislador de ter o *Franchising* não como contrato mas como sistema. Nesta visão, o contrato é mero integrante da Circular de Oferta, como previsto no inciso XV, do art. 3º da Lei 8955/94¹⁴¹.

Por outra via, ao empregar a expressão “sistema”, denota o legislador brasileiro, pouca técnica jurídica, já que a natureza da Franquia, para a ciência do direito, é de um *Contrato*, e assim deveria ter sido denominada, posto que sistema diz respeito mais a uma tecnologia e, evidentemente, não constitui expressão jurídica¹⁴². O sistema por ela constituído é nada mais que seu objeto, o conteúdo econômico que a relação obrigacional instrumentaliza. O Contrato não é apenas um vínculo entre créditos e débitos esvaziado de conteúdo, mas uma operação econômica¹⁴³, que forma um processo composto de atos ordenados e destinados a um fim.¹⁴⁴

Fábio Ulhoa Coelho¹⁴⁵, assevera que a Circular de Oferta de Franquia – COF, (...) é equivalente ao ‘dossiê de informação’ (*Basic Disclosure Document*) exigido dos Franqueadores, nos Estados

¹⁴⁰ Op. cit. p. 72.

¹⁴¹ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. cit. p. 97.

¹⁴² ABRÃO, Nelson. Op. cit. p. 28.

¹⁴³ ROPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p.7 ss. Apud. Adriana Mandim Theodoro de Melo. Op. cit. p. 58.

¹⁴⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatski, 1976, nº 2, p.10. Apud Adriana Mandim Theoro de Melo. Op. cit. p. 58.

¹⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, *Considerações sobre a Lei de Franquia*. *Revista da ABPI*, n.16, p.16.

Unidos, há mais de quinze anos”.

Chama-se *disclosure*, o princípio da revelação total e sincera dos dados empresariais no mercado de capitais e no de Franquias Empresariais.¹⁴⁶

Disclosure ou full and fair disclosure segundo o autor, significa a abertura total e sincera dos dados empresariais ao público investidor, é *declare* palavra francesa, que por sua vez advém do latim *disclaudere*, significando abrir, expor à vista, sair do invólucro, tornar público, tornar conhecido, revelar-se.

Tem este documento preliminar o objetivo de fornecer aos contratantes um instrumento de proteção, estabelecendo uma maior transparência nas relações entre Franqueadores e Franqueados, sem, contudo, regulamentar o conteúdo da relação.

Já para Dennis L. Foster¹⁴⁷, a Circular de Oferta de Franquia (COF) “é um documento de informação, uma vez que seu objetivo é divulgar informações essenciais sobre uma oportunidade de Franquia. Ela apresenta, entre outros, os pontos mais importantes do Contrato de Franquia”.

Alerta o autor, que “geralmente o que é dito na COF não é tão importante quanto o que não é dito. A omissão de um fato pertinente é uma forma de inexatidão e uma violação à exigência de informação completa e correta”. Ainda assim, segundo ele, as omissões ocorrem e é

¹⁴⁶ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2002. p. 48-49.

¹⁴⁷ FOSTER, Denis L, *O livro completo do franchising* (tradução de: M.E. Cabral de Melo): Infobook. Rio de Janeiro 1995. p. 110.

difícil provar na justiça, que foram planejadas com objetivo fraudulento.

Paulo C. Mauro, recomenda que o Franqueador exija do Franqueado a assinatura de um termo de confidencialidade, para evitar que essas informações circulem no mercado.¹⁴⁸

O art. 3º da Lei 8955/94 é composto de 15 incisos, onde elenca informações que podem ser divididas em diversas categorias, quais sejam: perfil do Franqueador; perfil da Franquia; perfil do Franqueado ideal; obrigações do Franqueador e direitos do Franqueado e obrigações do Franqueado.¹⁴⁹

Para a avaliação deste documento deve o analista examinar cada parte e separadamente, segundo Dennis L. Foster¹⁵⁰.

A primeira parte trata das Empresas, suas razões sociais, nome fantasia, formas societárias, históricos e endereços da empresa franqueadora, bem como de outras que porventura esta possa ser coligada.

O Franqueador deve apresentar ao candidato a Franqueado os balanços patrimoniais e demonstrativos de resultados da Empresa dos dois últimos exercícios fiscais e estes têm que ser anexados à COF.

Deve também, o Franqueador declarar quaisquer ações judiciais que possam ameaçar, de alguma maneira, o funcionamento da

¹⁴⁸ Op. cit. p. 112.

¹⁴⁹ ULHOA COELHO, Fábio. Op. cit. p. 16.

¹⁵⁰ Op. cit. p.110.

Franquia, como por exemplo, protesto de títulos, execuções de títulos de emissão da Franqueadora, ações envolvendo fraudes, desfalques, práticas comerciais ilegais e, principalmente, violações à lei de Franquia Empresarial e ações questionando a propriedade ou direito de uso da marca da Franquia. Porém, qualquer outro processo judicial que não afete a operação de Franquia não precisará ser informado na COF.

Havendo informação de um processo criminal ou civil, a COF deverá indicar as partes da ação, o tribunal, a natureza da queixa e o relacionamento entre os litigantes. Se não houver nenhuma pendência judicial, é importante que isso seja declarado.

Questiona Denis Foster¹⁵¹ que, numa época em que os processos judiciais são tão comuns e muitas vezes corriqueiros, até que ponto devem ir estas informações? A Lei brasileira, entende que elas podem limitar-se aos casos relevantes para o sistema de Franquia.

A COF exige que o Franqueador descreva, de um modo geral, o ramo de negócio em que se insere a Franquia, bem como delinear, detalhadamente, o seu objeto e suas principais características, além das atividades a serem desempenhadas pelo Franqueado.

É nesta seção que o Franqueador informa, se o Franqueado terá limitações quanto ao tipo de produtos e serviços que poderá vender.

Sem dúvidas que os temas acima tratados correspondem ao que se chama de perfil do Franqueador. O objetivo de

¹⁵¹ Op. cit. p. 111.

conter tais informações é possibilitar ao candidato a Franqueado que conheça a Franquia, fazendo suas avaliações e analisando as perspectivas de sucesso do empreendimento.

Ainda nos passos de Denis L. Foster, quanto ao que a empresa considera como Franqueado ideal para o seu sistema de Franquia, deve ela colher os dados necessários para o que a Franquia almeja. Informações sobre experiência anterior, grau de escolaridade, formação técnica, faixa de idade preferencial, características e habilidades pessoais e outros devem ser relacionados nesta seção, segundo a sua relevância para o sucesso do Franqueado no negócio.

A Circular de Oferta de Franquias deve orientar o Franqueador em todos os sentidos, especialmente no aspecto gerencial, quando claramente deverá informar se o adquirente poderá ser apenas sócio capitalista ao invés de participar ativamente da administração sendo ele o administrador do negócio. Deverá ainda, informar, se o Franqueado poderá contratar alguém para gerenciar o negócio.

Quanto ao investimento inicial, Nelson Abrão¹⁵² comenta que: “‘Aquisição’ da Franquia significa o direito de entrada que o Franqueado obtém mediante um pagamento que o proponente Franqueador impõe segundo os usos e costumes e que, naturalmente, varia conforme o porte do negócio”.

O valor e a forma de pagamento devem estar estabelecidos e o Franqueador deverá deixar esclarecidas todas as condições, inclusive se há ou não devolução da Taxa ou parte dela em

¹⁵² Op. cit. p. 31.

caso de não aceitação do Franqueado após o programa de treinamento.

Enfim todos os pagamentos e investimentos que o Franqueado deverá realizar devem estar previstos e delineados na Circular de Oferta de Franquia, incluindo aí a estimativa de gastos para montagem da unidade franqueada (projeto arquitetônico, mobiliários, equipamento, capital de giro, estoque, obras civis, despesas pré-operacionais etc.).

Para Fabio Ulhoa Coelho¹⁵³, a Circular de Oferta de Franquia não poderá omitir nenhum desembolso a cargo do Franqueado, por mais específico, incomum ou reduzido que seja.

Com relação ao detalhamento territorial, para Adalberto Simão Filho¹⁵⁴, é de suma importância a previsão específica do território a ser abrangido pelo Franqueado, prevista no art. 3º, X da Lei, pois, para ele, 'é forma indireta da proteção de mercado e, por vez, fator preponderante para auxiliar na opção a ser feita pelo Franqueado e na análise de seus custos'.

Neste aspecto, a Circular deverá possuir os seguintes itens: a) delimitação absoluta do território; b) Cláusula de exclusividade (que tipo de proteção o Franqueador está dando ao Franqueado se está garantindo exclusividade ou preferência sobre determinado território e em que condições o faz). É óbvio que pela cláusula de exclusividade, não será permitido que outro Franqueado se instale na área concedida.

A quebra desta cláusula por parte do Franqueador

¹⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, 1º vol.: Saraiva. São Paulo. 1998. p. 126

¹⁵⁴ Op. cit. p. 105.

poderá gerar a possibilidade da rescisão do Contrato, além das eventuais perdas e danos¹⁵⁵

Quanto à cláusula de preferência, “o Franqueador deverá deixar claro na Circular e no Contrato a ser firmado se haverá garantia do exercício de direito de preferência ao Franqueado, para a exploração de novo pacote de *Franchising* em determinado território a ser especificado¹⁵⁶ .

Com relação à exclusividade de provisionamento, deverá a Circular de Oferta mencionar se o Franqueado será solicitado a comprar ou alugar quaisquer produtos, equipamentos ou serviços, seja do Franqueador ou de uma fonte específica indicada por ele.¹⁵⁷ Verifica-se que exclusividade neste setor deverá ser cumprida pelas partes. Esta, a princípio, como menciona Cardelús “ *podría comportar uma posición de abuso por parte del franquiciante ya que al ser único proveedor del negocio podría imponer precios abusivos, caracterizando prática restritiva de concorrência por meio de redes*”¹⁵⁸ .

O inciso XII do art. 3º, determina que o franqueador deve indicar o que é efetivamente oferecido ao franqueado, no que se refere a:

- a) supervisão de rede;
- b) serviços de orientação e outros prestados;
- c) treinamento, do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;

¹⁵⁵ SIMAO FILHO, Adalberto. Op. cit. p. 105.

¹⁵⁶ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. cit. p. 105.

¹⁵⁷ FOSTER, Denis L. Op. cit.p. 115.

¹⁵⁸ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. cit. p. 72.

- d) treinamento dos funcionários do franqueado;
- e) manuais de franquia;
- f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia;
- g) *layout* e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado.

Ao comentar este dispositivo da Lei, Nelson Abrão¹⁵⁹, adverte que o Franqueado embora sendo um comerciante independente, aliena provisoriamente sua liberdade para consagrá-la exclusivamente à distribuição de um Produto de marca. Enquanto for Franqueado, ele não tem poderes de decisão sobre a sua política de venda. Ou seja, tudo já está decidido de acordo com a formatação da Franquia escolhida, por isso deve submeter-se à orientação e supervisão da empresa dominante. Por isso a oferta deve ser a mais transparente e fiel possível, de forma que o Franqueado tenha a visão clara do que lhe está sendo oferecido.

Com relação ao detalhamento da Propriedade Imaterial (situação de Marcas e Patentes), o Franqueador é obrigado a declarar a situação das marcas ou patentes¹⁶⁰ cujo uso está sendo autorizado ao Franqueado. Deverá também apresentar informes sobre o seu *Know how* e segredos de indústria a serem transferidos ao Franqueado por força do Contrato, sem, é claro, explicitá-lo ou detalhá-lo, fato que só ocorrerá após a assinatura deste, sob as regras da cláusula de sigilo lá inserida e sob

¹⁵⁹ ABRAO, Nelson. Op. cit. p. 33.

¹⁶⁰ Logotipos, slogans etc..., desde que associados à franquia, incluindo seus detalhes, como arte final e etc. devem ser apresentados ao franqueado, desde que registrados junto ao INPI. Nem sempre os franqueadores têm direito exclusivos sobre suas marcas comerciais. A marca pode possuir um registro provisório, mas não definitivo, significando dizer que seu detentor atual poderá perdê-la se o registro definitivo for negado.

suas severas penas.

Se uma Franquia baseia-se em uma patente, convém o Franqueado verificar se esta parte da COF menciona o número, data e descrição desta patente. Se eventualmente a informação não constar da Circular, possivelmente o Produto não é único.¹⁶¹

No Brasil, o registro de uma marca leva, em média, dois anos.¹⁶²

Quanto ao sigilo a ser mantido, a Circular deverá ser clara no sentido de assinalar e dimensionar qual será a situação do Franqueado após a expiração do contrato de *Franchising*, não só no que tange as autorizações dos direitos para uso de marca ou patente, como também ao *Know-how* ou segredo de indústria a que teve o Franqueado acesso (art.3º, XIV, a).¹⁶³

Neste prisma, o Franqueador deve, ainda, definir quais restrições, se houver, serão impostas ao ex-franqueado no caso de decidir continuar atuando no mesmo ramo de negócio, concorrendo com o Franqueador. Dennis L. Foster¹⁶⁴, adverte que certas restrições, mesmo que explicitadas, terão um efeito mais psicológico que legal, pois podem ser inconstitucionais.¹⁶⁵

Como exposto, o interessado em assumir o estado de Franqueado deve receber um completo diagnóstico da organização do

¹⁶¹ FOSTER, Dennis L. Op. cit. p. 117.

¹⁶² BARROSO, Luiz Felizardo. Op. cit. p. 36.

¹⁶³ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. cit. p. 108-109.

¹⁶⁴ Op. cit. p. 117.

¹⁶⁵ Neste sentido item 5.6. Um breve aporte sobre algumas hipóteses de anulabilidade do contrato de franquia.

Franqueador. Esse responderá civil e criminalmente por omissões ou informações distorcidas (art. 7º). Todas as informações obrigatórias e facultativas presentes na Circular integram o Contrato e vinculam o outorgante. A lei refere-se a Contrato-padrão¹⁶⁶ e Pré-contrato que podem estar inseridos na contratação, mas não são essenciais. Pode haver o chamado *Pré-franchising* entre as partes, contratação preliminar, limitada no tempo, pelo qual os contratantes fixam período de implantação da Franquia definitiva.¹⁶⁷

O Pré-contrato representa, um período recíproco de testes, findo o qual as partes satisfeitas ou descontentes com a amostragem conhecida, poderão, ou não, firmar o documento definitivo.¹⁶⁸ Tal modelo deverá fazer parte da Circular de Oferta de Franquia. Da mesma forma, se existirem, outros Contratos complementares, ou Contratos separados de licença de uso da marca, compra e/ou *leasing*, também deverão ser incluídos.

Da mesma forma, deverá também integrar a Circular de Oferta de Franquia o Contrato padrão, com seu conteúdo completo, anexos e prazo de validade (art. 3º, XV)¹⁶⁹. Deverá ele encerrar as obrigações das partes. Poderá ser redigido em linguagem técnica porém clara e acessível, embora a Lei 8955/94, preveja esta exigência, apenas para a Circular de Oferta de Franquia.

¹⁶⁶ Neste sentido leciona Melhita Novoa Prado, quando argumenta que o contrato de franquia não é um contrato de adesão, mas um contrato padrão para a “rede”. Ela explica que pode haver flexibilidade em atualizar o contrato quando o sistema assim exigir e que o franqueador deve esclarecer-se e até modificar a redação do mesmo quando esta não for clara o suficiente. Site www.sofranquias.com.br/artigos. Acesso em 12/01/2005.

¹⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. Cit. p. 603.

¹⁶⁸ MILMAN, Fábio. Op.cit. p. 73.

¹⁶⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. Cit. P. 109,

4.3 AS DEMAIS NORMAS EMANADAS DA LEI DE FRANQUIA EMPRESARIAL

É de se atentar para o fato de que o artigo terceiro, ora analisado discrimina minuciosamente quais as informações que devem estar contidas na Circular de Oferta de Franquia, e por outro vértice é reforçado pelo parágrafo único do artigo quarto¹⁷⁰ da mesma lei, porquanto determina a pena de anulabilidade no caso do não cumprimento do disposto no *caput* do artigo terceiro, podendo o Franqueado exigir a devolução de todas e quaisquer quantias que já houver pago ao Franqueador, tais valores devidamente corrigidos e cumulados com perdas e danos.

Portanto, deverá o Franqueador adequar-se a tal regra, de sorte que diante do princípio do *disclosure act*, demonstre a real situação de sua Empresa Franqueadora com total sinceridade.

A Lei 8955/94 revela também sua importância, quando se denota que a partir de sua promulgação, ficou estabelecido todo o conteúdo de um Contrato de Franquia, por certo adequando e estabelecendo uma certa igualdade de direitos, bem como de deveres entre os contratantes. Assim, a hegemonia do poder econômico frente ao Franqueado, tende a ser minimizada, diante do equilíbrio, mesmo que

¹⁷⁰ Art. 4º da Lei 8.955/94. "A Circular de Oferta de Franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ligada a este.

Parágrafo único: Na hipótese do não cumprimento do disposto no *caput* deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir a devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e *royalties*, devidamente corrigidas pela remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos".

relativo, que a Lei defere aos contratantes.

O artigo quinto (vetado), determinava que as Taxas e *Royalties* de publicidade, de filiação e outras, pagas periodicamente ao Franqueador pelo Franqueado deveriam ser consideradas despesas operacionais dedutíveis para fins de apuração do lucro tributável do Franqueado. Em razão de existência da legislação regulando o assunto (Lei 4.506/64, art. 71 – Legislação do Imposto de Renda), que dispõe sobre as situações em que é admitida dedução de despesas com *Royalties*, houve o veto ao artigo acima citado.

No artigo sexto¹⁷¹, o legislador regulou o aspecto formal do contrato de Franquia Empresarial.

A questão da presença de duas testemunhas é sem dúvida uma formalidade prevista em Lei, no Código Civil, em seu artigo 221, contudo serve apenas como prova de obrigação assumida no Contrato, tanto que a Lei atribuiu validade ao documento, mesmo quando feito de forma particular e independentemente de qualquer registro prévio.

Simão Filho¹⁷², ao analisar o artigo, entende que esse Contrato não admite a via executiva, uma vez que o seu bojo contém infinitas obrigações, direitos e deveres recíprocos e coletivos, bem como não definiu a questão da validade em relação a terceiros. Assim, para que ele seja válido em relação a estes terceiros e dentro do princípio da transparência, deva ele ser registrado:

¹⁷¹ Art. 6º da Lei 8955/94. “O contrato de franquia deve sempre ser escrito e assinado na presença de duas testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público”.

¹⁷² Op. cit. p. 114-115.

A existência de duas testemunhas no documento, como essenciais para a validade do ato, poderia ser, em tese, motivo para que o contrato não pudesse ser registrado em órgãos próprios como o INPI ou executado no que tange a seus valores. Mesmo assim, este tipo de contrato não admite a via executiva de seus valores, uma vez que possui infinitas obrigações, direitos e deveres recíprocos e sucessivos...Via de consequência, fica o mesmo afastado como título executivo, independentemente da existência das duas testemunhas presenciais ao ato.

O artigo em análise, ao generalizar que o contrato de franquia terá validade independentemente de qualquer registro em Cartório ou órgãos públicos, não definiu a questão da validade em face de terceiros. Portanto, mesmo independentemente de previsão da lei específica de *franchising*, acredita-se que dentro do princípio da transparência de relações próprias do sistema em análise, o contrato deva ser registrado, não como condição de validade, mas para que seja válido em face de terceiros e estes possam ter conhecimento do mesmo, caso queiram, e, no futuro, não aleguem ignorância.¹⁷³

Quanto ao artigo sétimo¹⁷⁴, é na realidade uma seqüência do parágrafo único do artigo quarto. Contudo, este dispositivo prevê também sanções de ordem penal, vez que adverte sobre a prestação de informações falsas pelo Franqueador, e isto está capitulado no Código Penal Brasileiro, art.171, como estelionato.

Os atos que mais comumente são considerados infrações em relação aos Franqueadores são:

- a) não conformidade da COF, fornecida aos candidatos a Franqueado, com as normas e prazos estabelecidos em lei;

¹⁷³ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. cit. p. 115.

¹⁷⁴ Art. 7º, Lei 8955/94. “ A sanção prevista no parágrafo único do artigo 4º desta Lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua Circular de Oferta de Franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

b) as alegações a respeito de vendas potenciais ou reais, ou lucros concernindo às franquias existentes ou em perspectiva, sob formas e em momentos diferentes daqueles prescritos em lei; o mesmo acontece quanto ao dossiê financeiro;

c) as propostas ou declarações feitas no curso das tratativas com os franqueados, que seriam incompatíveis com as informações contidas nos documentos previstos em lei;

d) o descumprimento da obrigação de proporcionar aos candidatos Franqueados, nos prazos consignados em lei, cópias de formulários e Contratos de Franquia, bem como de acordos definitivos a serem assinados pelas partes; e – a não restituição aos candidatos Franqueados de todos os fundos e depósitos indicados como sendo reembolsáveis, nos termos do dossiê de informação(COF).¹⁷⁵

O artigo oitavo¹⁷⁶ na realidade deu aplicação da Lei 8955/94 a todos os sistemas de Franquias operantes no território nacional, sessenta dias após a sua publicação. Por óbvio, porém, deve ser interpretado consentaneamente com os artigos. 6º e parágrafos da Lei de Introdução ao Código Civil¹⁷⁷ e o art. 5º, XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil.¹⁷⁸

Quanto ao artigo nono¹⁷⁹, a Lei 8955/94, apenas inseriu na qualidade subfranqueador o denominado *Franchise Master* ou Master Franqueador, ou seja, aquele que possui autorização do Franqueador para desenvolver um sistema de Franquias num país ou numa região deste,

¹⁷⁵ ABRÃO, Nelson. Op cit. p. 38.

¹⁷⁶ Art. 8º da Lei 8955/94. “ O disposto nesta Lei aplica-se aos sistemas de franquia instalados e operados no território nacional.

¹⁷⁷ Art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

¹⁷⁸ Art. 5º, XXXVI, CF. “ A Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹⁷⁹ Art. 9º da Lei 8955/94. “ Para fins desta Lei, o termo franqueador, quando utilizado em qualquer de seus dispositivos, serve também para designar o subfranqueador, da mesma forma que as disposições que se refiram ao franqueado se aplicam ao subfranqueador”.

subfranqueando o negócio para terceiros tidos como subfranqueados, enquadrando-o nas mesmas regras às quais está submetido o Franqueador. Mesma sorte, foi reservada ao subfranqueado.

O artigo décimo apenas determinou a entrada da Lei 8955/94 sessenta dias após a sua publicação. Portanto a Lei passou a vigir em 16 de fevereiro de 1995.

Quanto ao artigo onze, sendo o último, como de praxe, revogou disposições contrárias.

4.4. A FRANQUIA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.

4..4.1 Princípios norteadores

O Código Civil instituído pela Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, trouxe uma série de mudanças às relações contratuais e, como não poderia ser diferente, o contrato de Franquia também subordinou-se a elas diante das regras impostas.

As peculiaridades das relações interpessoais atinentes ao Contrato de Franquia, serão regidas pelo princípio norteador do novo Código: a boa-fé, conseqüentemente, o Contrato passou a ter sua função social mais definida.

4.4.2. Da necessidade da outorga marital

O Contrato de Franquia não sofrerá mudança formal, apenas deve-se atentar para alguns institutos a ele ligados, como a fiança e o aval, muito utilizados, vez que são garantias pessoais, e serão válidos de ora em diante, apenas com a outorga uxória.

4.4.3. Da situação do administrador

No código anterior, apenas o sócio respondia pelos atos praticados em nome da sociedade. Doravante, com a instituição da figura do administrador, este também passará a responder pelos atos que praticar em nome da sociedade que administra, perante terceiros, se não averbar esta condição à margem da inscrição da sociedade. Antes de ocorrida a averbação ele é considerado solidário pelos atos praticados (art. 1012).

4.4.4. Da sociedade entre cônjuges

No que concerne à sociedade formada por marido e mulher, o novo Código facultou a eles formar sociedade entre si ou com terceiros, desde que o regime de casamento não seja o de comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

Obrou, contudo, o legislador, com sabedoria, ao permitir a alteração judicial do regime de casamento.

4.4.5 Das sociedades com mais de dez sócios

Outro tópico interessante abordado pelo novo código, diz respeito às sociedades limitadas que possuírem mais de dez sócios, porquanto determina que suas deliberações deverão ser tomadas em assembléia.

4.4.6. Silêncio pode significar concordância

Neste artigo (111)¹⁸⁰, o legislador coloca o silêncio como fato gerador de negócio jurídico, visto que indica consentimento, sendo hábil para produzir efeitos jurídicos, quando certas circunstâncias ou os usos o autorizarem, não sendo necessária a manifestação expressa da vontade.¹⁸¹

4.4.7. Denúncia unilateral

Nos Contratos sem prazo, a denúncia unilateral do Franqueador apenas poderá ocorrer mediante aviso prévio suficiente para que o Franqueado reorganize e reestruture sua atividade empresarial, ressalvada a vedação de restabelecimento.¹⁸²

Na vigência de Contrato por prazo indeterminado, haverá legalidade na rescisão deste Contrato por meio de denúncia unilateral e imotivada, desde que constitua exercício regular de direito. Haverá abusividade, tendo em conta o tempo de duração anterior do

¹⁸⁰ Art. 111 do C.C. “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a autorização expressa.

¹⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 119.

¹⁸² ROCHA FRAGOZO, Ana Luzia da. Op. cit. p. 60.

Contrato, de sua importância econômica financeira, da antecedência do aviso prévio ser insuficiente para que a contratada redirecione os seus negócios sem prejuízo e de outras circunstâncias peculiares da espécie.

Frise-se que o aviso prévio deverá ser de noventa dias, desde que compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente, é a regra do art. 720¹⁸³, também reproduzida no art. 473, ambos do Código Civil.

4.4.8 Da resolução por onerosidade excessiva

O Contrato de Franquia Empresarial é de execução continuada e o art. 478 do CC, determina que nestes tipos de Contrato, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do Contrato.

“O dispositivo introduz no Código Civil a fórmula *rebus sic stantibus* (“enquanto as coisas estão assim”), sob inspiração do Código Civil Italiano, referindo-se aos Contratos de execução continuada ou diferida (de trato sucessivo ou a termo) em que é possível aplicar-se a teoria da imprevisão, limitadora do *pacta sunt servanda*, princípio que rege a força obrigatória dos Contratos”.¹⁸⁴

¹⁸³ Art. 720 do CC. “ Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido

¹⁸⁴ FIGUEIREDO ALVES, Jonas. Op. cit. p. 424.

4.4.9. Devolução de sinal

“O Franqueador que desiste do negócio após receber arras – o que, *v.g.*, ocorre por ocasião da assinatura do pré-contrato que sói prever o direito de arrependimento – deverá devolver o respectivo montante ao Franqueado mais o equivalente. Na hipótese inversa, o Franqueado apenas perderá o sinal para o Franqueador”.¹⁸⁵

4.10. O direito sucessório

Quanto ao direito sucessório, é relevante salientar que na legislação revogada o cônjuge era colocado em terceiro lugar na ordem de importância, imediatamente abaixo dos descendentes e ascendentes, no atual Código Civil foi criada e estabelecida a categoria dos herdeiros necessários (art. 1.845), deixando o cônjuge sobrevivente em posição de igualdade aos descendentes e ascendentes.

Luiz Rodolfo Cruz e Creuz¹⁸⁶ assevera que, com esta disposição estipulou-se a “legítima”, parcela dos bens de que não é possível dispor, e necessariamente é atribuída aos herdeiros necessários.

Com as modificações introduzidas no novo Código Civil, relativas ao direito de empresas, os empresários deverão atualizar seus Contratos Sociais e Estatutos, até janeiro de 2006.

Diante das imposições dos Franqueadores, a maioria

¹⁸⁵ ROCHA FRAGOZO, Joana Luiz da. Op. cit. p. 61.

¹⁸⁶ CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz, artigo publicado no site www.mundojuridico.adv.br. acesso em 10 de janeiro de 2005.

dos Franqueados se submetem às determinações impostas pelo Franqueador relativas ao tipo societário a ser adotado pela Empresa Franqueada. Geralmente o Franqueado (pessoa física), mantém a maioria da participação no capital votante, uma vez que é a ele que se confia a Circular de Oferta de Franquia.

Cruz e Creuz¹⁸⁷ entende que considerando as estruturas jurídicas utilizadas, a maioria das Empresas já se encontravam devidamente protegidas em casos de sucessão decorrente de falecimento, tanto do Franqueado quanto do Franqueador, pois os seus respectivos contratos sociais já prevêm (supostamente) as formas e obrigações das partes em caso de morte, incapacidade ou falência.

Na eventualidade de falecimento do Franqueador, os sucessores deste determinarão os rumos da Franquia Empresarial, desenvolvida originalmente pelo seu fundador. Seu falecimento não deverá intervir ou modificar o sistema como um todo.

Caso faleça o Franqueado, a solução usualmente utilizada, principalmente quando envolve herdeiros, é a rescisão de pleno direito do Contrato de Franquia, facultando à Franqueadora firmar novo Contrato com os sucessores do “de cuius”. Isto, decorre do fato do negócio ter sido confiado e transmitido pelo Franqueador ao Franqueado em caráter *intuitu personae*, ou seja, importa e vincula-se o Franqueador diretamente à pessoa do Franqueado.¹⁸⁸

Saliente-se, contudo, que grande parte dos

¹⁸⁷ Op. cit. p. 3.

¹⁸⁸ Op. cit. p. 4.

relacionamentos comerciais dão-se entre pessoas jurídicas, que salvo casos especiais, não tem implicações diretas e relacionadas com o tema ora analisado.

Estas são algumas das principais mudanças, que podem ter implicação direta com o Contrato de Franquia Empresarial. Cabe ressaltar, que cada Contrato possui sua especificidade e particularidade, necessitando cada qual de uma análise própria.

4.5. FORMAS JURÍDICAS AFINS AO CONTRATO DE FRANQUIA

Existem divergências quanto à natureza jurídica do *Franchising*, havendo quem sustente tratar-se de um Contrato de concessão de vendas; de agência; mandato comercial; Contrato de licença; de Contrato de transferência de *Know how*; de Contrato de cessão de patentes e outras tantas. Certo é que o Contrato de Franquia Empresarial é autônomo, embora híbrido de outros contratos.

4.5.1. Contrato de transferência de *Know-how*

O Contrato de transferência de *Know-how*, segundo dicção de Paul Démin, citado por Fran Martins¹⁸⁹ “é uma convenção pela qual uma pessoa, física ou moral, se obriga a fazer o contratante fruir dos direitos que ela possui sobre certas fórmulas e processos secretos, durante um certo tempo e de acordo com um certo preço que esta se obriga a lhe pagar”.

¹⁸⁹ Op. cit. p. 498.

O *Know-how*, não se confunde com a invenção, esta é patenteável o *Know-how* não é. A invenção é uma criação nova do espírito humano, o *Know-how* é a realização de um serviço ou produto de maneira original, é o conhecimento capaz de melhorar e até mesmo criar um produto, tornando-o mais rentável para o seu possuidor¹⁹⁰.

O *Know-how* é um bem imaterial, de valor patrimonial. É o saber como se faz alguma coisa (*the know how to do it*).

O Contrato de Franchising difere do Contrato de transferência de *Know-how*, porque ele apenas é um dos elementos que são transferidos pelo Franqueador ao Franqueado. A Franquia prevê um conceito unitário, onde são transferidos uma série de conceitos (tecnologia de implantação e operação) que juntos formam o todo da Franquia.

Em função do seu caráter exclusivo e original, tanto no *Franchise* como no Contrato de *Know-how*, a revelação dos segredos transmitidos configura grave violação contratual.¹⁹¹

4.5.2 Concessão de Vendas

A semelhança entre o *Franchising* e a concessão é representada pelo fato de ambas terem origem em mesmo gênero comum: a dos Contratos de distribuição.

Luiz Kigner¹⁹² ao comentar sobre o assunto, assevera

¹⁹⁰ FRAN MARTINS, Op cit. p.497 e 499.

¹⁹¹ ROCHA FRAGOSO, Joana Luzia da. Op. cit. p. 39.

¹⁹² KIGNER, Luiz. *Os Modernos Contratos e o Direito Brasileiro, in Os Negócios e o Direito* (coordenadora: Vera Helena de Melo Franco), São Paulo, Ed. Maltese, 1992, p. 86.

que “a complexidade do negócio que o *Franchising* trouxe ao mundo comercial torna-o diferente da mera concessão comercial”. Diz o autor que “o Franchising não se limita à mera distribuição de produtos como a concessão, mas se multiplica nos produtos que abrange e na Prestação de Serviços, como, por exemplo, na hotelaria. O Franqueado, segundo seu entendimento, passa a ser ele próprio, o produtor de Bens e Serviços, ou seja, não é mero intermediário entre o Franqueador e o público consumidor”.

Fábio Konder Comparato¹⁹³, no mesmo sentido que Luiz Kigner, entende que “na concessão de venda, o concessionário é simples intermediário entre o concedente e o público consumidor, enquanto na Franquia, o Franqueado pode ser ele próprio, produtor de Bens ou prestador de Serviços”. Entende ainda, que a principal diferença é que a concessão de vendas é exclusivamente um Contrato de distribuição de produtos; a licença de uso de marca ou a eventual prestação de Serviços do concedente ao concessionário são meros acessórios do pacto principal. Para ele, no *Franchising* o essencial é a licença de uso da marca e a prestação de Serviços de organização e métodos de venda pelo Franqueador ao Franqueado”.

4.5.3 Representação Comercial (Agência)

A Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos, define em seu art. 1º as funções destes:

¹⁹³ COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e Concessão de Venda no Brasil: Da Consagração ao Repúdio. Ensaios e Pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.53.

Art. 1º. Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Parágrafo único. Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial.

São significativas as diferenças entre um Contrato e outro. Em primeiro lugar como assevera Ricardo Nacin Saad¹⁹⁴, para o exercício da representação comercial autônoma é exigido o registro nos Conselhos Regionais (CORE) art. 6º da Lei citada. Tal fato não é exigido do Franqueado, mesmo porque, embora a marca pertença ao Franqueador, os negócios são por aquele realizados em seu próprio nome, assumindo por eles a responsabilidade.

O pagamento recebido pelo representante comercial é a chamada comissão sobre as vendas, enquanto que o Franqueado visa lucro na sua receita global.

Na representação comercial não há transferência de *Know-how*, ao passo que no *Franchising* esta transferência é da essência do Contrato.

Dentre as diversas formas de Franquia destaca-se a de Serviços, o que já não ocorre na representação comercial.

¹⁹⁴ SAAD, Ricardo Nacin. *Representação Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 6.

4.5.4. Contrato de Licença.

De acordo com Silvio Venosa¹⁹⁵, “nos usos e costumes mercantis, essa expressão é utilizada como abreviação dos Contratos de licença para uso de patentes de invenção, de modelos e similares. Fundamentalmente, pelo Contrato de licença, o titular de uma patente de invenção, o licenciante ou licenciador, autoriza outrem, o licenciado, a usá-la ou explorá-la empresarialmente, sem transferir sua titularidade. Segundo o autor é um Contrato perfeitamente compreendido pelo direito consuetudinário, embora atípico”.

O Contrato de licença tem por objeto a cessão de direitos protegidos por registro, destinados à exploração comercial. Dentre estes direitos protegidos (*patents rights*), destacam-se as marcas de fábrica (*trade mark*), as patentes (*patent*), direitos do autor (*copyrights*), direito ao uso do nome (*name rights*) e de sinais distintivos (*emblems*).

Neste tipo de Contrato, o licenciante não se responsabiliza pela produção e comercialização dos Produtos ou Serviços licenciados. Responde, porém, segundo Silvio Venosa¹⁹⁶, perante o licenciador, “se fizer mau uso da patente ou desenho, trazendo prejuízos para a credibilidade e imagem do Produto ou Serviço”. No entanto, no *Franchising* o Franqueador exerce controle severo e detalhado sobre as atividades do Franqueado.

No Contrato de *Franchising*, tanto a licença de marca

¹⁹⁵ Op. cit. p. 588.

¹⁹⁶ Op. cit. p. 588

quanto a transmissão do *Know-how* são elementos essenciais. No entanto, no Contrato de licença o licenciante pode ou não usar a marca, depende das previsões contratuais; no *Franchising*, o uso da marca é uma obrigação e um direito do Franqueado, como parte de uma estratégia de mercado, bem como de manutenção institucional da marca e imagem da rede de Franquia.

4.5.5 A cessão de patente

Como o próprio nome diz: cessão é transferência pelo titular (cedente) ao cessionário da propriedade e todos os direitos emergentes de sua qualidade de proprietário industrial, ao contratante.¹⁹⁷

Ensina José Cretella Neto¹⁹⁸ que num Contrato de *Franchising* que regula operação mercantil integrada por vários Contratos, é viável, no caso de o Franqueador ser titular de uma patente vinculada à Franquia, a cessão ao Franqueado, reservando-se a limitar seu uso ao território destinado ao Franqueado.

¹⁹⁷ NEWTON SILVEIRA. *A Propriedade Intelectual e As Novas Leis Autorais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.45, ao analisar a nova lei de propriedade industrial assevera que: “ A não exploração de patente nos termos da lei também enseja a licença compulsória, como a fabricação parcial no Brasil ou a comercialização que não atender às necessidades do mercado, somente admitida a importação em caso de inviabilidade econômica (art. 68, par. 1º).

A licença compulsória poderá ser concedida em caso de *exploração abusiva ou de abuso do poder econômico*, decorrente de decisão administrativa ou judicial (art. 68).

A licença compulsória poderá ser requerida após três anos da concessão da patente (art. 68, par. 5º) admitida a defesa de desuso por razões legítimas ou impedimento de ordem legal (art. 69).

...

As licenças compulsórias serão sempre *sem* exclusividade (Art. 72). No caso de licença compulsória com base no abuso de direito de patentes *ou* de abuso de poder econômico, a prova compete ao requerente da licença (art. 73, par. 2º); no caso de falta de exploração, a prova compete ao titular da patente (art. 73, par. 3º)”.
¹⁹⁸ Op. cit. p. 62.

4.5. O DIREITO INDUSTRIAL E A FRANQUIA

A nova Lei de Propriedade Industrial, Lei nº 9279/96, obriga a averbação do Contrato de Franquia para que este produza efeitos perante terceiros, o que antes apenas era exigido pela Resolução nº 35/92 do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI¹⁹⁹.

O registro é também obrigatório para os Contratos envolvendo licença de patentes e marcas.²⁰⁰

Não é demais lembrar que o registro da marca tem prazo de duração limitado, dependendo de renovação. Portanto, é preciso que se concilie o prazo de duração da Franquia com o de duração dos registros de marcas do Franqueador. Enfim a marca é um dos elementos essenciais da Franquia.

Sob outro aspecto, questionam alguns doutrinadores, entre eles Agnes Pinto Borges²⁰¹, a real necessidade do registro no INPI do Contrato de Franquia, e se este apenas terá efeito perante terceiros após esta providência. A autora coloca a problemática sob dois prismas diversos.

Primeiramente argüindo a necessidade de registro do Contrato de Franquia, haja vista que nesta se encontra implícita a licença de uso de marca ou patente, que deverão ser registradas obrigatoriamente no INPI. Por outro lado ressalta, fundamentada em Fábio Ulhoa Coelho²⁰², que pela Lei de Franquia Empresarial este contrato terá validade

¹⁹⁹ Art. 211 da Lei n. 9.279/96.

²⁰⁰ Arts. 60 e 140 da Lei n. 9.279/96.

²⁰¹ Op. cit. p. 125.

²⁰² Op. cit. *Curso de Direito Comercial*, v. 3, p. 251.

independentemente de qualquer registro, ao contrário do que vem disposto na nova Lei de Propriedade Industrial, ao preceituar que o Contrato de Franquia só terá validade perante terceiros após registro no INPI.

É inegável que os efeitos principais da averbação de um Contrato de Franquia, especificamente para aqueles que se destinam à concessão de direitos que envolvam, uso de marcas, prestação de Serviços de assistência técnica, combinadamente ou não, com qualquer outra modalidade de transferência de tecnologia necessária à consecução de seu objetivo é legitimar remessas de divisas ao exterior, como pagamento pela tecnologia negociada, além da dedutibilidade fiscal para a Empresa receptora da tecnologia pelos pagamentos contratuais efetuados.

CAPÍTULO 5

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

5.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRATO

A doutrina fundamentada no Código Civil de 1916, estabelecia os princípios fundamentais que deviam ser atendidos por todos os que se envolvessem em uma relação contratual²⁰³.

Dentre vários posicionamentos, Orlando Gomes²⁰⁴ defendia a existência de quatro princípios fundamentais do regime contratual: a) o da autonomia da vontade; b) o do consensualismo; c) o da força obrigatória; d) o da boa-fé.

Washington De Barros, por sua vez, entendia que três eram os princípios fundamentais do direito contratual²⁰⁵: a) o da autonomia da vontade; b) o da supremacia da ordem pública; c) o da obrigatoriedade da convenção, limitado tão somente, pela escusa do caso fortuito ou força maior. Com o advento do novo Código Civil, aos três foram acrescentados mais dois, quais sejam: o princípio da função social do Contrato e o princípio da probidade e boa-fé²⁰⁶.

²⁰³ DELGADO, José Augusto. *O Contrato no Código Civil e a sua Função Social*. Revista Jurídica 322, p. 7. Notadez, Porto Alegre, Agosto/2004.

²⁰⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*: Ed.Forense, Rio de Janeiro, 1999. p. 22.

²⁰⁵ DELGADO, José Augusto, op. Cit. p. 14.

²⁰⁶ BARROS MONTEIRO, Washington, *Curso de Direito Civil*: Forense. 34 ed. São Paulo, 2003. p. 9.

Doutrinadores do escol dos acima apontados, bem como Caio Mario²⁰⁷, que a princípio só admitia o princípio da autonomia da vontade; o da obrigatoriedade e o do consensualismo, passaram, ao final do século XX, a admitir a possibilidade da imperatividade do princípio da função social do Contrato além do da probidade e boa-fé.

O “Princípio”, segundo o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado²⁰⁸, quando presente no ordenamento jurídico, assume fundamental importância, pelo posicionamento hierárquico que ele assume. Ele atua como pressuposto normativo a ser observado pelas demais normas jurídicas. Ele é comando, portanto, gerador de obediência por todos que se envolvem com a aplicação da norma jurídica.

5.1.1 Princípio da autonomia da vontade

Com relação a este princípio, Marco Aurélio S. Viana²⁰⁹, ensina que é ele também, conhecido, como autonomia privada ou liberdade negocial e consiste na faculdade reconhecida aos particulares para a auto-regulamentação de seus interesses. Amparado em Darcy Bessone, informa que a doutrina clássica sustenta que o Contrato é sempre justo, porque resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes, tendo sido querido pelas partes. Sendo justo o Contrato, consequência natural é que os contratantes gozem de ampla liberdade de contratar, que encontra limite na sobrevalência da *ordem pública*, no *dirigismo contratual* e nos *bons costumes*.

²⁰⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Dir. Civil.*: Ed. Forense. Rio de Janeiro. Apud José Augusto Delgado. P.14.

²⁰⁸ DELGADO, José Augusto. Op. cit. p. 13.

²⁰⁹ VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de Direito Civil* – Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p.30.

Numa rápida digressão nos limites impostos, saliente-se que as partes são livres para estabelecerem os Contratos que entenderem convenientes, desde que obedeçam as exigências legais de forma ou condição sob a inspiração da ordem pública, estabelecendo padrões oficiais ao Contrato, porque as partes podem não adotar um modelo legal, ou as normas-padrão da liberdade de contratar.

Convém, ainda, valermo-nos dos ensinamentos de Washington De Barros, que ensina que “a regra nos Contratos é a autonomia da vontade dos estipulantes e que deve sempre ser respeitada, não obstante as restrições que lhe forem impostas”. Alerta ele: “Essa autonomia, efetivamente, não é absoluta; no direito público, ela já foi proscrita, sendo substituída pela lei, como fonte de direito”.²¹⁰

Segundo Marco Aurélio Viana²¹¹, o conceito de ordem pública é tormentoso, nele se contêm princípios fundamentais, que interessam à organização social, que visam a tutela do bem coletivo. O princípio da supremacia da ordem pública, proíbe estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes.

Quanto ao dirigismo contratual, para ORLANDO GOMES, no novo contexto determinado pela política de intervenção do Estado na economia, o Contrato sofre duas importantes modificações em sua significação e em sua função: 1) deixa de ser simplesmente expressão da autonomia privada; 2) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a

²¹⁰ Citação feita por BARROS MONTEIRO, Washington de..*Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações* : Saraiva, São Paulo. 2003. p. 5.

²¹¹ VIANA, Marco Aurélio S. Op. cit. p. 32.

composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes (produtores e consumidores, empregadores e empregados, senhorios e inquilinos).

Fundamentado em Barcellona, o autor, entende que “em virtude da posição interventiva do Estado, o Contrato quando vincula pessoas de padrões e categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes”²¹².

5.1.2. Princípio do Consensualismo

Quanto ao princípio do consensualismo, Maria Helena Diniz²¹³, assevera que o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar o Contrato válido, pois, em regra a formação do Contrato não exige, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual. A autora lembra que alguns Contratos, por serem solenes, têm sua validade condicionada à observância de certas formalidades estabelecidas em lei. Contudo a maioria deles é consensual, já que o mero consentimento, tem o condão de criá-los, sendo suficiente para a sua perfeição e validade.

Orlando Gomes²¹⁴ lembra que “a idéia de que o simples consentimento basta para formar o Contrato é conquista recente do pensamento jurídico. Nas civilizações anteriores, dominavam o formalismo e o simbolismo. A *formação* dos Contratos subordinava-se à obediência de

²¹² GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 15.

²¹³ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Saraiva, São Paulo, 2002. p. 36.

²¹⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.* p. 35.

determinada *forma ritual*”

5.1.3. Princípio da obrigatoriedade dos Contratos

Com relação ao princípio da obrigatoriedade dos Contratos, nos amparamos no escólio de Carlos Roberto Gonçalves²¹⁵, quando leciona que “a ordem jurídica concede a cada um a liberdade de contratar e definir os termos e objeto da avença. Os que o fizerem, porém, sendo o Contrato válido e eficaz, devem cumpri-lo, não podendo se forrarem às suas conseqüências, a não ser com a anuência do outro contratante”.

Alega o autor que o aludido princípio tem por fundamentos: a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; a intangibilidade ou imutabilidade do Contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos) não podendo ser alterado nem pelo juiz. De outra sorte se uma das partes quiser modificar ou revogar o pacto, terá que ter a anuência da outra. O descumprimento de qualquer das cláusulas ou o inadimplemento absoluto, confere à parte lesada o direito de fazer uso dos remédios jurídicos necessários para fazer com que a outra cumpra o avençado, ou a indenize por perdas e danos, sob pena de execução patrimonial (CC, art. 389).

²¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Saraiva, São Paulo, 2004. p. 27.

O princípio da força obrigatória do Contrato, foi suavizado, logo após a 1ª Grande Guerra Mundial de 1914 a 1918²¹⁶, que por força desse fato considerado extraordinário, observaram-se situações contratuais que se tornaram insustentáveis em virtude de acarretarem onerosidade excessiva para um dos contratantes. Nesta época surgiram muitos movimentos sociais, proclamando que o poder econômico subjugava os mais fracos economicamente, sob pena de não contratar. A partir de então, compreendeu-se que não se podia alegar com tanta veemência a absoluta obrigatoriedade dos Contratos, se não havia, em contrapartida, idêntica liberdade contratual entre as partes²¹⁷.

Aceitou-se desde então, em caráter excepcional, a possibilidade de intervenção judicial do conteúdo de certos Contratos, para corrigir os seus rigores ante o desequilíbrio das prestações. Isto, contudo, não significa o desaparecimento do princípio da obrigatoriedade dos Contratos, como observa Mônica Bierwagen, citada por Carlos Roberto Gonçalves²¹⁸, a obrigatoriedade do cumprimento continua sendo imprescindível para que haja segurança nas relações jurídicas criadas pelo Contrato, tanto que o Código Civil, ao afirmar que o seu descumprimento acarretará ao inadimplente a responsabilidade não só por perdas e danos, mas também por juros, atualização monetária e honorários advocatícios (art. 389), consagra tal princípio, ainda que implicitamente. O que não se tolera mais é a obrigatoriedade quando as partes se encontram em patamares diversos e dessa disparidade ocorra proveito injustificado.

²¹⁶ O princípio da força obrigatória já encontrava limitações dentro da sua concepção clássica, tais quais o caso fortuito e a força maior, excusa esta consignada no art. 393 e parágrafo único do Código Civil

²¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit. pgs. 28/29/30.

²¹⁸ Op. cit. p. 29.

Acrescenta a mencionada autora²¹⁹:

Daí o novo Código Civil, atento a essa tendência de amenização do rigor do princípio, ter incorporado expressamente em seu texto a cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos de execução continuada e diferida (arts. 478 a 480), assim como os institutos da lesão (art. 157) e do estado de perigo (art. 156), que permitem a ingerência estatal, seja para resolver, seja para revisar as condições a que se obrigaram as partes.

5.1.4. Princípio da boa-fé e da probidade.

Preceitua o art. 422 do Código Civil:

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do Contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Etimologicamente, boa-fé tem origem em *fides*, do latim, que significa honestidade, confiança, lealdade, fidelidade. Boa-fé significa certeza de agir com amparo na lei, ou sem ofensa a ela; ausência de intenção dolosa; sinceridade, lisura²²⁰.

Na visão de ARNOLDO WALD²²¹, dois são os conceitos de boa fé. Analisa-se primeiro o conceito psicológico e depois o conceito ético. O conceito psicológico contenta-se com a ignorância, não se ocupando da culpa ou negligência de quem pratica o ato, a exemplo do

²¹⁹ BIRWAGEN, Mônica. Apud Carlos Roberdo Gonçalves, Op. cit..p. 29

²²⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. : Nova Fronteira. 3ª ed. Rio de Janeiro, 1999.

²²¹ WALD, Arnaldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos*, 9ª ed. São Paulo: RT, 1990. No mesmo sentido Carlos Roberto Gonçalves. Op. cit. p. 34 e Nelson Nery Júnior. *Contratos no Código Civil – apontamentos*. LTr.2003. p. 411-412.

disposto no art. 490 do Código Civil Brasileiro de 1916. É chamado ainda de conceito negativo, porém mais conhecido como boa-fé subjetiva.

Segundo Judith Martins Costa²²², a expressão “boa-fé subjetiva” denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao direito, sendo aplicável em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.

Carlos Roberto Gonçalves²²³, entende que num primeiro plano, a boa-fé subjetiva implica a noção de entendimento equivocado, em erro que enreda o contratante.

Para Nelson Nery Jr.²²⁴, a boa fé sempre se baseia numa crença ou numa ignorância. Para exemplificar o tema busca no Código Civil Paraguaio o art. 1.994 que determina:

“La buena fé exigida por este Código, es la creencia sin duda alguna, en el poseedor de ser titular legitimo del derecho”

No mesmo sentido exemplifica Judith Martins Costa²²⁵, quando aduz que a situação é regular e essa sua ignorância escusável reside no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses de casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião) seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente,

²²² MARTINS COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*: RT. São Paulo. 1999. p. 411.

²²³ Op.cit. p. 35.

²²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil, apontamentos*. LTr.2003.

²²⁵ MARTINS COSTA, Judith, op.cit. p.411.

herdeiro aparente etc).

Já a boa-fé objetiva é o denominado conceito ético que não se contenta com a ignorância, de modo que, agindo com culpa ou falta de cuidado grave, o agente age mal, não podendo alegar boa-fé. No direito brasileiro, quando vigente o Código Civil de 1916 adotava-se o conceito psicológico (boa-fé subjetiva), ou seja bastava a ignorância do agente.

Todavia, a boa-fé que constituiu inovação no Código de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico é a objetiva, que se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas. Classifica-se assim, como regra de conduta. Incluída no direito positivo de grande parte dos países ocidentais, deixa de ser princípio geral de direito para transformar-se em *cláusula geral* de boa-fé objetiva. É, portanto, fonte de direito e de obrigações²²⁶.

Segundo o Ministro Ruy Rosado De Aguiar²²⁷, pode-se definir boa-fé como um princípio geral do Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos Contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença.

²²⁶ NERY JUNIOR, Nelson, op. Cit. p. 430-431.

²²⁷ AGUIAR, Ruy Rosado de, *Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor, in Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Coordenação de Cláudia Lima Marques, Livraria Editora do Advogado, Rio Grande do Sul.

Na mesma linha a Professora Judith Martins Costa²²⁸ explica que a boa-fé representa um modelo de conduta social, arquétipo ou *standart* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, probidade e lealdade.

Silvio Venosa²²⁹ alude ao fato de na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, dever ser examinadas as condições em que o Contrato foi firmado, o nível sócio-cultural dos contratantes, seu momento histórico e econômico. É o ponto da interpretação da vontade contratual, alerta o autor.

Nelson Nery Jr., ao proferir palestra sobre o Novo Código Civil Brasileiro em Curitiba-Pr²³⁰ mencionou o sistema híbrido adotado pelo atual Código Civil, sistema este que permite a relativização das relações jurídicas mediante a instituição de cláusulas gerais. Tratam-se de normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão oportunidade para decidir, ou seja, formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz, coadunando com o pensamento de SILVIO VENOSA, para quem:

“A idéia central é no sentido de que, em princípio, contratante algum ingressa em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé. A má-fé inicial ou interlocutória em um contrato pertence à

²²⁸ COSTA, Judith Martins. Op. Cit., p. 411.

²²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *A boa-fé contratual no novo Código Civil*, art. publicado em 16 de janeiro de 2003 no site: www.e-juridico.com.br. Acesso em 23 de Outubro de 2004.

²³⁰ NERY JUNIOR, Nelson, Congresso de Direito Civil dias 29,30 e 31 de ago.2002. Curitiba-Pr.

patologia do negócio jurídico e como tal deve ser examinada e punida. Toda cláusula geral remete o intérprete para um padrão de conduta geralmente aceito no tempo e no espaço. Em cada caso o juiz deverá definir quais as situações nas quais os partícipes de um contrato se desviarem da boa-fé²³¹.

Portanto, como se observa, a cláusula geral da boa-fé objetiva é norma jurídica que, entretanto, possui características próprias que a distingue de outras normas jurídicas positivas. É uma “ordem geral da lei ao juiz” para que profira sentença, observando a lealdade e a boa-fé, segundo os usos e costumes, ou que simplesmente possa agir mediante juízo lógico de subsunção. Essa norma (cláusula geral da boa-fé objetiva) se diferencia das outras regras de direito positivo somente por duas circunstâncias: a) primeiro por intermédio de sua indeterminação (daí a denominação cláusula geral); b) pela referência não aos preceitos positivos, mas a mandamentos (lealdade e boa-fé) ou critérios (usos e costumes) sociais e metajurídicos” (Wieacker, *Präzisierung*, p.10)²³².

Em suma, poder-se-ia afirmar diante do princípio da boa-fé objetiva que não há regra de interpretação de cláusula ou disposição obscura do Contrato, mas uma análise do comportamento de cada uma das partes em relação aos deveres anexos ou conexos ao vínculo jurídico estabelecido, para averiguação da responsabilidade em caso de abuso de direito.

²³¹ Site jurídico: www.e-juridico.com.br. cit.

²³² Anotações da palestra de Arnaldo Wald, por Maria Fernanda Carline. Congresso de Direito Civil. 2002. Curitiba-Pr.

5.2. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Reza o art. 421 do Código Civil Brasileiro, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos Contratos”, significando dizer que a “função social do contrato” acentua a diretriz de sociabilidade do direito”, como princípio a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Por intimidade dialética, guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. É o ensinamento que nos lega Figueiredo Alves ao interpretar entendimentos do Professor Miguel Reale²³³.

A moldura limitante do Contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contraentes, como adverte José Lourenço, valendo como exemplo os Contratos de Adesão²³⁴. O negócio jurídico haverá de ser fixado em seu conteúdo, segundo a vontade das partes. Esta, todavia, apresenta-se auto regradada em razão e nos limites da função social, princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art. 1º da CF), deve prescrever a ordem econômica e jurídica.

De outra sorte, necessário é nos apegarmos ao escólio de Caio Mário Da Silva Pereira²³⁵, quando leciona que nem mesmo nos regimes socialistas foi possível abolir o Contrato. Afirma que, paralelamente à função econômica, aponta-se no Contrato uma outra função, civilizadora e educativa, qual seja a de aproximar os homens e abater suas diferenças.

²³³ FIGUEIREDO ALVES, Jonas. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 372.

²³⁴ Apud FIGUEIREDO ALVES. Op. Cit. P. 373.

²³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: Forense. Rio de Janeiro. 2003. p. 11.

Dois indivíduos que contratam, mesmo que não se estimem, respeitam-se. E enquanto as cláusulas são guardadas, vivem em harmonia satisfatória, ainda que pessoalmente se não conheçam.

O princípio de que a liberdade de contratar é exercida em razão da autonomia de vontade que a lei outorga às pessoas, deve ser respeitado.

Contudo, e segundo o mestre, a função social do Contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de Contrato obrigatório.

Significando dizer, conforme Netto Lobo²³⁶, que os princípios sociais do Contrato não eliminam os princípios liberais (ou que predominaram no Estado liberal) a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríplice aspecto, como liberdades de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do Contrato), o princípio de *pacta sunt servanda* (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o princípio da eficácia relativa apenas às partes do Contrato (ou realidade subjetiva); mas limitam, profundamente, seu alcance e conteúdo.

O diploma substantivo atual firma o conceito de função

²³⁶ NETTO LOBO, Paulo Luiz. *Princípios Constitucionais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil*. Artigo publicado em Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista do Tribunais. n. 42: abr/jun. 2002.p. 187/195.

social do Contrato, significando que a liberdade de contratar deve atender aos parâmetros da circulação de riqueza, da equidade e da manutenção do vínculo (art.421). Ademais, o dever de respeito aos princípios da probidade e boa-fé, tanto na conclusão como na execução do Contrato, foi erigido ao patamar de norma jurídica (art. 422).²³⁷

George Ripert²³⁸, tecendo comentários sobre a moral e o Contrato, confronta a regra moral com a força do Contrato, ou seja quando ela procura a extensão do princípio de autonomia da vontade, ou quando se preocupa com a igualdade que deve reinar entre os contratantes, ou seja, enfim, quando determina os efeitos da desigualdade das prestações e encara o problema da lesão.

Diz o autor que, “hoje procura-se a fonte de todos os compromissos numa vontade expressa ou tácita, e ensina-se que a vontade pode sempre criar um compromisso lícito”. Entende que a obrigação assumida não é mais que uma manifestação do direito natural que assiste a todo o homem de se obrigar e, portanto, de manifestar uma liberdade que ele não pode alienar. Fundamentado na doutrina de Kant, Ripert, leciona que “a escola do direito natural persuadiu todos de que este compromisso, porque é voluntário, é necessariamente conforme a lei moral”. “Quando alguém decide alguma coisa a respeito do outro, dirá Kant, é sempre possível que lhe faça alguma injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio”. Indo mais além, e com supedâneo em Fouillée, diz que este não se daria ao trabalho de justificar a autonomia de vontade, tão convencido que está da exatidão da doutrina; “Toda a justiça é contratual escreve ele simplesmente, quem diz contratual diz justo”.

²³⁷ ROCHA FRAGOSO.op. cit. p. 57.

²³⁸ RIPERT. George. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. Campinas: Bookseller. 2002.p. 54.

Todavia, em contraponto, George Ripert questiona a vontade soberana alertando:

“Mas quem confere ao homem esta autoridade que é o apanágio da soberania? Pode o contrato, instrumento de troca das riquezas e dos serviços, servir para a exploração do homem pelo homem, consagrar o enriquecimento injusto dum dos contratantes com prejuízo do outro? Não é necessário, pelo contrário, manter ao mesmo tempo a igualdade das partes contratantes e a das prestações para satisfazer um ideal de justiça que nós encerramos quase sempre numa concepção de igualdade?”

Esta série de questionamentos, que surgem ante o legislador, o juiz, e o próprio fato de surgirem mostra que a autoridade do contrato é abalável.²³⁹

João Bosco Leopoldino Da Fonseca²⁴⁰, investigando a história, sustenta que segundo o pensamento aristotélico, o *synállagma*²⁴¹ – o Contrato – é a concretização da busca do justo meio, ou do exato meio-termo, sem qualquer preocupação com os elementos subjetivos.

Afirma o autor²⁴² que Constantin Despotopoulos, ao estudar a noção de *synállagma* em Aristóteles observa que

...aquilo que constitui o traço comum destes atos inter-humanos, e que especialmente levou Aristóteles a operar sua unificação conceitual, é o seguinte: cada um destes atos inter-humanos, seja voluntário seja involuntário, denomine-se contrato ou delito, comporta sempre uma mudança essencial na situação de uma

²³⁹ RIPERT, George. Op. Cit. p. 54.

²⁴⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Cláusulas Abusivas nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 12.

²⁴¹ Aristóteles, no livro V da *Ética a Nicômaco*, em que se dedica ao estudo do justo e à procura do conceito do justo, serve-se de uma noção a que ele dá o nome de *synállagma*. A conceituação do *synállagma* se faz por oposição ao justo distributivo: “No que tange à justiça parcial e ao direito que dela deriva, existe um primeiro aspecto distributivo, que consiste na distribuição das honras, das riquezas ou de todas as demais vantagens que podem corresponder a todos os membros da comunidade. Nestas coisas é possível que haja desigualdade, como também igualdade, entre cidadãos e cidadãos. O outro aspecto é o que se refere à justiça relativa aos contratos (*synállagma*).

²⁴² LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Op. cit. p. 13.

das duas pessoas entre as quais ele se produz, isto é, no seu ter bens condicionador de sua felicidade, e ao mesmo tempo uma mudança essencial em sentido inverso na situação respectiva da outra pessoa.²⁴³

Portanto, a noção de *synállagma* se relaciona, pois, objetiva e logicamente com essa mudança recíproca na situação de duas pessoas, revelando, já naquela época, que a filosofia Aristotélica e também a Platônica tinha por base para a teoria do Contrato um direcionamento eminentemente voltado para o social, para o todo.

E justamente por ser abalável a autoridade do Contrato é que ele deve visar o interesse social, para que tenha condições de contribuir com o progresso social, acima das vontades individuais em confronto com o interesse coletivo, por meio de regras de ordem pública, “inafastáveis pelo querer de ambos ou de qualquer dos contratantes, com o propósito maior de evitar o predomínio do economicamente forte sobre o economicamente fraco”.²⁴⁴

Em razão desse interesse social, devem ainda, os contratantes, observar na execução bem como na conclusão do Contrato, princípios básicos, tais quais o da probidade e da boa-fé. O primeiro tendo em conta um conjunto de deveres, exigidos nas relações jurídicas, em especial os da veracidade, integridade, honradez e lealdade, deles resultando como corolário lógico o segundo.²⁴⁵

Figueiredo Alves, ensina que “o princípio da boa-fé não apenas reflete uma regra de conduta. Consubstancia a eticidade

²⁴³ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Op.cit.. p. 14.

²⁴⁴ FIGUEIREDO ALVES, Jonas. Op. Cit. p. 373.

²⁴⁵ FIGUEIREDO ALVES, Jonas. Op. Cit. p. 374.

orientadora da construção jurídica do novo Código Civil”²⁴⁶.

Para Paulo Luiz Netto Lobo,²⁴⁷ a utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Pondera, contudo, que, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do que ele chama de fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis.

Entende o autor que qualquer Contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico. Portanto o princípio da função social do Contrato determina que os interesses individuais das partes do Contrato, sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Ou seja, não pode haver conflito entre eles pois os interesses sociais devem prevalecer.

Para Miguel Reale, o Contrato nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. “O Contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o Contrato vai ser executado e onde vai

²⁴⁶ FIGUEIREDO ALVES, Jonas. Op. cit. p. 374.

²⁴⁷ NETTO LOBO, Paulo Luiz. Op. cit. p.191.

receber uma razão de equilíbrio e medida”²⁴⁸

De outra sorte, a função exclusivamente individual do Contrato é incompatível com o Estado Social, caracterizado sob o ponto de vista do direito, pela tutela explícita da ordem econômica e social da Constituição. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o Contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Enquanto houver ordem econômica e social haverá Estado Social; enquanto houver Estado Social haverá função social do Contrato afirma Netto Lobo.

Vários autores encontram limites na autonomia da vontade e na força obrigatória dos Contratos, entre eles, Liliansa Minardi Paesani e Elisa Yamasaki Veiga²⁴⁹, para elas a autonomia de vontade corresponde ao espaço em que a ordem jurídica reconhece validade e eficácia à vontade das pessoas. Essa autonomia é lícita desde que não afronte a ordem pública, a moral e os bons costumes, e venha a ser exercitada em função de um objeto lícito.

Dizem as autoras que, “mediante a constatação que a decantada igualdade formal levava a radicais iniquidades e submetia o instituto do Contrato a justificadas críticas, sentiu-se a necessidade de identificar uma legitimação social para o Contrato assim como ocorreu com o direito de propriedade”. Justificam elas, assim, a permissibilidade da intervenção do Estado no Contrato e ao poder judiciário o poder de controlá-lo.

²⁴⁸ Apud Netto Lobo. Op.cit. p.191.

²⁴⁹ PAESANI, Liliansa Minardi. YAMASAKI VEIGA, Elisa. *Aplicação do novo código civil nos contratos empresariais*. São Paulo: Manole, 2004. p.32/33.

Citam o dirigismo contratual do Estado como sendo o elemento novo introduzido pelo Código Civil e que corresponde à sua intervenção na ordem econômica privada, enfraquecendo a autonomia da vontade. O legislador interveio na ordem jurídica remodelando setores em que uma autonomia privada ilimitada veio a revelar-se socialmente indesejável.

O conteúdo social do Contrato, também limita o princípio social do Contrato. O novo Contrato abandona as características individuais que beneficiam exclusivamente os contratantes e acolhe a postura de um negócio jurídico socialmente útil, individualmente possível e abalizado por um controle judicial.²⁵⁰

Com relação à força obrigatória dos contratos, saliente-se que o princípio do *pacta sunt servanda* que vigorou no século XX e consagrou um regime protetivo foi minimizado pela nova lei civil, que abrandou a rigidez desse princípio e introduziu exceções por razões de equidade. Segundo as autoras citadas as exceções são aquelas que se situam no começo da contratação e correspondem ao instituto da lesão, previsto no art. 157, e ao estado de perigo, art. 156, que dão origem a Contratos comprometidos desde a sua formação. Ou então a exceção surge no curso do cumprimento do Contrato e desestabiliza o princípio da força obrigatória deste e corresponde à situação de onerosidade excessiva prevista no art. 478 que ocorre nos Contratos diferidos no tempo, de execução continuada mas perfeitos e sem vícios no ato de sua formação.

²⁵⁰ PAESANI, Lílana Minardi, YAMASAKUI VEIGA. Op. cit. p. 33.

Não é sem sentido a afirmação de Ripert, citado por Haina Eguia Guimarães²⁵¹, quando afirma que, nem sempre é verdadeiro que os contratantes se encontram em pé de igualdade, e que portanto são livres para contratar o que quiserem. Diz ele que a igualdade que reina no Contrato é puramente teórica e, via de regra, enquanto o contratante mais fraco no mais das vezes não pode fugir à necessidade de contratar, o contratante mais forte leva uma sensível vantagem no negócio, pois é ele quem dita as condições do ajuste.

Como instrumento hábil à circulação de riquezas, o Contrato deve também se notabilizar, na sociedade pós-moderna, como instrumento de proteção aos interesses socialmente relevantes.

Afirma a autora citada que o Estado-Social que tem na dignidade da pessoa humana o seu maior fundamento, colocando ao lado da autonomia da vontade e da liberdade de princípios como os da boa-fé objetiva e da tutela do hiposuficiente, em busca da justiça substancial, com o deslocamento da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, visando sempre o interesse social.

Diante do que foi exposto, denota-se que o Contrato contemporâneo, deve objetivar a função social compreendida como equilíbrio entre as partes contratantes, proibindo e tornando anuláveis cláusulas que representem a desigualdade substancial *inter partes* (enriquecimento sem causa, lesão nos Contratos bilaterais, Contrato estabelecido em estado de perigo), lastreado e exigente quanto ao princípio

²⁵¹ GUIMARAES, Haina Eguia. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional*. www. Jus Navigandi. Acesso em 27/10/2004.

de boa-fé, nas suas variáveis de transparência, lealdade e correção nos negócios, conforme preconiza Mônica Yoshizato Bierwagen, citada por Eguia Guimarães.

Considerando o conjunto de interesses da sociedade, embora mantida em princípio a liberdade contratual, esta o é, apenas, em razão de sua funcionalidade, posto que já se não transparece absoluta, mas relativa.

O que importa hoje, segundo a visão de Eguia Guimarães²⁵²,

“não é mais a exigência pura e simples do cumprimento das cláusulas contratuais, pois o Estado interventor obriga que as relações sejam pautadas pela confiança lealdade, boa-fé, não onerosidade excessiva, sem abuso de direito pela parte mais forte economicamente sobre a mais vulnerável”.

“... Para que um contrato faça *jus* à tutela do Direito é necessário que observe a sua destinação social”.

Antonio Jeová Santos, citando Messineo²⁵³, adverte:

A função social do contrato obriga a todos do mundo jurídico a harmonizar o direito com a vontade de lucrar muito e mais como é próprio do sistema capitalista. Além de enxergar o contrato como instrumento público, terá de observar que ele tem forte conteúdo de justiça e de utilidade.

Junto a esta consideração jurídica, de cariz estritamente de direito privado, o caráter social do contrato deve predominar sobre o individual. O contrato deixa de ser considerado um tema

²⁵² Site cit. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional*. www. Jus Navigandi. Acesso em 27/10/2004.

²⁵³ JEOVÁ SANTOS, Antonio, *Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*: Ed. Método, p.126-127. São Paulo, 2002

particular, interessante somente para as partes contratantes. Na vida econômica e social, o contrato não afeta somente interesses dos que nele intervém, mas se transforma numa instituição social. Dentro deste critério, Jaime Santos Briz (*Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Granada: Comares, 1992, p. 15) observou com justeza que a sociedade representada pelo Estado ou outras entidades soberanas são responsáveis pelo controle de uma parte essencial do direito contratual. Esta fiscalização se manifesta principalmente nos chamados contratos de massa por meio de leis que estabelecem em todo ou em parte as condições contratuais para negócios jurídicos de importância social.

Parafraseando José Augusto Delgado²⁵⁴, devemos perceber que há uma nova ordem jurídica contratual onde novos princípios ganham relevo, tudo com a finalidade de resguardar nas relações ajustadas a boa-fé negocial, a equidade, a justiça, a transparência, a confiança, a satisfação dos interesses dos contratantes, autonomia da vontade, porém, respeitando-se a função social que deverá ter o pacto firmado.

5.2.1 Função social do Contrato de Franquia Empresarial

Fritjof Capra, alertava o mundo na década de 80, ao falar sobre o lado sombrio do crescimento levando o leitor a crer que a visão cartesiana mecanicista do mundo tem exercido uma influência poderosa sobre todas as nossas ciências e, em geral, sobre a forma do pensamento ocidental. Entende ele que por diversas razões, nossa cultura tornou-se progressivamente fragmentada e desenvolveu uma tecnologia, instituições e estilos de vida profundamente doentios²⁵⁵.

Disse mais: “quanto mais estudamos os problemas

²⁵⁴ Op. cit. p. 16.

²⁵⁵ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. Cultrix. São Paulo. 1995. p.226.

sociais do nosso tempo, mais nos apercebemos de que a visão mecanicista do mundo e o sistema de valores que lhe está associado geraram tecnologia, instituições e estilos de vida profundamente patológicos”²⁵⁶.

São sábias visões de um mundo contemporâneo e uma vez percebidos alguns fatos, como por exemplo e segundo Leonardo Boff: para onde está caminhando a humanidade: se na direção de um abismo, que a todos vai tagar ou se na direção de uma culminância, que a todos vai englobar. Ou ainda, nas mesmas linhas de Boff:

“Prescindindo desta ameaça extremada, que revolução ética e moral cumpre fazer para superar a maior chaga que envergonha a humanidade e, concretamente, nosso país, os milhões e já bilhões que gritam caninamente ao céu pedindo um pouco de compaixão e de misericórdia na forma de pão, de água potável, de saúde, de moradia, de reconhecimento e de inclusão na família humana...É a oportunidade de revisitarmos a experiência seminal e originária que fez nascer outrora e faz brotar ainda hoje o que chamamos de ética e de moral”.²⁵⁷

Poder-se-ia questionar o por quê de se buscar num pensador da estirpe de Leonardo Boff ou de Fritjof Capra, justificativas para a função social dos Contratos. Contudo, não é sem razão que neles também buscamos guarida. Exatamente porque, vimos afirmando que o Contrato é um gerador de riquezas. E se esta é uma de suas funções, também nos poderá fornecer a chamada justa medida, exatamente, porque como diz Leonardo Boff²⁵⁸, “a cultura operante é em tudo excessiva. Não tem o sentido da autolimitação nem o senso da justa medida. Por isso está em crise, perigosa para o seu próprio futuro.” Por analogia, podemos

²⁵⁶ CAPRA, Fritjof. Op. cit. p. 253.

²⁵⁷ BOFF, Leonardo. *Ética e Moral a busca dos fundamentos*: Vozes. Petrópolis. RJ. 2003. p.10-11

²⁵⁸ Op. cit. p. 69-70.

entender com Boff, que, se “a justa medida é o ótimo relativo, o equilíbrio entre o mais e o menos”, o Contrato em sua finalidade última como gerador do progresso social pode ajudar a alcançar o equilíbrio, usando de forma moderada seus princípios reguladores, como fonte construtora de equilíbrio social.

.Paulo Luiz Netto Lobo²⁵⁹ quando examina o princípio da função social do Contrato, emite o seguinte pensamento:

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são preponderantes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta a ao ampliar o tráfico jurídico. [...]

No Código Civil de 2002, a função social surge relacionada à liberdade de contratar, como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de especificidade do direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código, a função social não é simples limite externo ou negativo, mas limite positivo, além de determinação de conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos ‘exercida em razão e nos limites da função social do contrato’.

O Contrato de Franquia Empresarial, pois, tanto em sua formação, como na sua fase de execução, como qualquer outro Contrato de execução continuada, deverá harmonizar a autonomia da vontade com a função social que exerce na contextura social. O ordenamento jurídico abandonou a fase individualista e patrimonial para adentrar, com absoluta

²⁵⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil*: Nossa Livraria. pp. 15-16. Apud JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Op. cit. p. 13.

segurança, em ambiente que assegure a humanização dos negócios jurídicos contratuais. Há uma transformação imposta ao direito privado que, embora não o desconfigure, passa a ser regido por princípios que visam a diminuir os efeitos de forças dominantes que, ainda pregam o liberalismo econômico²⁶⁰.

Para todas as culturas que tanto influenciaram a nossa, como a egípcia, a grega, a latina e a hebraica, que sempre postularam a busca da justa medida, bem como o budismo e a filosofia ecológica do Feng-Shui chinês. Para todas, o símbolo maior era a balança e as respectivas divindades femininas, tutoras da justa medida²⁶¹. E a justa medida não permite o predomínio dos poderosos sobre os mais fracos. Não é sem sentido que o símbolo do direito é a balança e a representante da justiça é a divindade feminina Themis.

Ainda, segundo Leonardo Boff.

Vivemos hoje grave crise mundial de valores. É difícil para a grande maioria da humanidade saber o que é correto e o que não é. Esse obscurecimento do horizonte ético redundará numa insegurança muito grande na vida e numa permanente tensão nas relações sociais que tendem a se organizar ao redor de interesses particulares do que ao redor do direito e da justiça. Tal fato se agrava ainda mais por causa da própria lógica dominante da economia e do mercado que se rege pela competição, que cria oposições e exclusões, e não pela cooperação que harmoniza e inclui. Com isso se onera o encontro de estrelas-guia e de pontos de referência comuns, importantes para as condutas pessoais e sociais.

Com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, o

²⁶⁰ DELGADO, José Augusto. Op. cit. p. 15 – 16.

²⁶¹ BOFF, Leonardo, Op. cit. p. 71.

Contrato passa a ser uma estrela guia dentro do contexto social. E o Contrato de *Franchising*, como antes mencionado, tem como atrativo o fato da possibilidade de pequenos empresários conseguirem um crescimento rotundo e vertiginoso por meio da Franquia Empresarial, vez que se constituíssem uma Empresa, com todos os aparatos que a Franquia oferece, teriam seu custo original por demais alargado e o tempo para a marca se solidificar no mercado – se é que isso aconteceria – seria demasiado extenso, para colher os frutos que a Franquia oferece em menos tempo.

Para o Franqueador os custos são diminuídos notavelmente e para o Franqueado, a Franquia parece ser a uma das únicas ferramentas que tem o pequeno comércio para defender-se da grande concentração das megaempresas, que se fundem, incorporam, transformam-se e dominam os nichos mais importantes do mercado, desse modo alcançando economias de escala contra as quais é difícil competir.

É visível a necessidade das pequenas e médias empresas unirem-se mediante fusões ou fazer acordos para formar uniões que as permitam competir, evitando cair em total descontrolo estratégico e desaparecer do mercado.

Na maioria dos casos, a Franquia atua como um gerador de empregos para o Franqueado e sua família. Daí ter-se afirmado que os candidatos mais factíveis a adquirir uma Franquia sejam pessoas desempregadas, especialmente gerentes despedidos, que têm em seu poder o dinheiro de uma indenização.

Vê-se na Franquia Empresarial, bem como em todos os

processos distributivos, um elo entre a produção e o consumo, e nisso uma circulação mais rápida de riquezas.

A função social neste tipo de Contrato não é diferente da função social dos Contratos em geral. Encontra-se basicamente nos benefícios a coletividade, como geração de empregos, distribuição de riqueza, desenvolvimento cultural, etc... Tudo que aja de forma prejudicial a esses aspectos pode ser considerado como conflitante com a função social.

A cláusula geral da função social do Contrato presente no art. 421 do CC/2002 não determina a conduta ou especifica uma consequência jurídica ao seu descumprimento.

Na verdade como acontece com estes tipos de normas, princípios - implícitos ou expressos - ou cláusulas gerais, é que são construídas a posteriori e conforme o caso concreto, é possível determinar os padrões ou parâmetros do que é considerado conforme e o que será considerado desconforme a função social deste Contrato.

Sobre os parâmetros do que é a função social, podemos adotar por analogia o conteúdo contido nos artigos 170 e 186 da CF/88 como indicativos, uma vez que os dispositivos citados tratam na verdade de uma concretização do sentido da função social das atividades econômicas em geral e da propriedade rural.

Assim, seria de acordo com a função social o Contrato de Franquia que não implicasse em prejuízo aos consumidores em geral, nem em risco a direitos dos trabalhadores, que propiciasse mais eficiência e justiça na produção e distribuição de bens e serviços, no aumento de

empregos, ou seja, na dicção de ALBUQUERQUE BRAGA²⁶², “fazer com que o interesse econômico de cada agente de mercado se ajuste ao interesse do desenvolvimento nacional e do bem estar geral”.

A Franquia tem por objeto o desenvolvimento acelerado das Empresas contratantes, mediante a conjunção de recursos financeiros e humanos, e seu marco maior é o de uma relação comercial solidária. São deveres e obrigações que traduzem a necessidade da observância da finalidade social nesta relação contratual, desde o início da avença até mesmo após a execução do Contrato, sob pena de violação ao princípio da boa-fé objetiva. Esta não reflete apenas uma regra de conduta, mas consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do diploma civil. Os limites impostos aos direitos subjetivos dos contratantes, denotam a restauração de princípios já consagrados na Constituição Federal, quais sejam da dignidade humana e social. Desse modo, o Contrato ganhou nova roupagem, permitindo-se uma visão mais humanista, deixando de ser apenas um meio para obtenção de lucro.

“Assim, na construção da doutrina pode-se verificar que o Código Civil garantiu a permanência da autonomia privada, concedendo às partes o direito de contratar com liberdade, desde que respeitados os limites de ordem pública, pela cláusula geral da boa-fé objetiva e da função social do Contrato²⁶³”.

Os modernos Contratos de Prestação de Serviços e Distribuição de Produtos, desempenham relevante função de adequação da

²⁶² ALBUQUERQUE BRAGA., Carlos David. Op. cit. P. 66.

²⁶³ CARLINE, Maria Fernanda. *Monografia para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná, sob orientação deste mestrando*: 2004.

produção às necessidades do consumo; possibilitam a entrada de pequenos e médios empreendedores no livre mercado, ampliando a saudável concorrência, geram empregos e impostos e garantem o acesso de consumidores a Produtos e Serviços, de elevada e permanente qualidade, a custos racionalmente reduzidos²⁶⁴.

Pelo exposto, o Contrato de Franquia é um dos instrumentos mais avançados de distribuição e comercialização de Produtos. A sua função social se materializa além dos aspectos acima expendidos, na expansão da economia e no mercado consumidor quando coloca inúmeros Produtos e Serviços ao alcance do homem.

5.4.- NORMAS APLICÁVEIS À FRANQUIA EMPRESARIAL.

No Brasil, além da Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994, a Franquia é regida supletivamente pelo direito das obrigações, desde o advento do atual Código Civil, vigorando desde 2002²⁶⁵. A ela aplicam-se ainda, as regras do Código de Propriedade Industrial, no que tange à cessão do direito de uso de marca ou patente. E mais, as leis de defesa da concorrência e repressão ao abuso do poder econômico, além de outras de índole fiscal. A Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996 (Código de Propriedade Industrial), trata da averbação do Contrato de Franquia, bem como do Contrato de licença de marca. Atos normativos e resoluções

²⁶⁴ THEODORO JR. Humberto e THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. Op. cit. p. 43.

²⁶⁵ ALBUQUERQUE BRAGA. Op. cit. p. 23. Obs. O autor entende que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável nas relações entre franqueador e franqueado.

infralegais também dão sustentação às operações franqueáveis²⁶⁶.

5.5. O FRANCHISING E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Por outro lado, não se pode afirmar que ao indigitado Contrato pode ser aplicada a norma emanada do Código de Defesa do Consumidor, pois como afirma Rui Stoco²⁶⁷ e no mesmo sentido Silvio Venosa²⁶⁸, se a Franquia está acobertada pelas regras contidas no Código Civil, não há como afirmar a aplicação, também, das regras de estatuto diverso (Código de Defesa do Consumidor), sob pena de *contraditio in terminis*, pois aquele funda-se em princípios diversos daqueles consagrados neste. E mais, o Código do Consumidor protege o consumidor final e não o intermediário.

Assim sendo, e contrariando alguns autores, entre eles, Jorge Lobo²⁶⁹, que sustenta que “o Franqueado, *ex vi* do Código Nacional de Defesa do Consumidor, é considerado consumidor do produto ou serviço fabricado ou vendido pelo Franqueador, estando, pois, protegido pelo CDC, não admitindo, por isso, o Contrato de Franchising determinadas cláusulas que não se subsumam nesse estatuto”, Rui Stoco adverte: relação de consumo é toda relação jurídica contratual que envolva a compra e venda de produtos, mercadorias, bens móveis e imóveis, consumíveis ou

²⁶⁶ Parecer Normativo nº 143/75, da Secretaria da Receita federal, que trata do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza incidente na relação entre franqueador e franqueado; a Resolução nº 35, de 29 de junho de 1992, do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI -, que dispõe sobre averbação dos contratos de franquia empresarial, e o Ato Normativo nº 135, de 15 de abril de 1997, do mesmo instituto, que normatiza a averbação e o registro de contratos de transferência de tecnologia e franquia.

²⁶⁷ STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no franchising e o Código de Defesa do Consumidor*. p. 6. site. www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo2.

²⁶⁸ Op. cit. p. 595.

²⁶⁹ Op. cit. p.41.

inconsumíveis, fungíveis ou infungíveis, adquiridos por consumidor final, ou a prestação de serviços sem caráter trabalhista²⁷⁰, ou seja, não há relação de consumo entre Franqueador e Franqueado.

Por outra via, analisando a questão, Paulo C. Mauro, alerta sobre o fato de o CDC mencionar que a responsabilidade pelo dano, se não for identificado o causador direto, será do proprietário da marca ou nome comercial em que se originou o dano. Conclui o autor que o Franqueador será o responsável pelos atos de seus Franqueados, e que caberá a ele descobrir a quem cabe a culpa, pois o consumidor poderá pedir a indenização diretamente do Franqueador. Para essas situações é previsto o direito de regresso ao Franqueador, que poderá, após descoberto a quem cabe a culpa, pedir do culpado a restituição do valor gasto com a indenização do consumidor, ou quaisquer outros custos.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990), adota a teoria da responsabilidade objetiva e age em favor do consumidor por meio da inversão do ônus da prova. Determina ainda, que a responsabilidade perante o consumidor é do produtor, do fabricante e do intermediário, donde conclui-se que a relação de consumo existente se dá entre Franqueador e Franqueado com relação ao consumidor.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor – CDC – disciplina a responsabilidade perante o consumidor por fato ou vício do Produto. Caso o Produto ou o Serviço venha causar danos aos

²⁷⁰ STOCO, Rui . *Juizado Especial e a defesa do consumidor*.: Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual penal e comercial, n. 23, p. 413-414. l. quinz: dez.1996. p 413.

consumidores, fabricantes, produtores e prestadores de serviço, responderão pelos danos causados. Os últimos responderão independentemente de culpa aos danos causados aos consumidores por defeitos na Prestação de Serviços e por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos²⁷¹

O Franqueado encontra-se no CDC como intermediário ou fornecedor, para o caso de vir a ser obrigado a reparar algum dano a um consumidor. Neste caso terá direito de reaver a indenização do Franqueador, desde que tenha agido conforme as especificações deste, na proporção de sua participação no resultado danoso, ou seja, aquilo que despendeu, conforme regra do art. 13, parágrafo único do CDC.

Melitha Prado Funaro, sob o manto da autonomia das partes, entende que o Franqueador poderá ser responsabilizado por incidentes de consumo ocorridos na atividade do Franqueado e afirma:

Sendo assim, deve-se levar em conta que o consumidor que se utiliza dos produtos ou serviços oferecidos pelo franqueado está, na realidade, se dirigindo ao sucesso de uma marca e esperando o mesmo tratamento e qualidade oferecidos pelo franqueador. Parece que aí, não há como fugir da responsabilidade objetiva do franqueador²⁷².

De sorte que, segundo Agnes Pinto Borges²⁷³, existem casos em que claramente a responsabilidade é do Franqueador. Por exemplo, quando o Franqueador é fabricante do produto, poderá ele ser

²⁷¹ Arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.

²⁷² FUNARO, Melitha Prado. *A responsabilidade civil do franqueador pelos atos praticados pelo franqueado ou empregador deste*. Revista do Advogado. n. 30. p. 19.

²⁷³ BORGES, Agnes Pinto. *A Parceria Empresarial no Direito Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. PUC/SP. 2001.

responsabilizado independentemente de culpa pelos danos causados aos consumidores que porventura tenham adquirido os produtos em suas Franqueadas. É o caso da Franquia Industrial. Todavia, afirma a autora, que no caso da Franquia de Serviços, tal fato já não ocorre. O dano ao consumidor, diz ela, “pode ser causado tanto por uma falha no “modelo de empresa” da Franquia em questão, quanto por falha do Franqueado no exercício de sua atividade²⁷⁴”.

Certo é que, para o consumidor isto é de somenos importância, já que tem à sua disposição um leque amplo de opções, por intermédio do CDC, para que tenha seu dano ressarcido.

De outra sorte, a relação entre Franqueador ou Franqueado e o consumidor encontra proteção no Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade esta, objetiva, nos termos dos arts. 12 a 14 do CDC. No entanto, Rui Stocco enfatiza que, das relações, tratativas e mesmo concretização da avença entre Franqueador e Franqueado poderá surgir terceiro prejudicado, alegando, por exemplo, ter sido preterido pelo primeiro, quando da escolha de seus representantes ou *longa manus*²⁷⁵.

Afirma Stocco²⁷⁶,

De regra, não se poderá inserir responsabilidade do franqueador, se este apenas deu publicidade à sua intenção de encontrar parceiros em sua atividade e, para tanto, iniciou um processo de escolha, com regras e condições previamente estabelecidas, fazendo constar da circular de oferta de franquia as informações e requisitos estabelecidos no art. 3º da Lei n. 8955/94.

²⁷⁴ Op. cit. p. 127.

²⁷⁵ STOCCO, Rui. Op. cit. p. 414.

²⁷⁶ STOCCO, Rui. Op. cit. p. 414

A disputa e a concorrência para obtenção do direito de assumir a condição de franqueado traduz pressuposto ou regra, pois se a intenção é de franquear 20 lojas e surgem 300 candidatos, ressuma evidente que boa parte não logrará êxito.

Nem por isso se poderá impor o dever de indenizar pela só razão de não ter sido escolhido.

Mas se o franqueador comunicou ao candidato ter sido ele o escolhido e este, diante dessa circunstância, iniciou os preparativos e suportou despesas se, contudo, obter efetivamente a concessão, então poderá pleitear o ressarcimento de quanto despendeu.

Diante do exposto, convém afirmar que, o CDC aceita como relação de consumo qualquer avença entre prestador de Serviço, fornecedor ou produtor e o consumidor, independente da qualificação jurídica do bem ou do Serviço prestado, desde que se trate de consumidor final e não do intermediário, como é o Franqueado.

5.6 UM BREVE APORTE SOBRE ALGUMAS HIPÓTESES DE ANULABILIDADE DO CONTRATO DE FRANQUIA

Costumam os Franqueadores inserirem nos Contratos a Cláusula de Não Concorrência.

Via de regra, esta cláusula estipula, em síntese, que em caso de rescisão do Contrato de Franquia, a Franqueada, assim como seus sócios e gerentes (administradores), estariam impedidos de atuar comercialmente, direta ou indiretamente, no mesmo ramo da Franqueadora, situada no Município da sede dos Franqueados indicados

no preâmbulo do Contrato, durante o período de vigência e após determinado prazo de seu término ou de sua rescisão, sob pena de pagarem multa pactuada na avença.

Note-se que esta cláusula poderá ser considerada abusiva, ilegal e inconstitucional, vez que fere o direito constitucional dos Franqueados – sócios ou administradores -, em exercer livremente atos de comércio relativos à sua atividade empresarial, limitando a livre concorrência, podendo, portanto, ser considerada nula de pleno direito.

Como é sabido, o Contrato de Franquia é caracterizado pela doutrina e pela jurisprudência como sendo um Contrato de Adesão, no qual a parte economicamente mais fraca, no caso a Franqueada, não pode discutir suas cláusulas.

Portanto, tal impedimento contratual estaria a violar os princípios gerais da atividade econômica, previstos no artigo 170, inciso IV e parágrafo único da Constituição Federal, dentre os quais, o da livre concorrência e o do livre exercício de qualquer atividade econômica, além do direito individual do livre exercício profissional, previsto no artigo 5º, XIII, da Carta Magna.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV – livre concorrência.

Art. 5. V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Além de estar infringindo a Constituição Federal, a cláusula supra mencionada feriria ainda, as disposições da Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a repressão e prevenção às infrações à ordem econômica.

O artigo 20 da Lei nº 8.884/94, expressamente define como infração da ordem econômica o ato que vier a:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

... IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços....

Utilizando-se por analogia o Código de Defesa do Consumidor, tem-se em seu artigo 51, que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de Produtos e Serviços que:...

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa fé ou a equidade”.

A jurisprudência dos nossos Tribunais, ao que parece já fixou seu entendimento quanto ao tema, como se vê a seguir:

“AÇÃO COMINATÓRIA – CONTRATO DE FRANQUIA – A CLÁUSULA QUE IMPEDE O FRANQUEADO, APÓS O TÉRMINO DO PACTO, DE EXERCER AS ATIVIDADES CONCORRENTES

ÀS FRANQUEADAS DURANTE O PERÍODO DE 10 ANOS – CLÁUSULA ABUSIVA – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 170, IV E § ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E, POR ANALOGIA, DO ARTIGO 51, IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.”(TJPR-Ap. Civ. n.º 41.592-9 – 5º Câm. Civ. – Rel. Ulysses Lopes – Ac. 160 – julg. Em 08/08/95).

Neste breve aporte, vislumbra-se a possibilidade, que dita cláusula poderá, dependendo da situação fática, pelas razões expostas, ser declarada nula de pleno direito, tendo em vista afrontar a Constituição e as demais leis aplicáveis ao caso, além de, em muitos casos, ser desproporcional ao tempo de duração do Contrato.

Por outra via, ocorre que, a Lei 8955/94 determina em seu artigo terceiro que: “Sempre que o Franqueador tiver interesse na implantação de sistema de Franquia Empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se Franqueado uma Circular de Oferta de Franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações”.....:

Pois bem, as informações constam em quinze incisos, também subdivididos. Entre as informações que deve conter a Circular de Oferta de Franquia e que devem ser apresentadas aos interessados, estão:

- a) balanços e demonstrações financeiras da empresa Franqueadora relativos aos dois últimos exercícios. Visa o legislador, por óbvio, a que o Franqueador demonstre sua idoneidade financeira, pelo menos...
- b) 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. A intenção é a de que um litígio não venha, mais tarde, prejudicar o Franqueado. c) descrição detalhada da Franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo Franqueado. Aqui, resta claro que, a intenção é deixar o futuro Franqueado sabedor das qualidades e defeitos do negócio, bem como das suas possibilidades de êxito ou não. d) relação completa de todos os Franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, como nome, endereço e telefone. Com certeza a intenção do legislador era a de dar ao Franqueado a possibilidade de conhecer a concorrência e até mesmo obter maiores informações sobre a Franquia.

Citamos apenas quatro exigências impostas pela Lei 8955/94 e que devem estar contidas na Circular de Oferta de Franquia.

Podemos assim destacar, fundamentados em Nelson Abrão²⁷⁷, que a Circular, dá a nítida impressão de generalidade, como se todos os Franqueadores fossem sair à busca de Franqueados e, estes não possuíssem nenhum conhecimento mercadológico e acéfalos estariam à mercê das mazelas daqueles.

A lei exige a total transparência da Franqueadora perante o candidato a Franqueado e dá a ele, porquanto determina o art. 4º, a possibilidade de “argüir a anulabilidade do Contrato e exigir a devolução de todas as quantias que já houver pago ao Franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de Taxa de Filiação e “Royalties”

²⁷⁷ Op. cit. p. 39

devidamente corrigidos pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança, mais perdas e danos”, caso a Circular de Oferta de Franquia, não lhe tenha sido entregue na forma disposta em Lei.

O legislador, entendeu que, nas circunstâncias atuais, comerciantes assinem contratos sem conhecer as condições básicas do negócio. O tratamento dado aos Franqueados, apesar das minúcias, chega às raias de não determinar um prazo para que o pedido de anulabilidade do contrato seja externado, dando ao Franqueado, a possibilidade de adquirir todo o treinamento necessário para a condução do negócio, o *Know-how* adquirido com a experiência do Franqueador, o possível lucro com a permanência da Franquia por quase todo o prazo do contrato normalmente fixado por cinco anos, para, ao final, valendo-se da indigitada Lei, alegar irregularidades na Circular de Oferta de Franquia e requerer a anulabilidade da avença e ainda as cominações impostas pela lei, acrescidas de perdas e danos.

Diante das possíveis e evidentes possibilidades de utilização da Lei pelo Franqueado ora apontadas, esta poderá estar contribuindo para que haja a usurpação de *Know-how*, em caso de possíveis dificuldades ou impossibilidades no cumprimento de algum dos termos exigidos pela Circular de Oferta de Franquia pelo Franqueador.

Assim, tornando-se Franqueados, muitos têm seus pontos comerciais remodelados pela Franqueadora, usufruem a Franquia, adquirem o *Know-how* necessário para o negócio e, próximo ao final do contrato, requerem em juízo, através de ações declaratórias de anulabilidade, os direitos que a Lei a eles proporciona em detrimento do

Franqueador.

São questionamentos, que poderão, em alguns casos, ficar evidenciados, especialmente pela natureza adesiva dos Contratos de Franquia Empresarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

De todo o exposto, pudemos extrair da pesquisa realizada as seguintes considerações:

A Franquia Empresarial é um elo de facilitação entre o produtor e o consumidor.

Um contrato de Franquia Empresarial deve estabelecer uma forma de parceria estratégica para distribuir ou comercializar Produtos ou Serviços com o objetivo de melhorar sua competitividade. A Empresa Franqueadora, possuidora de uma marca com um determinado *Know-how* que a identifica, cede a terceiros que têm algum capital – Franqueados -, o direito exclusivo de distribuição em determinado local ou área geográfica por um período pré-estabelecido e seguindo seus padrões de operação.

Na Franquia ocorre a cooperação entre Empresas, porém mantendo a autonomia de cada uma, independência e personalidade jurídica. Embora a independência jurídica seja evidente, a econômica já não é, pois o Franqueador é o economicamente mais forte e dita as regras ao Franqueado. Eventualmente poderá ele aceitar sugestões que poderão ser aceitas.

Vários são os critérios de classificação das Franquias, os mais utilizados são: Franquia de Distribuição ou de Produtos, Franquia Industrial e Franquia de Serviços.

A Franquia Formatada (*Business Format Franchising*), é

conseqüência da própria evolução do Instituto Franquia, pois é a chamada forma de Franquia Múltipla, onde o Franqueador cede ao Franqueado técnicas comerciais, industriais ou métodos de Serviços, expostos em manuais de operações, a marca, o logotipo, o *Know-how*, assessoria técnica e de treinamento contínuo (jurídica, fiscal, tributária, financeira, de engenharia, pesquisa de localização de ponto de venda, marketing, informática), além de prestar Serviços de supervisão nas operações de comercialização e de administração geral do Franqueador.

No *Business Format*, o Franqueador presta assistência total e permanente ao Franqueado.

Embora, com o advento da Lei 8955/94, tenha se tentado tipificar o Contrato, esta não o regula. Em razão disso, entende-se seja ele um Contrato complexo que abrange diversas figuras jurídicas afins, tais quais: Contrato de transferência de *Know-how*, concessão de vendas, representação comercial, Contrato de licença, cessão de patentes e outras.

Analisou-se a Lei regente deste tipo de relação obrigacional, e observou-se que, para muitos doutrinadores, embora esta tenha definido o Contrato de Franquia, tipificando-o, ele ainda é Atípico, em razão de o conteúdo da relação jurídica não estar definido na norma, portanto, sujeito às regras dos Contratos em geral, aplicadas analogicamente.

O art. 3º da Lei 8955/94 é o que impõe o dever de transparência nas relações contratuais (*full disclosure act*), para tanto, o Franqueador fica obrigado a apresentar ao candidato a Franqueado, antes da assinatura do Contrato definitivo uma Circular de Oferta de Franquia

(COF).

A COF é um documento onde a Empresa Franqueadora revela todas as informações referentes ao negócio por ela oferecido por meio do sistema de Franquia, tais como: descrição do negócio a ser Franqueado, estratégia de marketing, pendências judiciais, nome de outros Franqueados, pendências financeiras, manuais de treinamento de pessoal e outras tantas informações. O objetivo é dar proteção ao Franqueado interessado a adquirir a Franquia.

Está saliente na pesquisa que as regras do Código de Defesa do Consumidor não são aplicáveis ao Contrato de Franquia, vez que o Franqueado frente ao Franqueador deve ser considerado intermediário e não consumidor final.

Contudo a assertiva acima vem sendo contestada por uma corrente teórica denominada maximalista, que entende que a proteção do Código do Consumidor estende-se ao comerciante, mesmo quando este seja tão somente destinatário fático do bem ou serviço e não destinatário final, como determina o art, 2º da Lei 8078/90, que regula as normas de defesa do consumidor.

Os pontos fundamentais do Contrato de Franquia Empresarial são: o objetivo do Contrato; limite territorial; prazo contratual que deverá ser no máximo superior ao prazo necessário ao retorno dos investimentos realizados, cogitando-se da renovação automática; o pagamento das taxas deve ser exposto claramente, sejam elas fixas (taxa de Franquia) ou variáveis (“Royalties” e Taxa de Publicidade); definição de regras no concerne à supervisão e assessoria a serem prestados pelo

Franqueador.

Deve também conter esquemas de treinamento dos Franqueados, fornecimento de manuais, bem como no que concerne ao fornecimento de Produtos, se houver.

Na hipótese de rescisão, devem estar definidos no Contrato em que situação ela será cogitada, prevendo-se também a possibilidade ou não de pagamento de indenizações, bem como os impedimentos a que estarão sujeitos os Franqueados, após a rescisão do Contrato.

O Contrato de Franquia Empresarial exerce importante função social, tais quais os modernos Contratos de Prestação de Serviços e de Distribuição de Produtos, desempenhando relevante função de adequação da produção às necessidades de consumo.

Com a Franquia Empresarial, pequenos e médios empreendedores têm acesso ao livre mercado, ampliando a saudável concorrência, gerando empregos e impostos e garantindo o acesso de consumidores a Produtos e Serviços de elevada e permanente qualidade, a custos em regra mais reduzidos.

A Franquia Empresarial sendo um elo entre a produção e o consumo, possibilita uma mais rápida circulação de riquezas.

Sem dúvidas o Contrato de Franquia, dentro de sua proposta, vem suprimindo as novas demandas da sociedade de consumo, adequando-se às suas exigências e complexidades, viabilizando a

permanência de grandes e pequenos empresários nos novos negócios.

Projetos de alteração da Lei 8.955/94, já circulam pela Câmara Federal, visando adequá-la ainda mais ao mudo contemporâneo dos negócios.

Na elaboração desta pesquisa, levamos em consideração a liberdade contratual, especialmente com relação à livre iniciativa e à livre concorrência, fundamentos essenciais para a economia de mercado de um mundo globalizado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRÃO, Nelson. Da franquia comercial: franchising. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984.

AGUIAR, Ruy Rosado de, *Cláusulas Abusivas no Código do Consumidor, in Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Coordenação de Cláudia Lima Marques, Livraria Editora do Advogado, Rio Grande do Sul.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano: *Instituições de direito romano; direito das obrigações; direito de família; direito das sucessões*. 3.ed. Rio de Janeiro, 1980.

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

ARISTÓLES, *Ética A Nicômaco. Os pensadores*. Trad.: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 1 ed. São Paulo: Victor Civita, 1973.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. *Franchising: Código de auto regulamentação*. São Paulo. Saraiva : ABF, (1996).

ATIENZA, Manuel Rodriguez. Sobre la analogía el derecho: *ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. 1 ed. Madrid: Civitas, 1986.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos*. Sao Paulo: José Bushatsky, 1975.

BALDI, Roberto. *Il contratto di agenzia – La concessione di vendita – Il franchising*. 5 ed. Milano: A. Giuffré Editore, 1992.

BALTAR, Marcelo. *Franchising: Um rublo que fatura cada vez mas*. Site <http://users.copetel.com.ag>. Acesso em 21.11.2004

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2002.

BARROSO, Luiz Felizardo . www.felizardo.com.br. O Globo, Caderno Boa Chance 20/10/96, acesso 17 de agosto de 2004.

BASSO, Maristela. *Joint venture: manual prático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

BESSIS, Philippe. *Lê contrat de franchisage. Notions atuelles et apport du droit européen*. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence (LGDJ), 1992.

BESSONE, Darcy. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*, São Paulo: Saraiva. 1959.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica*. 5ª tiragem: Ed Rio. 1940.

BIANCA, Massimo C. *Diritto Civile, L'Obbligazione*, vol. IV: A. Giuffré Editore, Milano, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto et al... *Os Contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____, *Direito dos Contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *Franchising*. Enciclopédia Saraiva do direito. Coord.: R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. *Ética e Moral a busca dos fundamentos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza Jurídica do Contrato de "Franchising"*, Revista dos Tribunais, v.79, n. 653/55, mar.1990.

BORGES, Agnes Pinto. *A Parceria Empresarial no Direito Brasileiro*. Dissertação de Mestrado. PUC/SP. 2001.

BRAGA, Carlos Eduardo Albuquerque. *Franquia Empresarial. Responsabilidade Civil do Franqueador Perante Terceiros*. Dissertação de mestrado – PUC/SP. 2003.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

BULGARELLI, Valdério. *Contratos Mercantis*, 5ª ed, São Paulo: Atlas, 1990.

CARLINE, Maria Fernanda. *A Boa-Fé nos Contratos*. Monografia para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná, sob orientação deste mestrando: 2004.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. Cultrix. São Paulo. 1995. p.226.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da propriedade industrial*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. (vol 1 e 2).

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*: 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

CHERTO, Marcelo Rapozo. RIZZO, Marcus. *Franchising na prática*. Ed. Makron Books. São Paulo. 1995.

CHERTO, Marcelo Rapozo. *Franchising: Revolução no marketing*. São Paulo, 3. Ed. E. McGraw-Hill. 1989.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Considerações sobre a Lei de Franquia*. Revista da ABPI. n. 16.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, Saraiva. SP. 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. Ed. Saraiva São Paulo.

COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e Concessão de Venda no Brasil: da consagração ao repúdio. Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORREA LIMA, Sergio Mourão. *Direito de Empresa no Novo Código Civil (Contratos no Novo Código Civil)*. Coordenador Frederico Viana Rodrigues. R.J.: Ed. Forense. 2004.

COSTA, Dilvanil José da. *Sistema de direito civil à luz do novo código* 1ª ed.: Forense. Rio de Janeiro, 2003.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 4. ed. Coimbra Editora. 1984. Coimbra, Portugal.

CRETELLA NETO, José. *Do Contrato Internacional de Franchising*. 2ª ed. Forense. S.P., 2002.

CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz, artigo publicado no site www.mundojuridico.adv.br. acesso em 10 de janeiro de 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. 2ª Ed. Juruá. Curitiba. 2003.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil* (vol. II). Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

DE GIOIA, Valério. *Il Contrato di Franchising*. Ed. Experta, S.p.A. Trento, 2004.

DELGADO, José Augusto. *O Contrato no Código Civil e a sua Função Social*. Revista Jurídica 322, p. 7. Notadez, Porto Alegre, Agosto/2004.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 13 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. Saraiva, São Paulo, 2002.

_____. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiúza. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DONI, Geraldo Júnior. *Responsabilidade civil do advogado e a ética no exercício da profissão*. 2 ed. Curitiba. Juruá. 2001.

EPPINGER, Elis Regina Takada - *Dissertação de mestrado – PUC/SP*. 1996.

FERNANDES, Lina. *Do Contrato de Franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO ALVES, Jonas. *Novo Código Civil Comentado*. Coordenador Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva. 2003.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas Abusivas nos Contratos*. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 12.

FOSTER, Denis L. *O livro Completo do Franchising*. Tradução de M.E. Cabral de Melo: The complete franchise book. Livraria e Editora Infobook, Rio de Janeiro. 1995.

FRAGOSO, Joana Luzia Rocha. Dissertação de Mestrado: *O Contrato de Franquia*. Puc/SP. P. 23.

FRIGNANI, Aldo. *Il Franchising: Manuali teorico-pratrici dei nuovi contratti commerciali*: UTET. Editrici Torinese. Torino, Italia, 1990.

FUNARO, Melitha Prado. *A responsabilidade civil do franqueador pelos atos praticados pelo franqueado ou empregador deste*. Revista do Advogado. n. 30. p. 19.

GOMES, Orlando. *Contratos*, Atual.: Humberto Theodoro Júnior. 18 ed.: Forense, Rio de Janeiro, 1999.

_____. *Contrato de adesão (condições gerais dos contratos)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1967.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. III*. Saraiva. SP. 2004.

GUIMARAES, Haina Eguia. *A função social dos contratos em uma perspectiva civil- constitucional*. www. Jus Navigandi. Acesso em 27/10/2004.

GUYENOT, Jean. *Que és el Franchising? Concesiones comerciales*. Trad. S.Julio Rotman y Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1977.

HUTTON, Adrian Jiménez, site. www.aaf.com.ar (associação Argentina de franchising) Acesso em 10.10.2004.

_____. *Direito intertemporal e o novo código civil*. 2ª ed.: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.

KIGNER, Luiz. *Os Modernos Contratos e o Direito Brasileiro, in Os Negócios e o Direito* (coordenadora: Vera Helena de Melo Franco), São Paulo, Ed. Maltese, 1992, p. 86.

LEMKE, Nardim Darcy. *O Direito de Clientela na Franquia*. Dissertação de Mestrado. Univali. Itajaí. SC. Agosto de 2001.

LELOUP, Jean Marie. *La Franchise: droit et pratique*, 3 ed. Paris: Delmas, 2000.

LIENDO, Verônica. *Franchising: Um rublo que fatura cada vez mas*. Site <http://users.copetel.com.br>. Acesso em 21.11.2004

LOBO, Jorge. *Contrato de Franchising*. 2. ed. R.J: Forense. 1997.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Constitucionais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil*. Artigo publicado em Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista do Tribunais, n, 42: abr/jun. 2002.

MACIEL, Maria Terezinha Manso *dissertação de mestrado* – PUC/SP. 2004

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Comentários ao novo código civil*. Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações, vol. V, 1ª ed. : Forense. Rio de Janeiro, 2003.

MARTINS, Fran, *Contratos e Obrigações Comerciais*. São Paulo: Forense. 14ª ed. 2000.

MARX, Carl e ENGELS, Frederich. *Manifesto do Partido Comunista*. Ed. Cortez, São Paulo: 1998.

MAURO, Paulo C. *Guia do Franqueador: como fazer sua empresa crescer com o franchising*. 3. ed. São Paulo: Nobel, 1999.

MELO, Claudineu. *Contrato de distribuição*, São Paulo: Saraiva, 1987.

MELLO, Adriana Mandin Theodoro de. *Responsabilidade Civil na Extinção do Contrato*. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

MENDELSON, Martin. *A essência do franchising*. 5ª ed. São Paulo: ABF, 1994.

MILMAN, Fábio. *Franchising: Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*, São Paulo, Saraiva, 2003.

NERY Júnior, Nelson. *Contratos no Código Civil – apontamentos*. LTr.2003.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover et al. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. *Comentários ao novo código civil*. Parte especial, das várias espécies de contratos. Coordenação Antonio Junqueira de Azevedo: Saraiva. São Paulo. 2003.

NIMO, Mercedes, *Revista Alimentos Argentinos*, nº 9, p. 4.

NOVOA, Melitha Prado. *Relações Mercantis*. Site. www.sofranquias.com.br/artigos, acesso em 25/11/2004.

PAESANI, Líliliana Minardi, VEIGA, Elisa Yamasaqui. *Aplicação do novo código civil nos contratos empresariais*. 1 ed. São Paulo: Manole, 2004..

PASOLD, César Luiz. *Direito de Empresa na Lei 10406/2002: Primeira Percepção Descritiva com Breve Aporte Analítico*. Revista Jurídica. FURB. CCJ. Ano 6 n. 11/12 p. 14/15. Blumenau/SC. 2002.

_____. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador de direito*. 8 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. III, 18 ed. Atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. RJ: Forense. 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato*. 1ª Ed. Brasil: Saraiva. São Paulo. 1985

PRATA, Ana. *Cláusulas de Exclusão e limitação da responsabilidade contratual*: Livraria Almedina, Coimbra. 1985.

RAVAZZI, Giancarlo. *Franchising ? Sì, però....* Franco Angeli, Milano Italia, 1996.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. (V.1), 16 ed. S.P.: Saraiva, 1985.

_____. *Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas*.
Revista dos Tribunais. São Paulo: RT.521/41. 1967.

Revista Consultor Jurídico, 18 de setembro de 1998.

RIPERT. George. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller. 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2 ed.:Forense. Rio de Janeiro. 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*.(vol. III), 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SAAD, Ricardo Nacin. *Representação Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 6.

SANTOS, Antonio Jeová, *Função Social, Lesão e Onerosidade Excessiva nos Contratos*: Ed. Método, p.126-127. São Paulo, 2002.

SILVEIRA, Newton. *A Propriedade Intelectual e As Novas Leis Autorais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Know-how* – II. Enciclopédia Saraiva de Direito. Cood. R. Limongi França. Saraiva:, 1997.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising. Aspectos jurídicos e contratuais*. 3. Ed: Ed. Atlas, São Paulo. 1988.

Site: <http://empresas.globo.com/empresasenegocios/>.

Site: <http://www.apfranchise.org/faqs.shtml> (Associação Portuguesa de Franchising).

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil no franchising e o Código de Defesa do Consumidor*.p. 6. site www.cjf.gov.br/revista/numero4/artigo2.

STOCO, Rui . *Juizado Especial e a defesa do consumidor*. Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual penal e comercial, n. 23, I. quinzena, dez.1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e THEODORO DE MELLO, Adriana Mandim. *Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial*. RT 790.

TUPPONI, Marco. Ghirotti Enrico. *I Contratti di distribuzione commerciale*. Maggioli Editore. Rimini, Italia. 2.000.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Contratos em espécie*. 3.ed. Coleção Direito Civil; v. 3: Atlas. 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *A boa-fé contratual no novo Código Civil*, art. publicado em 16 de janeiro de 2003 no site: www.e-juridico.com.br. Acesso em 23 de Outubro de 2004.

VIANA, Marco Aurélio S. *Curso de Direito Civil* – Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WALD, Arnoldo, *Curso de Direito Civil Brasileiro – Obrigações e Contratos*, 9ª ed. São Paulo: RT, 1990.

ANEXOS

MODELO DE CONTRATO DE FRANQUIA

1. Concessão da Franquia

A. O Franqueador concede ao Franqueado pelo presente instrumento a licença de usar o nome comercial e as marcas registradas associadas ao mesmo, e uma franquia para operar um estabelecimento no mercado geográfico identificado em anexo a este contrato.

B. O Franqueado deverá usar o nome comercial e as marcas na venda de artefatos eletro-eletrônicos e produtos afins, e o ponto comercial do Franqueado será conhecido sob a denominação única a do “Franqueador”.

C. O nome de qualquer sociedade anônima que venha operar esta franquia poderá incluir as palavras referentes ao nome do estabelecimento Franqueador ou qualquer outra marca registrada detida ou licenciada ao mesmo, sempre com autorização por escrito.

2. Território Exclusivo

Durante a vigência deste contrato, o Franqueador não implantará operação similar nem concederá franquia similar a nenhum outro franqueado dentro do território definido no Anexo____.

3. Prazo de Validade

Este contrato vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos a contar da data de sua assinatura e será automaticamente renovado por um prazo adicional de 10 (dez) anos, salvo se, com uma antecedência de 06 (seis) meses do final do período de vigência, o franqueado notificar o franqueador, por escrito, do término do contrato ao final deste prazo.

4. Implantação e Inauguração

Dentro do prazo de 90 (noventa) dias contados a partir da assinatura deste contrato, o franqueado tomará as seguintes providências:

A. Obter todo o financiamento necessário à implantação do estabelecimento

B. Providenciar um ponto comercial para o estabelecimento. O franqueador terá o direito e a opção de aprovar o local selecionado antes da implantação e da inauguração do estabelecimento.

C. Celebrar um contrato de locação do imóvel onde irá funcionar o estabelecimento e entregar ao franqueador uma cópia fiel do mesmo.

D. Obter todas as licenças e autorizações necessárias ao funcionamento do negócio.

E. Providenciar todas as melhorias, instalações, equipamentos, suprimentos e estoques.

5. Pagamentos

A. Taxa de Franquia

O Franqueado pagará ao Franqueador a soma de R\$____.____,00 (_____) na assinatura deste contrato, o qual comprova este recebimento. Em troca deste pagamento, o franqueado receberá o direito de operar nos termos deste contrato e de receber os serviços de apoio aqui estabelecidos. A taxa inicial será recebida pelo franqueador em sua totalidade.

B. *Royalties* Contínuos

O franqueado, no 10º (décimo) dia de cada mês, pagará ao franqueador a soma equivalente a __% (___ por cento) das vendas brutas do franqueado relativas ao mês anterior.

C. Taxa de Propaganda e Promoção

O franqueado pagará ao franqueador, a título de taxa de propaganda, a importância equivalente a __% (___ por cento) das vendas brutas mensais do franqueado. Esta importância será paga até o 10º (décimo) dia do mês e será baseada nas vendas brutas do mês anterior à data do pagamento.

D. Multas e Juros

Na eventualidade do não pagamento por parte do franqueado das determinações contidas nas cláusulas A e C desta seção, todos os valores devidos pelo franqueado ao franqueador incorrerão em juros de mora, calculados segundo a taxa mais elevada permitida em lei.

6. Publicidade

A. O franqueado se compromete a usar todas as artes finais, materiais, mídias e métodos de elaboração de propaganda determinados pelo franqueador ou em conformidade com os seus padrões e especificações.

B. O franqueado não poderá usar quaisquer artes finais, materiais, mídias e métodos de elaboração de propaganda que não atendam os padrões e especificações do franqueador.

C. O franqueador fornecerá ao franqueado todo tipo de apoio disponível que venha a ser solicitado, com base na experiência e na opinião do franqueador, no que tange à arte final, à elaboração e à veiculação de anúncios e materiais promocionais para utilização em propaganda local.

D. O franqueador administrará o Fundo Cooperativo de Propaganda e dirigirá o desenvolvimento de todas as campanhas de propaganda e promoção de vendas. O teor dos anúncios, assim como a mídia a ser utilizada e a área em que serão veiculados serão definidos pelo franqueador.

7. Marcas Registradas

A. O franqueador colocará seus nomes comerciais e marcas à disposição do franqueado. Para fins deste contrato, “as marcas” serão definidas como todos os símbolos, logotipos, marcas registradas e nomes comerciais detidas pelo franqueador ou com registro provisório em seu nome.

B. O franqueado concorda que os seus direitos de uso das marcas originam-se tão somente deste contrato, não possuindo o franqueado qualquer direito, titularidade ou interesse nas marcas, além da licença de usá-las em associação ao seu estabelecimento franqueado enquanto este contrato estiver em vigor.

C. O franqueado só poderá usar o nome e as marcas de serviço da forma determinada pelo franqueador e de nenhuma outra.

D. O franqueado deverá notificar o franqueador, imediatamente, de quaisquer infrações aparentes relativas ao uso das marcas.

E. Se, a qualquer momento e a critério exclusivo do franqueador, tornar-se oportuno descontinuar ou modificar o uso de qualquer marca, o franqueado compromete-se a atender tal disposição dentro de um prazo razoável após notificação do franqueador neste sentido.

8. Produtos, Suprimentos e Equipamentos

O franqueado compreende e reconhece que todos os detalhes do sistema de franquia são importantes para o franqueador, para o franqueado e outros franqueados, para desenvolver e a manter altos e uniformes padrões de qualidade, limpeza, aparência, serviços, produtos e técnicas, e para proteger e elevar a reputação e o *goodwill* do sistema de franquia. Neste sentido, o franqueado se compromete a:

1) Usar todos os materiais, suprimentos, mercadorias, uniformes, instalações, mobiliário, letreiros, placas, equipamentos, técnicas arquitetônicas e de construção interna e externa e métodos de produção e elaboração determinados pelo franqueador ou que atendam seus padrões e especificações.

2) Abster-se de usar ou vender quaisquer produtos, suprimentos, mercadorias, uniformes, instalações, mobiliário, letreiros, placas, equipamentos e métodos de produção que não atendam os padrões e especificações.

3) Colocar à venda os quaisquer produtos que sejam expressamente aprovados para venda, por escrito, pelo franqueador, e colocar à venda todos os produtos que forem relacionados como aprovados pelo franqueador.

4) Manter, permanentemente, um estoque suficiente de produtos aprovados.

5) Adquirir todos os produtos, suprimentos, equipamentos e materiais necessários à operação da franquia de fornecedores que satisfaçam razoavelmente os padrões e especificações do franqueador para os referidos produtos; que possuam capacidade e instalações adequadas as necessidades do franqueado nas quantidades, prazos e confiabilidade necessários a uma operação eficiente; e que tenham sido aprovados, por escrito, pelo franqueador. O franqueado poderá apresentar ao franqueador uma solicitação, por escrito, de aprovação de determinado fornecedor que não tenha sido previamente aprovado pelo franqueador.

9. Padrões e Procedimentos

A. Padrões Administrativos

O franqueado compromete-se a atender todos os padrões de franqueador referentes à preparação de produto, *merchandising*, recrutamento e treinamento de funcionário, equipamento e manutenção das instalações.

B. Padrões de Pessoal

O franqueado contratará apenas funcionários eficientes, competentes, ponderados e corteses para seu estabelecimento e pagará seus salários, comissões e outras formas de remuneração, sem qualquer responsabilidade por parte do franqueador. O franqueado deverá exigir que seus funcionários atendam os padrões de asseio e aparência pessoal do franqueador.

C. Melhores Esforços

O franqueado compromete-se a envidar seus melhores esforços na operação do estabelecimento e na supervisão de seus funcionários. O franqueado compromete-se a não se dedicar a qualquer outra atividade empresarial que possa conflitar com as obrigações contidas neste contrato ou prejudicar a operação de estabelecimento.

D. Seguro

O franqueado contratará e manterá em vigor, às suas custas, durante todo o período de vigência deste contrato, um seguro abrangendo produtos, danos decorrentes de incêndio, veículos automotores e danos pessoais, no valor de R\$____.____,00 (_____) por pessoa e de R\$____.____,00 (_____) por cada ocorrência de lesão corporal ou pessoal, morte ou danos materiais. O seguro contra incêndio deverá ser suficiente para cobrir concertos ou substituição de todo equipamento, estoque, ferramentas e suprimentos normalmente necessários à operação do estabelecimento, conforme especificado no manual operacional do franqueador. As apólices dos seguros anteriormente mencionados considerarão o franqueador como segurado adicional, sempre que seus interesses forem envolvidos, e conterão uma renúncia do segurado de todos os direitos de sub-rogação contra o franqueador. A manutenção do seguro, nos termos deste parágrafo, não eximirá o franqueado de responsabilidade pelas faltas previstas neste contrato.

10. Treinamento e Apoio

A. O franqueador se compromete a dispor de suas instalações para treinamento pessoal do franqueado, a fornecer-lhe um manual operacional, a fazer recomendações sobre promoções e outros temas e a fornecer ao franqueado, em seu local de trabalho, um supervisor treinado por um prazo não inferior a 03 (três) dias durante o período inicial de seis dias da operação da franquia.

B. O franqueado deverá, às suas custas, participar do programa de treinamento do franqueador, em local a ser indicado pelo

franqueador, anteriormente à entrada em funcionamento do estabelecimento. Durante o período de vigência deste contrato, o franqueado poderá indicar outras pessoas para cumprir o mesmo programa, às custas do franqueado. O franqueado compromete-se a assumir quaisquer despesas de viagem e estada em que ele ou a pessoa por ele indicada venham a incorrer em função do referido programa de treinamento.

C. O franqueador deverá ceder ao franqueado, por empréstimo, durante o período de vigência deste contrato, um manual operacional contendo padrões, especificações, procedimentos e técnicas de seu sistema de franquia, podendo, a seu critério, revisar, periodicamente, o conteúdo dos manuais, incorporando novos padrões, especificações, procedimentos e técnicas.

D. O franqueador se compromete a fornecer ao franqueado o seguinte:

1) Orientações quanto à seleção de ponto comercial para o estabelecimento, bem como sua aprovação. O fornecimento das orientações e da aprovação não implica, de modo algum, promessa, garantia ou indicação de que o referido ponto seja local ideal para o estabelecimento.

2) Apoio na negociação do contrato de aluguel do estabelecimento, quando aplicável.

3) Assistência no planejamento do *layout* do estabelecimento.

4) Assistência na realização da promoção da inauguração do estabelecimento.

11. Conduta Empresarial

A. Toda representação feita pelo franqueado a terceiros deverá ser completamente factual. O franqueado se compromete a acatar todas as leis, regulamentações e códigos.

B. O franqueado se compromete a proteger, defender e indenizar o franqueador e a manter o franqueador protegido de todos e quaisquer custos, despesas, inclusive honorários advocatícios, taxas judiciais, prejuízos, responsabilidades, danos, queixas e reivindicações de todo tipo e natureza, decorrentes, de algum modo, da ocupação, uso ou operação de quaisquer instalações, acessórios, equipamentos, mercadorias ou produtos usados ou vendidos no estabelecimento.

C. O franqueado não divulgará quaisquer informações comerciais, seja por escrito ou oralmente, recebidas do franqueador ou em quaisquer encontros com outros franqueados do franqueador, até o momento em que a divulgação das mesmas seja exigida pela natureza da informação. Tais informações poderão incluir, mas não se limitar, a materiais ou planos promocionais, planos de expansão, novos produtos, informações de *marketing*, custos ou outros dados financeiros.

12. Relatórios e Inspeções

A. O franqueado se compromete a fornecer ao franqueador, dentro do prazo de 30 (trinta) dias contados a partir do ano fiscal do franqueado, um demonstrativo de resultados do seu estabelecimento, referente ao ano anterior, completo e por escrito. O demonstrativo será preparado segundo os padrões e práticas contábeis normalmente aceitos, por um contador ou auditor independente, que o assinará.

B. O franqueado se compromete a abrir seus livros e registros à inspeção do franqueador desde que, para tanto, o franqueado tenha sido notificado com uma antecedência razoável. O franqueado se compromete a cooperar integralmente com os representantes do franqueador encarregados da referida inspeção. Na eventualidade de comprovação, pela auditoria, de receitas líquidas inferiores declaradas para o período em questão, o franqueado reembolsará o franqueador do custo da referida auditoria ou inspeção.

13. Relacionamento entre as Partes

A. O franqueado será um contratante independente, e nada neste contrato poderá ser interpretado de modo a criar ou implicar um relacionamento fiduciário entre as partes, ou a tornar uma das partes agente geral ou específico, representante legal, subsidiário, associado em *joint venture* ou empregado da outra.

B. O franqueado não está, de modo algum, autorizado a fazer contratos, acordos, garantias ou representações em nome do franqueador, nem de criar quaisquer obrigações, expressas ou implícitas, em nome do franqueador.

C. O franqueado será responsável pelos seus próprios impostos, inclusive por quaisquer impostos incidentes sobre o estabelecimento, sem qualquer limite.

14. Transferência da Franquia

Os direitos do franqueado sobre a franquia só poderão ser transferidos no seguinte caso:

A. Na hipótese de morte do franqueado, seus direitos de franquia poderão passar ao parente mais próximo ou outros beneficiários, desde que tal parente ou os outros beneficiários se comprometam, por escrito, de forma satisfatória para o franqueador, a assumir todas as obrigações do franqueado nos termos deste contrato.

B. O franqueado poderá vender seus interesses na franquia a terceiros, desde que:

1) O comprador seja pessoa de idoneidade moral, possua as qualificações normais exigidas pelo franqueador de seus franqueados, venha atender as exigências de treinamento do franqueador e aceite toda e qualquer nova condição contratual que o franqueador esteja exigindo dos franqueados na ocasião.

2) Todas as obrigações financeiras da franquia estejam totalmente pagas, e o franqueado retire todas as queixas contra o franqueador, seus sócios e diretores.

3) O comprador pague ao franqueador todas as despesas legais, decorrentes do treinamento e outras relativas à transferência.

4) O franqueado tenha oferecido a franquia ao franqueador anteriormente, nos mesmos termos oferecidos pelo comprador ao franqueado por escrito, por um prazo de 30 (trinta) dias, e o franqueador tenha recusado a oferta ou deixado de respondê-la.

C. O franqueado poderá transferir os direitos contidos neste contrato a uma sociedade anônima sem, contudo, ser eximido de suas obrigações pessoais, desde que:

1) A sociedade anônima seja recém-constituída, e que não opere nenhum outro negócio além do negócio franqueado, o qual continuará sendo administrado pelo franqueado.

2) O franqueado possua o controle acionário da sociedade anônima e seja o principal executivo da mesma.

3) As cláusulas contratuais da sociedade anônima, regimentos e outros documentos da mesma prevejam que a emissão e a atribuição de quaisquer interesses seja limitada pelos termos deste contrato, e que todos os certificados de ações já emitidos ou a serem emitidos pela referida sociedade anônima possuam uma legenda refletindo ou referindo-se às limitações impostas por estes contratos.

4) Todos os acionistas da sociedade anônima garantam por escrito, de forma satisfatória para o franqueador, estarem comprometidas, conjunta e satisfatória individualmente, com todas as cláusulas contidas neste contrato de franquia.

5) O franqueado não use nenhuma marca quando da oferta pública de suas ações, exceto para sua relação de franquia com o franqueador.

15. Rescisão

Se o franqueado incorrer em alguma falta segundo os termos deste contrato, e se a referida falta não for sanada no prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da recepção de notificação por escrito neste sentido da parte do franqueador, então, além de todas as conseqüências previstas por lei, o franqueador poderá rescindir imediatamente este contrato. A rescisão sob estas condições entrará em vigor imediatamente, na data do recebimento, pelo franqueado, de notificação por escrito da rescisão. O franqueado será considerado em falta a este contrato:

1) Deixar de iniciar a operação do estabelecimento dentro do período especificado na Seção 4 deste contrato.

2) Abandonar a franquia.

3) Tentar transferir o contrato sem aprovação prévia e por escrito do franqueador.

4) Fizer mau uso ou uso não autorizado da marca, de forma a prejudicar materialmente a imagem ou a reputação do franqueador.

5) Fizer declarações falsas ao franqueador, em questões relevantes, antes ou depois da concessão da franquia.

6) Relevar ou reproduzir qualquer parte do manual operacional do franqueador a qualquer parte não autorizada.

7) Deixar de cumprir o compromisso de não-concorrência como previsto neste contrato.

8) Deixar de cumprir substancialmente quaisquer das exigências impostas por este contrato.

16. Direitos e Obrigações das Partes na Rescisão ou Término

A. Na rescisão ou término deste contrato, o franqueado obriga-se a:

1) Pagar prontamente todas as quantias devidas ao franqueador que não estejam pagas na ocasião.

2) Cessar imediatamente de usar todas e quaisquer marcas e nomes, e outros segredos comerciais, informações confidenciais, manuais operacionais, *slogans*, letreiros, placas, símbolos ou dispositivos que façam parte do sistema de franquia ou sejam usados, de outra maneira, em associação à operação do estabelecimento de franquia.

3) Devolver imediatamente ao franqueador todo o material de propaganda, manuais operacionais, planos, especificações e outros materiais preparados pelo franqueador e relativos ao sistema de franquia.

B. Compromisso de Não-Concorrência

O franqueado, seus executivos, diretores e cotistas concordaram que, durante o período de vigência deste contrato ou, após sua rescisão ou término, ou não renovação por qualquer razão, que não possuirão qualquer participação como proprietários, sócios, diretores, executivos, empregados, gerentes, consultores, acionistas, representantes, agentes ou qualquer outra função por um período de 02 (dois) anos após a ocorrência do (s) referido (s) evento (s) em qualquer negócio ou atividade envolvendo a venda dos referidos aparelhos.

O franqueado reconhece que este compromisso é razoável e necessário e concorda que sua falha no cumprimento rigoroso deste parágrafo provocará danos substanciais e irreparáveis ao franqueador. O franqueado reconhece, portanto, que cada violação dos termos e condições deste compromisso gerará o direito a uma reparação legal.

17. Execução e Interpretação

A. Independência das Partes do Contrato

Os parágrafos deste contrato são independentes e, na eventualidade de determinado parágrafo ou parte do contrato ser declarada ilegal ou não-executável, a parte remanescente do contrato permanecerá em vigor e continuará a obrigar as partes entre si.

B. Notificação

Sempre que, nos termos deste contrato, for necessária uma notificação, esta será considerada entregue se for entregue em mãos da pessoa a quem se destina, ou de qualquer adulto empregado pelo empregado pelo franqueado no seu local de trabalho, ou depositada em agência dos correios para envio, endereçada ao franqueado ou franqueador em seus respectivos endereços comerciais principais.

C. Desempenho Específico

Nada que possa estar contido neste contrato anulará o direito do franqueador ou do franqueado de exigir o cumprimento específico das provisões nele contidas, bem como a reparação legal de conduta arriscada que cause prejuízos ou danos, sob as normas aceitas de equidade, incluindo as leis aplicáveis para a obtenção de ordens judiciais e liminares.

D. Legislação

Este contrato se submete às leis do estado de _____ e será por elas regido, a partir da data de sua assinatura.

E. Sucessores

Este contrato vigorará em benefício de todos os executores, administradores, herdeiros, cessionários e sucessores, obrigando-os ainda ao seu cumprimento, no interesse de ambas as partes.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)