

O CONTRATO DE FRANQUIA

Vitor Luís de Almeida ¹

Sumário: Capítulo I – Introdução. Capítulo II - Origens e desenvolvimento do contrato de franquia. Capítulo III - Definição jurídica do contrato de franquia. Capítulo IV - Classificações do contrato de franquia. Capítulo V - Cláusulas essenciais do contrato de franquia. Capítulo VI - Modalidades do contrato de franquia. Capítulo VII - As partes e suas obrigações. Capítulo VIII - A distinção da franquia com figuras contratuais afins. Capítulo IX - A circular de oferta de franquia e o princípio do *disclosure*. Capítulo X - O master franchising. Capítulo XI - A extinção do contrato de franquia. Capítulo XII - A destinação dos bens em estoque e a compensação pela não concorrência. Capítulo XIII - A indenização de clientela no contrato de franquia. Capítulo XIV - A responsabilidade civil das partes contratantes da franquia perante terceiros. Capítulo XV – Conclusões.

CAPÍTULO I - INTRODUÇÃO



mundo contemporâneo nos comprova, a cada dia, a premissa de que a espécie humana vive atualmente em uma verdadeira *aldeia global*.

Nesta vida internacionalizada e globalizada, onde impera o sistema capitalista, o mercado e o consumo são elementos que influenciam sobremaneira o desenvolvimento das empresas e dos próprios países. Assim, em-

¹ Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais; Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito e dos cursos de formação da PMMG. Mestrando em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT; Graduado e Especialista em Direito Público Municipal pela Universidade Estadual de Montes Claros - UMIMONTES/MG.

presários detentores de grandes marcas, que em razão de sua qualidade e da publicidade ganharam reconhecimento às vezes mundial, pretendem, através do *franchising*, garantir uma expansão dos negócios referentes à produção ou comercialização dos produtos e serviços identificados pela sua marca, sem, entretanto, realizar vultosos investimentos. Através da autorização do uso da marca e tecnologia, do acompanhamento e fiscalização das atividades franqueadas e da obtenção de lucros advindos da expansão dos mercados, o contrato de franquia mostra-se plenamente de acordo com a tendência mundial de abandono das grandes corporações que demandam custosos investimentos e penosa atividade para o desenvolvimento de uma eficiente administração.

Em que pese a divergência doutrinária e legal existente em vários países, no Brasil, a identificação do contrato em estudo poderá, normalmente, ser realizada pelos termos franquia ou *franchising*. Tanto que, a Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, ao tratar do assunto, denominou a espécie de *franquia empresarial*, com o cuidado de manter, todavia, entre parênteses, a expressão mundial *franchising*.

O presente trabalho pretende analisar o contrato de franquia ou *franchising*, com ponderada ênfase no ordenamento jurídico brasileiro, partindo-se de um relato histórico sobre o surgimento e desenvolvimento do contrato e da apresentação das diversas definições jurídicas inerentes ao mesmo no Brasil e no direito alienígena.

Segue-se enfocando elementos envolvidos nas características, classificação, cláusulas essenciais e modalidades do contrato. Além disso, pretende-se desenvolver uma análise dos direitos e obrigações das partes contratantes, seguida de uma distinção com os contratos afins, sobretudo os de distribuição.

Desenvolvem-se ponderações sobre pontos tidos como importantes ao instituto jurídico, como a circular de oferta de franquia e o princípio da *disclosure*, os manuais operacionais,

as especificidades do *master-franchising* e o surgimento da regulamentação legal no Brasil.

Em continuação, procura-se avaliar as possibilidades de extinção do contrato, suas consequências e a aplicabilidade ou não da indenização de clientela. Medita-se ainda, sobre a responsabilidade civil do franqueador e franqueado perante terceiros e, em especial, diante das relações de consumo.

Ao final, será apresentada uma breve conclusão, desenvolvendo algumas impressões pessoais acerca do contrato de franquia ou *franchising*, discorrendo sobre alguns aspectos abordados ao longo do trabalho e apresentando breves comentários e sugestões que possam contribuir para o deslinde das questões controvertidas que surgem em razão deste instituto que, apesar da elevada importância atualmente ocupada nas relações empresariais, ainda possui escassa regulamentação legal não só Brasil, mas na maioria dos países do globo terrestre.

CAPÍTULO II - ORIGENS E DESENVOLVIMENTO DO CONTRATO DE FRANQUIA

2.1 - NO MUNDO

No mundo contemporâneo, cujos pilares da economia globalizada e do capitalismo têm sustentado o desenvolvimento humano, o contrato de franquia ou *franchising* apresenta-se como uma forte tendência à expansão dos negócios referentes a grandes marcas e àquelas que já têm seu reconhecido valor pelos consumidores e usuários de seus produtos e serviços.

No direito internacional, essa relação negocial é amplamente conhecida como *franchising*, sendo, no Brasil, denominada de franquia. A palavra inglesa *franchising* tem suas origens no vocábulo inglês *franch* o qual tem por raiz o termo francês *franc* que origina o verbo *francher* e o substantivo

franchisage, significando outorga de privilégio de autoridade ou abandono de uma servidão².

Não se mostra fácil a tarefa de proceder a uma análise precisa acerca da origem do contrato de franquia. Há aqueles doutrinadores que atribuem a origem mais remota do *franchising* às expedições marítimas dos reinos, sobretudo europeus, que se lançavam aos mares desconhecidos em busca de riquezas e novas terras. Nessa acepção, os reis franqueavam aos navios, auxiliando-os para que, em nome e sob a marca do reino, pudessem buscar terras ainda desconhecidas para serem incorporadas aos territórios reais e novas riquezas a serem ajuntadas aos tesouros já existentes³.

Neste ínterim, o termo também poderia ter indicado a autorização concedida pela Igreja Católica aos senhores feudais para a coleta de impostos, sendo que uma parte desses era dado a título de remuneração aos arrecadadores e o remanescente enviado a Roma, ou ainda, uma forma rudimentar de concessão de certos serviços públicos, especialmente para a realização de feiras e exposições, serviços de balsas e construção de pontes⁴.

Lado outro, há quem ainda mencione ter sido o termo utilizado para designar a isenção de tributos concedida a determinadas cidades na Alemanha, conhecidas como “cidades-francas”, as quais eram liberadas do recolhimento de taxas ao poder central e/ou à Igreja, tendo em vista o direito de livre circulação de que desfrutavam os comerciantes da cidade sendo, entretanto, sujeitos ao pagamento de impostos aos senhores feudais da região⁵.

Retornando à origem etimológica da palavra, sem em-

² JOSÉ CRETELLA NETO, *Do contrato internacional de franchising*. 2. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15.

³ LUIZ FELIZARDO BARROSO, *Franchising & Direito*. 2. ed.; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 13.

⁴ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁵ ROBERTO CINTRA LEITE, *Franchising na criação de novos negócios*. 2. ed.; São Paulo: Atlas, 1991, p. 28.

bargo aos posicionamentos diversos alhures apresentados, há de se concordar com os ensinamentos de ANA CLÁUDIA REDECKER⁶, quando leciona que o termo francês *franchisage* corresponde a franquear, dar privilégio ou autorização, com o qual na época do feudalismo, os senhores feudais concediam autonomia a Estados ou súditos, os quais podiam usar em seu benefício próprio alguns privilégios até então reservados apenas aos senhores⁷.

Não obstante, a franquía empresarial, como modernamente concebida, surgiu apenas no século XIX, nos Estados Unidos da América, quando por volta do ano de 1860, a Empresa *Singer Sewing Machine* resolveu ampliar sua participação no mercado americano, atingindo um território mais amplo, em termos de varejo, com poucos investimentos. Seguindo certos padrões de desempenho, a empresa resolveu então criar o que denominou de Lojas Singer, oferecendo a alguns comerciantes independentes, mediante uma participação em seus lucros, a possibilidade de que passassem a comercializar produtos utilizando a marca SINGER, em estabelecimentos por eles próprios implantados e à suas expensas, os quais, entretanto, seguiam um padrão uniforme de arquitetura interior e de utilização da marca, adquirindo, com seu próprio capital, os produtos a serem comercializados, diretamente da Empresa *Singer Sewing Machine*⁸.

⁶ *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, pp. 26-27.

⁷ No mesmo sentido também se manifestam LUIZ FELIZARDO BARROSO, Ob. cit., pp. 14-15 e FABIO MILMAN, *Franchising*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, pp. 31-32.

⁸ Neste sentido, verificar os posicionamentos de LUIZ FELIZARDO BARROSO, Ob. cit., p. 16.; MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, *O contrato de franquía empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 22.; ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., p. 27.; FABIO MILMAN, Ob. cit., p. 32.; VERA HELENA DE MELLO FRANCO, *Contratos: Direito civil e empresarial*. 2. ed.; Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 247. Na doutrina portuguesa, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O contrato de franquía*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 12, cita que este provável aparecimento do contrato, também procedido pela indústria *Singer Sewing Machine Company*, ocorreu por volta de 1892, no período

Ressalte-se que, também para MARTIN MENDEL-SOHN⁹, a técnica do *franchising* é atribuída à empresa norte americana *Singer Sewing Machine Company*, que implantou essa nova forma de distribuição logo após o término da Guerra de Secessão americana. Assevera o autor que os empresários americanos são os verdadeiros responsáveis pelo surgimento dessa espécie contratual, e não os juristas ou legisladores.

A atividade pioneira da Singer foi, segundo os comentários de JOSÉ CRETELLA NETO¹⁰, citando CHRISTOPH LIEBSCHER, seguida pelas também norte americanas empresas *Willcox & Gibbs Sewing Machine Company* (1874) e *General Motors* (1898). Na linha de desenvolvimento, a Coca-Cola passou a outorgar franquias para o engarrafamento de seu refrigerante em 1899¹¹. Já nas duas primeiras décadas do século XX, a atividade, até então limitada às máquinas e fórmulas industriais, passa também a ser explorada nos ramos dos supermercados *Piggly Wiggly* (1917), de locação de veículos da *Hert Rent-a-Car* (1921) e alimentos, com a rede de lanches *A.&W. Root Beer* (1925)¹². Nas décadas seguintes, a franquia passou a ser explorada na modalidade de distribuição de serviços, sobretudo nas atividades de expansão do setor de combustíveis, no qual se destaca a atuação da empresa *Texaco*¹³.

Apesar desta inicial evolução, foi no período pós-Segunda Guerra Mundial que o *franchising* apresentou um grande passo para seu alargado desenvolvimento e notável expansão. Nesta época, o grande número de ex-combatentes que retornavam aos Estados Unidos da América precisavam ser absorvidos pelo mercado de trabalho. Tais soldados desmobili-

de reconstrução da economia dos Estados Unidos da América.

⁹ *The Guide to Franchising*. 5. ed.; 3ª reimpressão. Londres/Nova Iorque: Cassell, 1996, pp. 19-20.

¹⁰ Ob. cit., p. 17.

¹¹ ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., p. 28.

¹² FABIO MILMAN, Ob. cit., p. 32.

¹³ MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., p. 23.

zados apresentavam-se em geral carentes de uma formação técnica necessária a dar início a um negócio, mas possuidores de um pequeno capital e desejosos em investir. Como solução, o contrato de franquia passou então a ser implementado e fomentado como forma de resolução desse impasse. Em razão disso, alguns doutrinadores atribuem o surgimento desse contrato, nos moldes em que se desenvolve na atualidade, ao pós-Segunda Guerra Mundial¹⁴.

Neste diapasão, segundo LUIZ FELIZARDO BARROSO¹⁵, o grande passo para que esta modalidade de contrato se firmasse no âmbito da distribuição de bens e serviços foi dado por volta do ano de 1955, quando o americano Ray Kroc, da cidade de Displaine, Illinois, adquiriu uma lanchonete dos irmãos Dick e Maurice MacDonald, nela implantando métodos e traçando o modelo embrionário de uma das maiores empresas de *franchising* da atualidade, a rede *McDonald's*.

Na Europa, torna-se difícil traçar um quadro uniforme sobre o surgimento e desenvolvimento do atual contrato de franquia, eis que esse apresentou tempo e modos diversos de país para país. Não obstante, o desenvolvimento do sistema *franchising* só foi observado de forma acentuada após seu desenvolvimento nos Estados Unidos da América, conforme acima exposto. O maior desenvolvimento nos continentes europeu e asiático deu-se, entretanto, a partir dos anos 70, do século XX. Hodiernamente conhecido e aplicado em praticamente todo o mundo, existem hoje milhares de franqueados, em variados tipos de atividade, também na Ásia, em especial, Rússia, China e Japão. A partir da década de 80, a franquia alcançou dimensão mundial, alcançando de forma efetiva países da África e América Latina¹⁶.

¹⁴ Ver ADALBERTO SIMÃO FILHO, *Franchising*. 2. ed.; São Paulo: Atlas, 1997, p. 17 e FRAN MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 485.

¹⁵ Ob. cit., p. 17.

¹⁶ Sobre o tema verificar MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit.,

2.2 - NO BRASIL

À exceção da maioria dos países latino-americanos, no Brasil, o pioneiro da franquia empresarial foi Arthur de Almeida Sampaio, fabricante dos “Calçados Stella”, que no ano de 1910, utilizou algumas práticas hoje inerentes ao método do *franchising* para expansão de seus negócios. De toda forma, foi a partir da década de 70, com a chegada do *McDonald’s*, da rede de idiomas *Yázigi*, da marca de sorvetes *Kibon*, das marcas de perfumes *O Boticário* e *Água Cheiro*, além do *Mister Pizza*, que essa espécie contratual passou a estar presente de forma efetiva no território nacional.

De acordo com MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES¹⁷, no caso brasileiro dois aspectos contribuíram de forma relevante para a efetiva expansão da franquia no país: em primeiro lugar, o plano econômico Cruzado (1986), responsável pela restrição dos lucros das aplicações financeiras, o que fez com que os investidores procurassem diversificar suas formas de aplicação, sendo o *franchising* uma ótima opção; em segundo lugar, a criação da *Associação Brasileira de Franchising – ABF* (1987), que passou a orientar e proteger os franqueados, fomentando a celebração e desenvolvimento dos contratos, tornando os negócios mais atraentes.

Não obstante as divergências doutrinárias sobre a origem e o desenvolvimento do contrato de franquia no cenário interno do Brasil e, sobretudo, no panorama mundial, certo é que essa modalidade negocial encontra-se, na atualidade, em franca expansão e efetivo desenvolvimento, tendo, a nosso sentir, seus maiores expoentes nas empresas *McDonald’s* e *Coca-Cola*.

2.3 - A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DA FRANQUIA NO

pp. 23-24 e ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., pp. 29-30.

¹⁷ Ob. cit., p. 24.

ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Anteriormente à vigência da atual Lei nº. 8.955/94, dois outros projetos de lei foram apresentados ao Congresso Nacional. Entretanto, não lograram êxito em sua aprovação.

O primeiro projeto de lei antecessor àquele que originou a atual Lei da Franquia Empresarial foi identificado pelo nº. 1.526/1989, de autoria do Deputado Federal Ziza Valadares. Após o início da tramitação, referido projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição, Justiça e de Redação da Câmara de Deputados. Entretanto, levando-se em consideração que a proposta legislativa abortaria o processo de expansão da franquia no Brasil, por enxergar no contrato um eterno ponto de litúgio, foi o projeto rejeitado por unanimidade na Comissão de Economia, Indústria e Comércio, em reunião realizada em 14.11.1990.

O segundo foi o Projeto de Lei nº. 167/1990, de autoria do Senador Francisco Rolemberg, reeditado sob o nº. 265/1991, que encontrou a mesma sorte, sendo arquivado ainda no Senado Federal, em data de 17.09.1991, ante a falta de interesse generalizada dos senadores, que nem mesmo apresentaram qualquer emenda à proposta legislativa.

Após essas duas malogradas investidas, o Deputado Federal Magalhães Teixeira, apresentou em 14.03.1991, o projeto que daria origem à atual legislação vigente, o qual foi identificado pelo nº. 318/1991. Este projeto apresentou-se mais aperfeiçoado e sintonizado com a realidade negocial do *franchising*, sendo complementado por diversas sugestões de autoridades e entidade ligadas à matéria.

Após a aprovação da Comissão de Constituição, Justiça e de Redação e da Comissão de Economia, Indústria e Comércio, o projeto recebeu doze emendas¹⁸ na Câmara de Deputados,

¹⁸ Sobre as emendas recebidas pelo projeto na Câmara de Deputados e no Senado Federal, ver explanação específica realizada por LUIZ FELIZARDO BARROSO,

logrando, posteriormente, aprovação na Comissão de Finanças e Tributação daquela casa legislativa.

Na sequência da aprovação na Câmara de Deputados, o Projeto de Lei nº. 318/1991 foi encaminhado ao Senado Federal, onde foi identificado pelo nº. 02/1992. Após a apreciação parlamentar de oito novas emendas, objetivando o aperfeiçoamento da sugestão legislativa, foi o projeto aprovado também no Senado Federal, dando ensejo à atual Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994 que “dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências”. Segundo o disposto em seu artigo 8º, referida norma legal aplica-se não só aos futuros contratos de *franchising*, celebrados após sua vigência, como também a todos os sistemas de franquia já instalados e operando no território brasileiro quando de sua entrada em vigor.

CAPÍTULO III - DEFINIÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO DE FRANQUIA

A definição de um instituto mostra-se geralmente como uma árdua tarefa, tendo em vista que um mesmo fenômeno jurídico apresenta várias manifestações em sentidos diversos, as quais convergem em determinados pontos, sem, no entanto, proporcionarem uma conceituação precisa.

O instituto contratual da franquia, amplamente difundido em todo o mundo contemporâneo, conceituado por diferentes ordenamentos jurídicos, não se mostraria, portanto, de fácil definição.

Não obstante tais dificuldades, ADALBERTO SIMÃO FILHO¹⁹ congrega definições de vários autores, dentre os quais podemos ressaltar a de ENRICO ZANELLI: “*contrato median-*

Ob. cit., pp. 138-170.

¹⁹ *Franchising: Aspectos jurídicos e contratuais*. 3. ed.; São Paulo: Atlas, 1998, pp. 27-31.

te o qual uma parte concede a outra o exercício, em determinadas condições e sob controle do concedente, de uma atividade, normalmente de produção e prestação de serviços, valendo-se do recíproco interesse. Trata-se de uma concessão de meios comuns, seja de signos distintivos ou de outros elementos de identificação, seja de patentes de invenção, seja de outros conhecimentos (know-how), e de assistência técnica contra a prestação correspondente, por parte do concessionário, de um preço ou compensação, normalmente composta de uma parte variável, proporcional ao giro de negócios realizados pela concessionária”; a opinião de JEAN GUYENOT: “(...) define-se [o franchising] como a concessão de uma marca de produtos ou serviços que se agrega à concessão de um conjunto de métodos e meios de venda” e a conceituação da Internacional Franchise Association: “uma operação de franchise consiste em uma relação contratual entre o franchisor e o franchisee, em campos como o know-how e a formação da empresa, em que o franchisee opera sob um nome comercial comum, um método ou procedimento próprio controlado pelo franchisor e em que o franchisee tem ou terá que fazer uma substancial inversão de capital no negócio com seus próprios recursos”.

Também relevante mostra-se a definição do Departamento de Comércio dos Estados Unidos (*US Department of Commerce*), que assim dispõe: “É um método de fazer negócios no qual é conferido a um franqueado o direito de produzir ou vender mercadorias ou serviços sob uma formatação mercadológica definida pelo franqueador. O franqueador concede ao franqueado o uso de sua marca registrada, seu nome e sua publicidade”²⁰.

Na doutrina portuguesa, ANTÔNIO PINTO MONTEI-

²⁰ Apud JORGE LOBO, *Contrato de Franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 24.

RO²¹, em termos simplificados e englobantes, define o *franchising* como “o contrato pelo qual alguém (franquiador) autoriza e possibilita que outrem (franquiado), mediante contrapartidas, actue comercialmente (produzindo e/ou vendendo produtos ou serviços), de modo estável, com a fórmula de sucesso do primeiro (sinais distintivos, conhecimentos, assistência...) e surja aos olhos do público com a sua imagem empresarial, obrigando-se o segundo a actuar nestes termos, a respeitar as indicações que lhe forem sendo dadas e a aceitar o controlo e fiscalização a que for sujeito”.

Assevera ainda o citado autor que a figura do contrato invoca a ideia de que a comercialização dos bens ou serviços apresenta-se como soberana prerrogativa do produtor que poderia conceder a outrem o privilégio de explorar a venda²².

Também em Portugal, PEDRO ROMANO MARTINEZ²³, ao tecer apontamentos sobre os contratos comerciais, aborda que “o contrato de franquia constitui um método de colaboração entre empresas com vista à utilização de marcas, técnicas empresariais, patentes, nomes comerciais, métodos de produção, etc.; e tanto respeita a produtos como a serviços”.

Em França, LELOUP²⁴ define o *franchising* como “o contrato sinalagmático de execução sucessiva, pelo qual uma empresa, denominada franqueadora, confere a uma ou várias outras empresas, denominadas franqueadas, o direito de reiterar, sob a marca do franqueador, com auxílio de seus sinais de relacionamento com a clientela e de sua assistência contínua, o sistema de gestão previamente experimentado pelo franqueador, e devendo, graças a vantagem concorrencial que ele

²¹ *Contratos de distribuição comercial: Relatório*. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 123.

²² Sobre tal privilégio ver ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Do contrato de franquia (“franchising”). Autonomia privada versus tipicidade negocial*. ROA, ano 48. Lisboa, 1988, pp. 66-67.

²³ *Contratos Comerciais: Apontamentos*. 2ª reimpressão. Estoril: Princípia, 2006, p. 21.

²⁴ *La franchise; droit et pratique*. Paris: Delmas, 1991, p. 26.

propicia, razoavelmente permitir a um franqueado diligente implementar negócios proveitosos”.

Na Alemanha, segundo MICHAEL MARTINEK²⁵, a doutrina tentou elaborar uma definição e classificação civilística do *franchising*, baseando-se em qualificações e concepções norte-americanas, o que não gerou bons resultados.

As associações, comitês e federações de *franchising* de diversos países da Europa e demais continentes também sempre procuraram definir o instituto, cada qual abordando as características que mais lhe convinham²⁶.

Na doutrina latino-americana, encontra-se a conceituação de MARCO ANTÔNIO VELILLA MORENO²⁷, que, ao incluir a dimensão mercadológica do contrato em sua definição jurídica, enfatiza os elementos da marca e do *know-how*, expondo que o contrato de franquia *“reposa em síntesis sobre dos pilares esenciales para su desarrollo: la marca y el know-how. La marca, elemento esencial de la franquicia, es com la enseña, el nombre comercial, la denominación social, la piedra angular del sistema, cualquiera que sea el tipo de franquicia que se escoja. El know-how es um conjunto de conocimientos relativos a los métodos de fabricación, de comercialización, de gestión, de financiamiento de los productos y de los servicios. Esta experiencia, que nos es patenteable, pero que no se encuentra al alcance de una persona que se inicia em el negocio, es transmissible por um contrato”.*

Tendo em vista o objeto do presente estudo, torna-se imperioso ainda ressaltar as definições procedidas por importantes expoentes da doutrina brasileira sobre o assunto.

²⁵ *Moderne vertragstypen: franchising, know-how-vertrage, management-und consultingvertrage*. Munique: Verlag C. H. Beck, 1992, p. 41.

²⁶ Sobre as definições elaboradas por tais organizações verificar o estudo realizado por JOSÉ CRETILLA NETO, Ob. cit., pp. 26-30.

²⁷ *El contrato de franchising*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín: Colômbia, 1994, pp. 73-107.

Para MARIA HELENA DINIZ²⁸, *“Franquia ou Franchising é o contrato pelo qual uma das partes (franqueador ou franchisor) concede, por certo tempo, à outra (franqueado ou franchisee) o direito de comercializar com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título de estabelecimento, marca de indústria ou produto que lhe pertence, com assistência técnica permanente, recebendo em troca, certa remuneração”*.

Lado outro, ORLANDO GOMES²⁹ afirma que *“Com o vocábulo franchising designa-se a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de produto seu com assistência técnica para a sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração”*.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA³⁰ define a franquia como *“uma autorização de nome e marca que uma empresa cede a outra, com prestação de serviços”*.

Por sua vez, JORGE LOBO³¹ conceitua a franquia de forma largueada, abordando conceitos da transferência de organização e publicidade, asseverando, entretanto, de forma dissonante com os demais conceitos, que a exclusividade não é elemento essencial do contrato. Assim dispõe: *“Para nós, franchising, é o contrato de cessão temporária de uso da marca, para fabricação ou venda de produtos ou serviços, que o franqueador faz ao franqueado, com ou sem exclusividade em determinada zona geográfica, mediante remuneração, que pode consistir numa taxa inicial de ingresso, num percentual sobre o faturamento, ou de ambos, com a garantia da assistência técnica, podendo, ainda, abranger, conforme o tipo de atividade, a elaboração de um projeto para construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria*

²⁸ *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. IV. 2. ed.; São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

²⁹ *Contratos*. 18. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 24.

³⁰ *Instituições de direito civil*. v. III. 10. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 387.

³¹ Ob. cit., p. 26.

etc. (engineering), o treinamento do pessoal do franqueado e montagem da organização contábil e administrativa (management) e o estudo do mercado em potencial, publicidade, vendas promocionais e lançamento de produtos (marketing)”.

Dentre os comercialistas pátrios, podemos destacar a definição de FRAN MARTINS³², segundo o qual *franchising* 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 essa esteja ligada por vínculo de subordinação”.

Por sua vez, WALDIRIO BULGARELLI³³ afirma que: “É assim o franchising a operação pela qual um comerciante titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento de sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma percentagem calculada sobre o volume dos negócios. Repousa sobre a cláusula de exclusividade garantindo ao beneficiário, e relação aos concorrentes, o monopólio da atividade”.

De outro norte, RUBENS REQUIÃO ao lecionar de forma pioneira sobre o contrato de franquia, ainda nos anos 70, assevera ser essa uma forma inteligente, eficaz e econômica de explorar a divisão do trabalho, consistindo em um sistema organizacional desenvolvido pelo franqueador com as empresas franqueadas em uma espécie de quase-parceria³⁴.

Na contemporânea doutrina empresarial nacional, LUIZ FELIZARDO BARROSO³⁵ define o *franchising* como o “sistema de distribuição mais bem concebido até hoje, em que os direitos de uso da marca e da tecnologia de negócios de uma

³² *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 486.

³³ *Contratos Mercantis*. 10. ed.; São Paulo: Atlas, 1998, p. 521.

³⁴ *Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas*. Revista dos Tribunais nº. 513/41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 43.

³⁵ Ob. cit., p. 1.

empresa (franqueadora) são cedidos, contratualmente, a terceiros (franqueados), mediante determinadas condições: pagamento de uma taxa para ingresso no sistema do franqueador (taxa de franquia ou franchising) e de royalties, determinando percentual sobre suas vendas que o franqueado paga, periodicamente, ao franqueador”.

De outra senda, VERA HELENA DE MELO FRANCO³⁶, sintetizando o conceito de franquia, ensina que essa trata-se de um *“método de colaboração entre dois ou mais empresários, em geral, pessoas jurídicas (como as demais modalidades de contratos de distribuição), mediante a qual, uma, a franqueadora, coloca à disposição de outra, a franqueada, mediante um pagamento ou vantagens (v.g. participação nos lucros), uma coleção de produtos e serviços originais (ou específicos) que deve explorar obrigatoriamente, conforme técnicas já experimentadas, desenvolvidas periodicamente, ou recicladas, de uma maneira exclusiva ou semi exclusiva, com ou sem assistência técnica do franqueador.”*

Impende ainda registrar a definição exposta por JOSÉ CRETILLA NETO³⁷, que procura extrair os elementos essenciais da diversidade de definições dispostas ao instituto, conceituando-o como *“O contrato de natureza mercantil, firmado entre franqueador e franqueado, que tem por objeto a cessão temporária e onerosa de um conjunto de direitos materiais e intelectuais, de propriedade exclusiva do franqueador, para o franqueado, que se obriga à comercialização de produtos e/ou serviços, consoante um sistema próprio e único de rede de marketing e distribuição, estabelecido conforme as determinações e padrões do franqueador, remunerando-o, de forma única ou periódica, pela cessão dos referidos direitos e/ou pela transferência de know-how técnico, comercial e operacional, e também pela assistência técnica e mercadológica que prestará,*

³⁶ Ob. cit., p. 248.

³⁷ Ob cit., p. 41.

pele período do contrato”.

Por fim, ressalte-se a definição legal do contrato de franquia empresarial, disposta no Brasil, pelo artigo 2º, da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, a saber: “*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 da tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.*”

Analisando todas as definições acima expostas, verifica-se um eventual consenso no que se refere à cessão (autorização) do uso da marca e da técnica de desenvolvimento do produto e da atividade (*know-how*), da remuneração do franqueado ao franqueador, da inexistência de relação de subordinação, bem como da exclusividade geográfica a fim de proteger a exploração da atividade pelo franqueado³⁸.

Destarte, ponderando sobre os elementos básicos do instituto, bem como suas diversas conceituações no Brasil e no mundo, ousamos definir de forma singela a franquia ou *franchising* como *o contrato empresarial no qual o franqueador oferece sua imagem e marca já consolidadas no mercado, sua estrutura gerencial, práticas e técnicas de produção (know-how) e/ou comerciais, de organização e publicidade, ao franqueado, em troca da aderência desse à rede do franqueador, de seus investimentos de capital próprio e do pagamento de uma taxa inicial, royalties e taxas esporádicas, sendo a atividade do franqueado desenvolvida com autonomia gerencial supervisionada e com exclusividade em zona geográfica de-*

³⁸ Sobre diferenciações apresentadas entre os termos *franchising* e franquia, dentre outros termos ligados à matéria, ver MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., pp. 25-27.

terminada.

CAPÍTULO IV - CLASSIFICAÇÕES DO CONTRATO DE FRANQUIA

Ao se investigar a natureza jurídica de qualquer instituto, pretende-se, na realidade, conhecer suas principais características, as quais levam à sua classificação.

Consoante as definições expostas no item retro, verifica-se que a franquia tem natureza jurídica de um contrato de distribuição³⁹, mediante o qual um produtor de bens ou serviços concede a outro empresário a possibilidade de produção e/ou comercialização de seus produtos, cujo nome e marca já se encontram solidificados no mercado, tendo em contrapartida pagamentos em razão desta exploração. Trata-se de uma boa opção de ampliação dos negócios do franqueador, garantindo ao franqueado a utilização de uma marca e imagem de reconhecida aceitação pelos consumidores.

A principal característica do contrato é a possibilidade de o franqueador expandir seus negócios, controlando e dirigindo a produção ou comercialização de seus produtos através de empresas independentes, que participam do grupo com autonomia, fazendo repasses ou pagamentos ao dono da marca, o qual não assume diretamente os gastos e riscos dos investimentos realizados pelos franqueados. Lado outro, o franqueado tem a possibilidade de investir seu capital na produção ou comercialização de produtos já conhecidos e aceitos pelo público, utili-

³⁹ Classificando a franquia como um contrato de colaboração, na modalidade “distribuição-intermediação”, vide FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de direito comercial*. v. 3. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 85-86. Referido autor denomina de “contratos de colaboração” aqueles que instrumentalizam o escoamento de mercadorias, distinguindo duas subespécies: a) contratos de “distribuição-intermediação”, que se caracterizam pela compra de mercadorias por parte de um empresário em condições especiais de outro empresário denominado distribuidor; e b) contratos de “distribuição-aproximação”, nos quais um dos contratantes tem a obrigação de angariar outros empresários interessados no produto distribuído pelo fornecedor.

zando-se da marca, sinais distintivos, publicidade, técnicas de produção e gerenciais, assistência técnica e demais elementos de experiência transmitidos pelo franqueador, o que facilita a obtenção de lucros⁴⁰.

Por ser um contrato que envolve várias outras negociações específicas, presentes em maior ou menor medida, a exemplo do fornecimento, cessão sigilosa de tecnologia, uso da marca, exploração do invento, prestação de assistência técnica, dentre outros, o *franchising* pode também ser inicialmente entendido como um contrato de natureza *complexa*⁴¹.

Tendo em vista as demais características conceituais que se extraem da franquia, podemos ainda classificá-la conforme a exposição infra⁴².

Até a edição da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, a franquia era tida no Brasil como contrato atípico, eis que desprovida de regulamentação legal específica. Impende frisar que ao contrário do que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, ainda na atualidade, o *franchising* configura-se como um contrato atípico na maioria dos países⁴³. Atualmente,

⁴⁰ Neste sentido é a posição de ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, Ob. cit., pp. 122-123.

⁴¹ VERA HELENA DE MELLO FRANCO, Ob. cit., p. 248. Classificando a franquia como contrato-quadro complexo, ver L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *O contrato de franquia (franchising)*. 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2010, pp. 69 ss.

⁴² Sobre as diversas classificações do contrato de *franchising*, ver ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., pp. 40-46; MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., pp. 37-48; FÁBIO MILMAN, Ob. cit., pp. 43-48; JOSÉ CRETELLA NETO, Ob. cit., pp. 38-40 e VERA HELENA DE MELLO FRANCO, Ob. cit., p. 250.

⁴³ Em Portugal, v.g., o contrato continua a ser atípico, aplicando-se em geral as normas atinentes aos demais contratos de distribuição. Neste sentido é o posicionamento de ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, Ob. cit., p. 127, PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. cit., p. 24 e ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*. 3. ed. (revista, atualizada e aumentada); Coimbra: Almedina, 2012, p. 775. Considerando o contrato atípico, celebrado com recurso às cláusulas contratuais gerais, é o escólio de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos em geral*. 4. ed.; reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 502. Para L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Ob. cit., p. 23, trata-se de contrato atípico, embora socialmente típico, eis que celebrado de maneira constante e reiterada no

considerando-se a existência de legislação específica regulamentadora, trata-se de contrato *típico* e *nominado*, tendo em vista que a Lei nº. 8.955, de 1994, apesar de não dispor de forma pormenorizada sobre o instituto, define o contrato e disciplina importantes elementos desse (v.g. *disclosure* e circular de oferta da franquia). Ademais, caso se fosse exigível uma sistematização completa, poucas figuras contratuais mereceriam a classificação da tipicidade⁴⁴.

Bilateral ou *sinalagmático*, eis que cria, modifica ou extingue obrigações de conteúdo patrimonial para ambos os contratantes, havendo deveres, obrigações ou prestações a serem assumidas pelos dois pólos da relação contratual. Com efeito, ao franqueador incube a autorização de uso do nome e da marca, a assistência técnica competente, a transferência das técnicas de produção e da metodologia empresarial, dentre outros. Ao revés, ao franqueado incumbe, exemplificativamente, o pagamento da taxa inicial de franquia, de *royalties*, além do dever de zelar pela boa imagem da marca que lhe foi franqueada.

É contrato *oneroso*, eis que importa em vantagens econômicas para ambas as partes. Enquanto o franqueador tem a possibilidade de expandir sua marca sem maiores ônus, sendo ainda remunerado pela autorização de uso dessa, ao franqueado

comércio jurídico, tendo relevância neste contexto. Consoante o escólio de FREDERICO DE ANDRADE GABRICH, *Contrato de franquia e direito de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 67 e ss., o *franchising* é considerado atípico e inominado na França e típico nos Estados Unidos da América, primeiro país do mundo a instituir legislação específica regulamentadora do contrato.

⁴⁴ Em sentido contrário, considerando-se atípico o contrato, apesar de nominado, expõe ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., p. 42: “Portanto, data máxima vênua, divergimos daqueles que entendem ser o contrato de franquia típico, bem como daqueles que utilizam como sinônimo a expressões atípico/inominado e típico/nominado. Seria, nestes termos, a franquia empresarial um contrato atípico, mas nominado, eis que a Lei 8.955/94 lhe deu um ‘nomen juris’, mas não definiu os direitos e deveres dos contratantes. No mesmo sentido é a posição de FÁBIO ULHOA COELHO, *Considerações sobre a lei de franquia*. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, nº 16/15-21, maio/junho de 1995, p. 15.

é possível a exploração de uma marca já reconhecida no mercado, o que facilita a obtenção de lucros.

Também é *comutativo*, eis que a prestação de uma das partes tem sua causa na prestação da outra, sendo equivalentes e proporcionais, de modo a gerar a prosperidade do empreendimento, objetivo comum do franqueador e franqueado.

Em geral, é tido como *consensual*, eis que se aperfeiçoa com a simples manifestação de vontade do franqueador e franqueado, não sendo necessário nenhum outro fato externo para tornar o contrato perfeito e acabado⁴⁵. *Não solene*, visto que apesar da forma escrita ser exigida pelo art. 6º, da Lei nº. 8.995/1994 e da necessidade de emissão da circular de franquia, as partes não precisam seguir qualquer modelo pré-estabelecido, sendo que quando da redação final, o contrato não estará submetido a nenhuma solenidade⁴⁶. Não obstante, tratando-se de contrato de franquia advinda do exterior, há quem defenda a necessidade de solenidades no que pertine à averbação no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial)⁴⁷ para viabilizar a remessa de *royalties* ao franqueador, legitimando a remessa de divisas ao exterior, e ainda o registro no BACEN (Banco Central do Brasil) quando represente investimentos iniciais estrangeiros no país⁴⁸.

Lado outro, as condições e características pessoais do franqueador e do próprio franqueado são devidamente analisadas pela outra parte, sendo determinantes para aceitação e cele-

⁴⁵ MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., p. 45, classifica o *franchising* como consensual e formal, apresentando diferenciação entre tais qualificações.

⁴⁶ O art. 6º, da Lei nº. 8.955/1994 dispõe que: “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.”

⁴⁷ Com advento da Lei nº. 9.279, de 14.05.1996 (Código da Propriedade Industrial), o registro do contrato de franquia passa a ser obrigatório em algumas outras hipóteses, implicando a cessão de licença de uso da marca, ainda que não seja inerente à empresa estrangeira, especialmente no tocante à produção de efeitos perante terceiros (art. 211).

⁴⁸ VERA HELENA DE MELLO FRANCO, Ob. cit., p. 250.

bração do contrato, razão pela qual é o mesmo classificado como *intuitu personae*, inadmitida a sub-rogação sem consentimento da parte contrária.

No que pertine à forma de execução, classifica-se a franquia como contrato de *trato sucessivo* ou *duração continuada*, eis que, enquanto vigente, estabelece obrigações sucessivas e permanentes, não estipuladas para cumprimento em um só momento. Ao revés, os deveres dos contratantes prolongam-se no tempo, durante o prazo de vigência do acordo de vontades.

Por fim, o *franchising* é tido como contrato de *adesão*, eis que cada franqueador costuma utilizar-se de uma forma padrão própria e inflexível, não se admitindo por parte do franqueado qualquer alteração ou adaptação de cláusulas. Neste ínterim, apresentam-se a rigidez, predeterminação e uniformidade das condições impostas pelo franqueador, o que caracteriza a adesividade do contrato⁴⁹. Não obstante, registre-se que, segundo LUIZ EDMUNDO APPEL BONJUGA⁵⁰, é possível visualizar dois momentos cronológicos diversos no fenômeno da contratação por adesão, sendo que no primeiro o franqueador elabora um sistema para sua rede, redigindo cláusulas contratuais abstratas e uniformes, as quais poderão, em momento posterior, serem negociadas de forma sinalagmática com o franqueado, tendo em vista as especificidades de cada caso.

CAPÍTULO V - CLÁUSULAS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE FRANQUIA

Ultrapassadas as questões pertinentes à definição e à

⁴⁹ Sobre contratos de adesão na doutrina européia e americana, ver FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p. 440 e RÚBEN S. STIGLITZ/GABRIEL STIGLITZ, *Contrato por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 53.

⁵⁰ *Natureza jurídica do contrato de "franchising"*. Revista dos Tribunais, nº 653/55-68. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar/1990, p. 70.

classificação do contrato de franquia e, antes de avançar a análise de outros temas a ele relativos, necessário se mostra desenvolver uma exposição sobre as cláusulas do contrato, o que propiciará um melhor entendimento para as futuras discussões.

Como qualquer contrato, a franquia necessita inicialmente da correta e adequada identificação e qualificação das partes contratantes e do objeto para o sucesso de sua celebração. Na sequência, não obstante a divergência existente na doutrina interna e alienígena, algumas cláusulas são tidas como essenciais ao *franchising* tendo em conta, especialmente, sua natureza de contrato complexo⁵¹.

A primeira delas refere-se ao *prazo do contrato*. Em termos gerais a duração do contrato pode ser estabelecida pelas partes contratantes por tempo determinado ou indeterminado. Na prática, mostra-se incomum a celebração de contratos sem prazo determinado, tendo em vista que tal estipulação não corresponde aos interesses do franqueador ou do franqueado. Apesar da inexistência de um prazo pré-fixado para a duração do contrato, esse jamais poderá ser inferior àquele necessário ao retorno do investimento feito pelo franqueado e a um determinado acúmulo de lucros, em premiação ao trabalho por esse realizado. Impende ressaltar que, consoante o entendimento de LUIZ FELIZARDO BARROSO⁵², em caso de indeterminação do prazo de duração do contrato, deverá constar cláusula estipulando um prazo mínimo para que uma das partes possa pedir a rescisão. A posição visa, certamente, evitar a instabilidade da relação contratual e garantir segurança jurídica ao negócio, em especial ao franqueado, parte que inicialmente despendeu um

⁵¹ Consoante L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Ob. cit., pp. 30 ss., cinco são os elementos essenciais ao contrato de franquia, os quais deverão, portanto, estar presentes em suas cláusulas: concessão de licença de marca e/ou direito de uso de outros sinais distintivos do franqueador; transmissão de *know-how*; prestação de assistência do franqueador ao franqueado; controle da atividade do franqueado pelo franqueador; prestações pecuniárias do franqueado ao franqueador.

⁵² Ob. cit., p. 72.

maior investimento para celebração do contrato.

Nos contratos de *franchising*, deve ainda constar a cláusula relativa à *remuneração do franqueador*, ou seja, ao valor econômico despedido pelo franqueado, para aquisição e utilização da franquia. Os parâmetros utilizados para estipulação desta remuneração são os mais variados, podendo envolver os gastos com a produção ou fornecimento dos serviços, nível da tecnologia desenvolvida, assistência técnica a ser prestada e o grau de força mercadológica da marca. Normalmente, o preço é pago ao franqueador através de uma taxa inicial de franquia, *royalties* e taxas periódicas.

A taxa inicial de franquia, também conhecida como *Initial Fee, Entry Fee, Entrance Fee*⁵³, consiste no pagamento inicial para filiação do franqueado, destinado a garantir ao franqueador uma razoável recuperação dos investimentos realizados no planejamento, implantação e aperfeiçoamento dos produtos ou serviços e da própria operação mercadológica da franquia. O pagamento dessa taxa é necessário para que o franqueado passe a fazer parte da rede de franquia, passando a ser licenciado à utilização da marca do franqueador. Em geral, não se incluem nessa as despesas do franqueado com o imóvel onde funcionará o estabelecimento, gastos com contratação de pessoal ou aquisição de equipamentos⁵⁴.

Os *royalties*⁵⁵ são entendidos como o pagamento de percentual sobre o faturamento anual do franqueado. Podem ainda ser cobradas eventuais outras taxas periódicas (v.g. seguro mínimo), que têm por objetivo garantir ao franqueador a manutenção do esquema de suporte, orientação e assistência mantidos pelo franqueador durante a vigência do contrato, bem como a continuidade do desenvolvimento e publicidade da marca, produtos ou serviços. Estas taxas sobre as vendas garantem

⁵³ ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., p. 49.

⁵⁴ MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., p. 85.

⁵⁵ Sobre a disciplina do *royalty*, veja a argumentação desenvolvida por FREDERICO DE ANDRADE GABRICH, Ob. cit., pp. 25-28.

ainda o interesse do franqueador no sucesso do negócio, gerando uma assistência técnica e operacional mais efetiva ao franqueado. Podem ser fixadas de forma proporcional ao volume dos negócios realizados, além de estipulada em um quantitativo mínimo⁵⁶.

Há ainda quem defenda a existência de uma quarta forma de remuneração, que objetiva, especificamente, custear as campanhas publicitárias das marcas⁵⁷.

A terceira cláusula essencial do contrato de franquia é aquela que estabelece a *exclusividade territorial*. Esta cláusula versa sobre o direito que tem o franqueado de deter o uso exclusivo da marca do franqueador em uma determinada região, visando protegê-lo da concorrência, eventualmente a ser realizada por outros franqueados do mesmo grupo. Não se tem conhecimento de regra normativa ou mesmo posição doutrinária ou jurisprudencial definida, nos ordenamentos jurídicos pátrio ou estrangeiros, que estabeleça qual a área mínima ou máxima deste território, podendo abranger desde cidades ou regiões até ruas ou mesmo pontos específicos em áreas de grande atividade comercial, a exemplo de um *shopping center*.

De acordo com JEAN GUYENOT⁵⁸, a cláusula da exclusividade territorial poderá ser simples ou absoluta. Na primeira, o franqueado detém a exclusividade de determinada região, sendo permitido a outros franqueados do mesmo grupo, sem se estabelecerem na região, a com ele competirem através de propagandas e promoções, na tentativa de angariar a clientela para outra zona de atuação. Na segunda, cada franqueado possui uma região de atuação na qual não é permitida qualquer tipo de concorrência por parte de outros franqueados do grupo, inclusive no que pertine a publicidade, objetivando a conquista dos

⁵⁶ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Ob. cit., p. 45.

⁵⁷ FÁBIO MILMAN, Ob. cit., p. 75 e LUIZ FELIZARDO BARROSO, Ob. cit., p. 67.

⁵⁸ *Que es el franchising?* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1997, pp. 86-122.

consumidores.

Interessante registrar a existência de posição doutrinária que defende a afirmação de que a cláusula de exclusividade tenha natureza bilateral, valendo também para o franqueado, a quem não é permitido contratar nova franquia ou estabelecer negócio semelhante no território de sua exclusiva atuação⁵⁹ ou expandir o negócio para fora da área determinada⁶⁰. Tal assertiva pode, no entanto, depender de outra cláusula não essencial do contrato, denominada de não concorrência⁶¹.

De outra senda, uma das mais importantes cláusulas do contrato de franquia é a *autorização do uso da marca* e a *transferência de know-how*. Em sentido jurídico, marca constitui “*todo nome ou sinal hábil para ser aposto a uma mercadoria ou produto ou a indicar determinada prestação de serviço e estabelecer para o consumidor ou usuário uma identificação*”⁶². Através desta autorização, o franqueado poderá passar a utilizar-se da marca dos produtos e/ou serviços do franqueador. Impende ressaltar que, no Brasil, tal autorização deverá ainda obedecer às normas legais dispostas na Lei de Propriedade Industrial (Lei nº. 9.279, de 1996), sendo necessário, em alguns casos, o registro prévio da marca no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial).

O *know-how* como contrato autônomo envolve a transferência dos conhecimentos sobre processos de fabricação, fórmulas, técnicas ou práticas de produção ou ainda métodos comerciais, de organização e gestão empresarial. No contrato de franquia, entretanto, tal transferência não é tão abrangente, ten-

⁵⁹ ROBERTO BALDI/ ALBERTO VENEZIA, *Il contratto de agenzia; La concessione di vendita; Il franchising*. 8. ed.; Milão: Giuffrè Editore, 2008, p. 126.

⁶⁰ ISABEL MARIA ALEXANDRE, *O contrato de franquia (franchising)*. O Direito, ano 123, 1991, pp. 319 ss.

⁶¹ Sobre a cláusula de não concorrência, ver MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, *Ob. cit.*, pp. 89-90.

⁶² LUCAS ROCHA FURTADO, *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro – Comentários à nova legislação sobre marcas e patentes, Lei nº 9276, de 14 de maio de 1996*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 105.

do em vista que as técnicas comerciais, métodos de gerenciamento e treinamento de pessoal podem ser efetivadas através da cláusula de prestação de assistência técnica, a qual garante uma efetiva prestação de serviços por parte do franqueador, durante a vigência do contrato⁶³.

A referida cláusula de *assistência técnica* apresenta-se como outro elemento contratual de grande importância para que o contrato de franquia alcance seus objetivos e produza seus esperados efeitos⁶⁴. Tal assistência revela-se como uma prestação de serviços do franqueador ao franqueado, englobando uma série de obrigações relacionadas ao adequado uso da marca e à garantia de sucesso do empreendimento franqueado. MARIA HELENA DINIZ⁶⁵ leciona que a assistência técnica é a principal forma de proporcionar ao franqueado a assimilação das técnicas, métodos e experiências do franqueador, buscando-se a adoção uniforme de toda a rede franqueada.

Apesar da divergência doutrinária sobre o assunto, uma das mais precisas delimitações da assistência técnica foi apresentada por FÁBIO KONDER COMPARATO⁶⁶, ao distingui-la em três prestações distintas: *engineering*, *management* e *marketing*. O *engineering* consiste no planejamento arquitetônico e estrutural do local onde funcionará a franquia, abrangendo o *design* do local e a instalação dos equipamentos necessários à realização do negócio. Visa ainda garantir uma uniformidade da rede franqueada, a qual é totalmente projetada

⁶³ MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, *Ibid.*, pp. 81-82.

⁶⁴ Posição contrária é desenvolvida pela doutrina portuguesa no sentido de que a assistência técnica não faz parte da noção essencial do contrato de franquia, pois admite-se sua inexistência em vários contratos, especialmente nos inerentes à franquia de serviços. Neste sentido: ISABEL MARIA ALEXANDRE, *Ob. cit.*, pp. 360 ss e ANA PAULA RIBEIRO, *O contrato de franquia (franchising): no direito interno e no direito internacional*. Lisboa: Tempus, 1994, pp. 51 ss.

⁶⁵ *Ob. cit.*, p. 46.

⁶⁶ *Franquia e concessão de venda no Brasil: Da consagração ao repúdio*. Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 117.

pelo franqueador. Nos dizeres de JEAN GUYENOT⁶⁷, o *engineering* constitui um “*estúdio prévio a la creación o a la transformación del negocio, realización y puesta em marcha de los arreglos y de las instalaciones.*” O *management* consiste no treinamento específico do franqueado quanto à administração do negócio, no que pertine às técnicas gerenciais e organização empresarial. Por sua vez, o *marketing* envolve o repasse ao franqueado das técnicas publicitárias, de divulgação dos produtos e serviços e técnicas mercadológicas que visam atrair a clientela, objetivando a continuidade e crescimento do sucesso da marca.

Pode-se ainda registrar a cláusula da *autonomia* empresarial do negócio do franqueado. Apesar do acompanhamento, supervisão e fiscalização que podem ser realizados pelo franqueador, o franqueado mantém essa autonomia, o que, inclusive, descaracteriza a relação de trabalho entre as partes contratantes.

Além das cláusulas referidas, as quais garantem a essência do contrato de franquia, várias outras podem ser relacionadas, sem obterem, no entanto, o caráter da essencialidade. Dentre essas podem ser citadas: a) a faculdade de fixação de preço de revenda dos produtos ou serviços pelo franqueador; b) a aquisição obrigatória de estoque mínimo e quota de venda mínima pelo franqueado⁶⁸; c) as cláusulas resolutivas⁶⁹; d) as cláusulas penais⁷⁰; e) a cláusula do sigilo ou confidencialidade do franqueado com relação aos “segredos” do franqueador; f) a possibilidade de transferência a terceiros; g) a fixação de horários de funcionamento e preços dos produtos ou serviços pelo franqueador⁷¹; h) o direito de preferência do franqueador para adquirir o negócio do franqueado; i) o direito do franqueador

⁶⁷ Ob. cit., p.22.

⁶⁸ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Ob. cit., pp. 49-50.

⁶⁹ ANA CLAUDIA REDECKER, Ob. cit., pp. 54-58.

⁷⁰ LUIZ FELIZARDO BARROSO, Ob. cit., p. 73.

⁷¹ MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., pp. 89-92.

de estabelecer as modalidades de venda do franqueado; j) a determinação da instituição financeira com a qual deverá o franqueado operar⁷².

Em sendo o *franchising* um contrato complexo difundido em todo o mundo, a extensão e variedade de suas cláusulas toma contornos demasiadamente amplos, o que dificulta sua enumeração. Não obstante, as disposições contratuais supra referidas podem ser tidas como essenciais, por revelarem as principais características do contrato de franquia, sem as quais esse não se configura.

CAPÍTULO VI - MODALIDADES DO CONTRATO DE FRANQUIA

A inicial ideia do *franchising* desenvolvida nos Estados Unidos da América apresentou adaptações e alterações diversas, tendo em vista sua completa expansão no mundo contemporâneo. Assim, várias modalidades de franquia surgiram em distintos países, tendo em consideração, notadamente, as especificidades de sua utilização pelos interessados, em consonância com a realidade dos empreendimentos por esses realizados.

Dentre as diversas classificações, a que se baseia na natureza da atividade franqueada mostra-se como a mais disseminada e aceita por diferentes doutrinadores. Com base neste critério, identificam-se quatro modalidades, tidas por MAURO BUSSANI e PAOLO CENDANI⁷³ como as mais difundidas, a saber:

a) *franquia de produção*: na qual o franqueador é um industrial, produtor de bens, de êxito testado e reconhecido no mercado, que objetivando a ampliação de seus negócios, delega

⁷² FÁBIO MILMAN, Ob. cit., p. 76. Levando-se em consideração o disposto na Lei nº. 8.955 de 1994, FREDERICO DE ANDRADE GABRICH destaca ainda uma diversa relação de cláusulas comuns aos contratos de franquia, Ob. cit., pp. 30-31.

⁷³ *I contratti nuovi (casi e materiali di dottrina e giurisprudenza)*. Milano: Guiffrè, 1990, pp. 413-419.

a terceiros licenciados, sob sua supervisão e utilizando-se da identificação já renomada, a comercialização dos produtos;

b) *franquia de distribuição*: modalidade na qual um atacadista produz ou adquire bens de terceiros fornecedores, os quais são selecionados e testados por uma central e posteriormente repassados aos franqueados para a comercialização ao público. Nesta espécie o franqueador pode não ser o produtor dos bens, mas sim aquele que os adquire de diversos produtores, realizando uma seleção dos produtos e repassando-os para os franqueados que efetuam a comercialização sob a marca do atacadista. É utilizada principalmente no setor de gêneros alimentícios⁷⁴;

c) *franquia de serviços*: sistema no qual o objeto do contrato não se consubstancia em um produto a ser vendido pelo franqueado, mas sim na prestação de um serviço a ser concebida mediante a marca e experiência do franqueador. Tais serviços já possuem qualidade reconhecida pela identificação do franqueador, sendo desenvolvidos pelo franqueado através de métodos já testados e aprovados pelos consumidores, mediante a assistência técnica daquele. Encontra aplicação em variados setores, a exemplo de redes de *fast food*, setor de hotelaria, sorveterias, escolas de idiomas, padarias, dentre outros⁷⁵;

d) *franquia industrial*: forma na qual o franqueador, produtor, cede ao franqueado, além do direito de uso da marca, as fórmulas e métodos de fabricação do produto, transferindo-lhe, ainda, a tecnologia e os conhecimentos inerentes às técnicas de distribuição. Os franqueados passam efetivamente a fabricarem os produtos, podendo ou não ser os responsáveis por sua comercialização. Trata-se de uma espécie das mais complexas, havendo completa transferência de *know-how*, o que exige uma profunda relação de confiança e boa-fé entre as partes, sendo exigível do franqueado o completo sigilo relativo aos

⁷⁴ VERA HELENA DE MELLO FRANCO, Ob. cit., p. 249.

⁷⁵ ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., p. 64.

“segredos” do processo produtivo dos bens. Ademais, o franqueado, ao fabricar diretamente os produtos, deve ainda manter a qualidade dos mesmos. Requer uma maior disponibilidade de investimentos, tendo em vista a aquisição do maquinário e equipamentos necessários ao desenvolvimento da linha produtiva, garantindo, em contrapartida, um maior estímulo ao consumo e ao desenvolvimento da rede, por aproximar a unidade de produção do local onde se desenvolve o mercado de consumo. A Coca-Cola mostra-se como o exemplo mais fidedigno dessa modalidade.

De outra senda, levando-se em consideração a forma de gestão empresarial⁷⁶, o *franchising* poderia apresentar as seguintes modalidades:

a) *franquia de marca ou de produto (tradicional ou product trade mark franchising)*: destinada a contratos dirigidos a empresas franqueadas interessadas em comprar ou vender produtos ou serviços, exclusivamente da marca já consolidada do franqueador;

b) *franquia do negócio formatado (business format franchising)*: através da qual o franqueador transfere ao franqueado toda a tecnologia que diz respeito à implantação e operação de um determinado negócio de reconhecido sucesso, geralmente inerente ao nível varejista. Neste caso, o franqueador desenvolve um verdadeiro modelo-negócio (com técnicas comerciais, industriais e métodos de serviços, expostos em manuais de operações, marca, logotipo, *know-how*) que é formatado e posteriormente transferido aos franqueados, os quais deverão cumprir as regras dispostas na formatação da franquia, sendo diretamente assessorados, com treinamento contínuo e supervisão por parte do franqueador.

Se considerarmos o âmbito do contrato, a franquia poderá ainda ser classificada sobre as modalidades de:

a) *Franquia- mestre (Master Franchising)*: consoante a

⁷⁶ ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., pp. 58-60.

qual o franqueador repassa a um franqueado inicial (*master*) o direito de exercitar os poderes normalmente inerentes ao franqueador, em um território determinado, passando ele a conceder novas franquias a outros interessados, em uma modalidade de subcontrato;

b) *Franquia de desenvolvimento de área (Area Development Franchise)*: o franqueador contrata um franqueado inicial, denominado de “*area rep*”, o qual possui o direito de buscar outros futuros franqueados em determinado território e de fornecer-lhes algum tipo de serviço ligado ao objeto do contrato. A principal diferença com relação à *master* é que os futuros contratos são apresentados ao franqueador e diretamente assinados por esse, não possuindo o “*area rep*” poderes de representação, mas, tão somente, o direito de procurar e indicar os futuros franqueados, bem como de efetuar seu treinamento e inspeções periódicas;

c) *Franquia de canto (Corner Franchise)*: contrato no qual um comerciante tradicional, já reconhecido no mercado consumidor do qual faz parte, aceita dedicar-se em parte à venda dos produtos do franqueador, cedendo para tanto, parte da estrutura de seu próprio estabelecimento. Tal espécie é muito utilizada em corredores de *shopping centers* ou outros locais de grande movimento de consumidores.

Não obstante serem essas as principais modalidades do *franchising*, impende ainda relatar algumas outras importantes classificações realizadas no direito alienígena. Em Portugal, ANTÔNIO PINTO MONTEIRO⁷⁷ apresenta a distinção entre *package franchise* e *product franchise*. No primeiro, que corresponde ao principal modelo europeu, o franqueador é autorizado a atuar de acordo com a imagem empresarial do franqueado; no segundo, existe a simples licença para venda dos produtos de determinada marca, com ou sem exclusividade, não havendo a efetiva representação do franqueador pelo franquea-

⁷⁷ Ob. cit., p. 126.

do.

A doutrina francesa⁷⁸ também apresenta a classificação em franquia de distribuição, industrial e de serviços. Não obstante, alguns autores apresentam ainda como modalidades diversas o *franchising* financeiro e o *franchising de stand*. O primeiro seria o caso de dissociação entre os conceitos de investimento e gestão do empreendimento, oferecido por bancos de investimentos ou associações como produto financeiro; o segundo é aquele em que se destina um espaço específico em determinada loja, que já comercializa outros produtos, para venda dos bens do franqueado, os quais não guardam relação com os tradicionalmente vendidos naquele estabelecimento – apresenta características próximas ao do exposto *corner franchise*.

Dentre os autores alemães, MICHAEL MARTINEK, citado por JOSÉ CRETELLA NETO⁷⁹, elabora classificação nos seguintes termos: a) *franchising de subordinação (subordinations franchising)*, em que o franqueado é mero coadjuvante do sistema, apenas comercializando os produtos conforme a vontade do franqueador; b) *franchising de parceria (partnerschaftsfranchising)*, o qual se subdivide em *franchising de coordenação (koordinationsfranchising)*, de coalizão (*koalitionsfranchising*) e de confederação (*konfoderationsfranchising*), nos quais os interesses de todos coincidem, diferenciando-se apenas na diversidade de interesses do franqueado e franqueador (coordenação, coalizão ou confederação).

Por sua vez, na doutrina italiana ROBERTO BALDI e ALBERTO VENEZIA⁸⁰ ainda distinguem as modalidades de franquia em *franchising di distribuzione tra produttore e dettagliante*; *franchising de distribuzione tra grossisti e dettaglianti* e *franchising di produzione (ovvero franchising industriale)*.

⁷⁸ GÉRARD FABRE, *Concurrence, distribution, consommation*. Paris: Dalloz, 1983, p. 106.

⁷⁹ Ob. cit., p. 36.

⁸⁰ Ob. cit., pp. 151-152.

Ainda na doutrina brasileira, além de algumas modalidades já expostas, FABIO MILMAN⁸¹ revela algumas outras classificações, como forma de desenvolvimento das quatro inicialmente expostas neste tópico, dentre as quais merecem destaque: a) *franchising* misto: na qual prepondera mais de uma espécie, ou seja, contrato conjunto de produtos e serviços, produtos e indústria ou demais combinações possíveis; b) *franchising* associativo: que representa a participação recíproca do franqueador no capital do franqueado ou vice-versa, ferindo a independência e autonomia, características básicas do contrato; c) *franchising* financeiro: o franqueado é detentor de capital para investimento, apenas adquirindo o pacote de franquia e colocando pessoa de sua confiança na condução do negócio; d) *franchising* múltiplo: quando o franqueado é detentor de mais de um pacote de franquia, da mesma rede, em pontos diferentes; e) *franchising* multimarcas: o franqueado possui franquias de franqueadores diversos, detendo poderes, contratualmente estabelecidos, para a gestão de todas; f) *franchising* de nova instalação: o franqueado adquire ou se obriga a adquirir o local em que a atividade de franquia será exercida; g) *franchising* de reconversão: o franqueado já exerce outra atividade, a qual é convertida à formatação da franquia, após sua aquisição; h) *franchising* itinerante: o franqueador transfere seus sistemas para operação em unidade móvel pertencente ao franqueado, a exemplo de ônibus, trailer, etc; i) *franchising* de área: o franqueador original, geralmente detentor de uma marca internacionalmente conhecida, delega a várias empresas o direito de controlar a marca franqueada em determinada região geográfica.

Não obstante a multiplicidade de modalidades apresentadas, verifica-se que todas as formas podem ser combinadas diversamente, conduzindo às mais variadas construções, conforme o ramo da atividade franqueada e seu desenvolvimento

⁸¹ Ob. cit., pp. 65-66.

no âmbito nacional ou internacional.

CAPÍTULO VII - AS PARTES E SUAS OBRIGAÇÕES

Ao iniciar o estudo específico das partes no contrato de franquia, cumprem-nos observar a presença de alguns pontos genéricos ao tema, referentes à capacidade para contratar e ao relacionamento entre os contraentes.

Baseado em uma visão tradicionalista do Direito Comercial, sob a égide do já revogado Código Civil de 1916⁸² e do Código Comercial de 1850⁸³, o direito brasileiro caracterizava o franqueado e o franqueador como comerciantes. Para a individualização da atividade de comércio fazia-se necessária a presença concomitante de três requisitos: intermediação, intuito de lucro e profissionalismo, eis que o comerciante seria aquele que exercia com habitualidade a intermediação entre o produtor e o consumidor dos produtos, com o intuito de lucro.

Em virtude das profundas modificações sofridas pelo Direito Comercial durante o século XX, especialmente em razão das novas dinâmicas de mercado, a figura do comerciante passou a ser substituída pela do empresário. Neste diapasão, o novo Código Civil Brasileiro⁸⁴ estabelece em seu artigo 966 que empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica e organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, ressalvando, entretanto, que não pode ser assim considerado quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que em concurso de colaboradores ou auxiliares, salvo se o exercício da profissão constituir elemento da empresa.

Portanto, à luz da atual legislação brasileira e tendo em vista a natureza jurídica do contrato de franquia, é natural con-

⁸² Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916

⁸³ Lei nº 556, de 25 de junho de 1850

⁸⁴ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

cluir-se que as partes contratantes, além de possuir a capacidade genérica para realização de negócios jurídicos, devem também se constituir empresários.

No que pertine ao relacionamento, faz-se necessário que franqueador e franqueado consigam acordar em consenso sobre o objeto, prazo e demais cláusulas da franquia. Ao nos referirmos a consenso, insta ressaltar que este pode ser atingido ainda que o franqueado apenas concorde com todas as cláusulas da proposta da franquia apresentada pelo franqueador, eis que o *franchising* normalmente apresenta-se como um contrato de adesão.

Importante ressaltar que os contratantes podem optar pela convenção de um pré-contrato, também nominado como contrato de *pilotage*⁸⁵, com fins a minorar os riscos do negócio principal. Este pré-contrato consiste no acordo entre o franqueador e interessado, no qual se estabelece um período de experiência para que o candidato a franqueado exerça total ou parcialmente as atividades oferecidas pelo franqueador, pagando-lhe certa retribuição pecuniária e comprometendo-se a manter o sigilo a respeito das informações recebidas, caso opte pela não celebração do contrato definitivo, ao término do prazo fixado. Ou, nos dizeres de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO⁸⁶, “*é a convenção pela qual o hipotético futuro franqueador vai confiar a um terceiro a tarefa de experimentar o projeto de franquia, em vez de o fazer diretamente, através de unidades-piloto detidas pela sua própria empresa*”.

7.1 - O FRANQUEADOR

Na definição de JORGE PEREIRA ANDRADE⁸⁷, o

⁸⁵ RICARDO NEGRÃO, *Manual de direito comercial e de empresa*. v. 2. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2012, p. 316.

⁸⁶ Ob. cit., p. 238.

⁸⁷ *Contrato de franquia e leasing: Lei 8955/94, Resolução nº 2309/96, Lei 9307/96*. 3. ed.; São Paulo: Atlas, 1998, p. 24.

franqueador “*é a pessoa jurídica que contrata a franquia de sua marca, de seus produtos e/ou serviços, de seu nome comercial ou título do estabelecimento, oferecendo know-how administrativo, de gerenciamento, de marketing, publicidade, proporcionando para isso total assistência e exigindo o cumprimento integral e absoluto de normas preestabelecidas em contrato, já que detém um negócio vitorioso e quer expandi-lo sem inversão de recursos próprios.*”

A definição apresentada, embora bastante abrangente, expõe uma controvérsia com a qual não concordamos, eis que expõe o franqueador como sendo, necessariamente, detentor de personalidade jurídica. Embora rara a hipótese, não há no Brasil qualquer vedação a que o franqueador seja pessoa física. Com efeito, a própria lei nº. 8.955/94, regulamentadora interna da franquia empresarial, não exige que o franqueador seja pessoa jurídica. Ademais, uma pessoa física pode exercer a atividade empresarial (geralmente sobre a égide de empresário individual) e, sendo detentor de uma marca, tem, inclusive, a possibilidade de registrá-la perante o INPI, consoante o disposto no art. 128, da Lei nº. 9.279/96, ou mesmo de averbar o contrato de franquia celebrado neste órgão, a teor do disposto no art. 211, do referido diploma legislativo.

Portanto, apesar da pequena ocorrência, não há qualquer vedação legal a que o franqueador seja no Brasil também pessoa física. O importante é que ele seja o titular do direito de sinais distintivos ou marca dos produtos, serviços ou negócio, das técnicas e *know-how* e que seus produtos ou serviços já tenham alcançado o necessário reconhecimento pelo mercado, a ponto de poderem ser franqueados a terceiros.

Em linhas genéricas, as principais obrigações do franqueador seriam⁸⁸: a) ceder ou autorizar o uso ao franqueado, colocando à disposição desse, os produtos e serviços objetos da franquia; b) prestar assistência técnica ao franqueado; c) pro-

⁸⁸ VERA HELENA DE MELLO FRANCO, Ob. cit., p. 251.

mover o treinamento do franqueado e de seus funcionários, para que atendam aos requisitos técnicos e de performance da franquia; d) respeitar a territorialidade fixada quanto à exclusividade de concessão de franquias, durante o decorrer do prazo estipulado no contrato.

As vantagens do franqueador com a realização da franquia são destacadas por ROBERTO CINTRA LEITE⁸⁹: a) rapidez de expansão, tendo em vista a multiplicação de unidades de produção ou pontos de venda dos produtos e/ou prestação dos serviços; b) aumento da rentabilidade de seu negócio, sem o investimento de capital, eis que para expansão da rede, o franqueado é quem arca com os ônus da instalação da nova franquia; c) redução de custos, pois sendo o franqueado o dono do seu próprio negócio, tenderá a reduzir seus custos, refletindo em toda a rede, além das vantagens do franqueador com aumento na aquisição de seus insumos perante seus fornecedores; d) motivação do franqueado no que pertine ao incremento de seu negócio, o que resulta no aumento de lucros, com reflexo direto em toda a rede; e) maior participação no mercado, em consequência da expansão da rede; f) maior cobertura geográfica, ante a possibilidade de alcance de novas regiões antes não atingidas pela marca, produtos ou serviços da franquia; g) melhor alcance e qualidade da publicidade ante aos investimentos crescentes; h) diminuição das responsabilidades trabalhistas, tributárias, bem como das advindas de eventuais obrigações decorrentes da prática de ilícitos civis ou penais, eis que todas são assumidas diretamente pelo franqueado; i) melhores representantes, eis que o sistema propicia ao franqueador uma prévia avaliação dos candidatos a franqueado.

Na mesma linha, o citado autor⁹⁰ enumera ainda algumas das desvantagens da franquia sob a ótica do franqueador, quais sejam: a) perda parcial do controle, eis que apesar das previ-

⁸⁹ Ob. cit., pp. 44-47.

⁹⁰ ROBERTO CINTRA LEITE, Ob. cit., pp. 48-53.

sões contratuais de supervisão, o franqueado é dono do próprio negócio; b) maior custo com os investimentos de supervisão para a manutenção do padrão de qualidade da franquia, à medida que aumenta o número de franqueados; c) aumento dos custos de formatação e atualização dos manuais de operação, tendo em vista a maior diversidade do mercado; d) perda do sigilo de parte dos segredos industriais e comerciais, essência do sucesso da marca; e) risco de prejuízos advindos de eventual desmotivação ou desistência por parte do franqueado; f) perda da liberdade para efetivação de eventuais alterações na rede, quando essas impliquem em alterações contratuais, estando portanto sujeitas a consulta prévia aos franqueados; g) risco de expansão sem planejamento, o que pode acarretar riscos à franquia; h) risco de seleção inadequada do franqueado, o que poderá ensejar eventual desmoralização da marca; i) risco da perda de padronização visual dos estabelecimentos, bem como dos produtos e serviços oferecidos.

7.2 - O FRANQUEADO

No que diz respeito ao franqueado, JORGE PEREIRA ANDRADE⁹¹ o define como “*pessoa física ou jurídica adquirente da franquia, nos moldes impostos pelo franqueador e mediante o pagamento de uma taxa inicial, de despesas de instalação e de uma contribuição mensal, em percentual, adre-demente combinado, sobre o faturamento*”. Na doutrina argentina, CARLOS ALBERTO GHERSI⁹² apresenta conceituação semelhante ao explicar que “*El franquiciado adquiere o usa los derechos de fabricar e de expedir al publico el bien o servicio, por lo cual paga al franquiciante um royaltie, manteniendo su posición de deminado*”.

⁹¹ Ob. cit., p. 26.

⁹² *Contratos civiles y comerciales*. Tomo II. 2. ed.; Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 37.

Acertadas se mostram as definições apresentadas, eis que nos termos da Lei nº. 8.955/94 não há qualquer restrição ao franqueado quanto à sua personalidade (física ou jurídica), apesar de na maioria das situações, a exemplo do franqueador, o franqueado assumir uma personalidade jurídica empresarial. O mais importante da definição, sem dúvida, é a característica do franqueado em adquirir o direito de uso da marca, produção de bens ou prestação de serviços, nos moldes ofertados pelo franqueador e mediante pagamentos a esse.

Impende ressaltar que a autonomia do franqueado permanece presente, estando esse, entretanto, sujeito a fiscalização, supervisão e acompanhamento contínuos por parte do franqueador, realizados com o objetivo de manter a padronização da atividade franqueada, especialmente no que tange à qualidade dos produtos ou serviços prestados pelo franqueado. Assim, apesar de manter sua independência empresarial, a atividade do franqueado encontra-se limitada no que tange à liberdade empresarial. Nesta linha de entendimento, a própria Lei nº. 8.955/94 estabelece em seu artigo 1º que a franquia ocorrerá sem que fique caracterizado o vínculo empregatício do franqueado com o franqueador, restando límpida a opção legal pela manutenção da autonomia e independência jurídica do franqueado.

Desta forma, no contrato de *franchising* o franqueador renuncia, em parte, à sua liberdade de empresário autônomo, para obter, em troca, a possibilidade de utilização de uma marca já reconhecida no mercado, mediante a assistência, experiência e proteção do franqueador. O franqueador, por sua vez, apesar da cessão do uso da marca, mantém seus direitos de vigilância e controle da qualidade, exigindo do franqueado o cumprimento de obrigações impostas pelo contrato, para garantir a qualidade dos produtos e serviços prestados sob sua insígnia, bem como o comprometimento com a diluição dessa.

Nesta relação contratual, várias são as obrigações do

franqueado, dentre as quais podemos apresentar como principais: a) o pagamento da taxa inicial de franquia, bem como das taxas periódicas (*royalties* e outros) para ter acesso ao direito de utilização da marca, aos produtos e serviços; b) a observância das técnicas do franqueador, quanto à produção, comercialização, apresentação e publicidade dos produtos e serviços, seguindo rigorosamente o manual operacional; c) a sujeição à contínua supervisão por parte do franqueador, objetivando a manutenção das características e qualidades originárias dos bens objetos da franquia; d) a confidencialidade a respeito dos métodos comerciais, de produção e da tecnologia transferida; e) a exclusividade perante o franqueado, abstendo-se de se instalar na mesma zona territorial, com prestação de serviços semelhante ou concorrente, pelo período estipulado, após o término do contrato; f) a manutenção da boa imagem da marca e do franqueador.

Consoante a lição de NELSON ABRÃO⁹³, a lista de obrigações do franqueado pode ainda ser composta dos seguintes compromissos: a) usar a marca, título de estabelecimento, insígnia e cores nos estritos termos das determinações do franqueador; b) atender a todas as exigências quanto ao imóvel a ser utilizado para exercício da franquia, não podendo nele proceder quaisquer alterações sem a expressa e prévia concordância do franqueador; c) instalação de mobiliário, máquinas e equipamentos, mediante prévia aprovação do franqueador; d) contratação de pessoal mediante orientações do franqueador; e) usar o ponto exclusivamente para a atividade franqueada (salvo em casos de franquia de canto); f) participar dos cursos iniciais de capacitação e gerenciamento, bem como de todos que venham a ocorrer durante a exploração da franquia; g) manter horário de funcionamento determinado pelo franqueador; h) cooperar e participar das promoções especiais conjuntamente procedidas pela rede; i) manter estoques mínimos, fixados pelo

⁹³ *Da franquia comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, pp. 18-20.

franqueador; j) efetuar e arcar com as despesas de seguro, em companhia de indicação do franqueado, em valor por esse indicado; k) não vender, transferir, ceder, hipotecar ou arrendar o estabelecimento sem prévio oferecimento ao franqueador; l) submeter-se ao arbitramento, para dirimir as controvérsias contratuais, acaso determinado pelo contrato.

Lado outro, a franquia proporciona aos franqueados uma série de vantagens, responsáveis pela atração de um número cada vez maior de interessados, que resulta na bem sucedida expansão do *franchising* por todo o mundo. Dentre essas, com base nas afirmações de ROBERTO CINTRA LEITE⁹⁴, podemos enumerar as seguintes: a) maior chance de sucesso, eis que o franqueado recebe uma marca consagrada, já testada e aceita pelo mercado de consumo; b) segurança quanto ao plano do negócio, eis que o franqueador possui previsões e metas amplas e antecipadas; c) maior garantia de mercado em razão da cláusula de exclusividade em determinada área geográfica; d) menores custos de instalação, na medida em que o franqueador informa todos os custos, fornecedores, dentre outros; e) economia de escala quanto aos investimentos publicitários, os quais geralmente são realizados por um fundo de toda a rede e quanto às despesas com aquisição de produtos, as quais são feitas por uma central, em grande volume, o que aumenta o poder de barganha junto aos fornecedores iniciais; f) maior crédito junto ao sistema financeiro; g) maior lucratividade se comparado ao resultado de uma atividade independente; h) mais rápido retorno do investimento; i) atualização contínua, tendo em vista as pesquisas e o desenvolvimento procedidos pelo franqueador.

Após a análise das obrigações e vantagens das partes contratantes, verifica-se que a franquia consiste, portanto, em um contrato que combina a liberdade de atuação do franqueado – garantidora do dinamismo necessário ao sucesso do negócio

⁹⁴ Ob. cit., pp. 53-58.

– com a observância de regras mercadológicas, técnicas e limitações indispensáveis à preservação da identidade e da reputação do sistema já desenvolvido pelo franqueador⁹⁵. Se por um lado, permite ao franqueador a expansão da marca em outro espaço geográfico sem os riscos do gigantismo empresarial, que se associa ao aumento de custos de administração, dificuldades de controle administrativo e problemas decorrentes da diversidade de ordens jurídicas; por outro, possibilita ao empresário franqueado utilizar-se de uma identificação alheia, facilmente reconhecida no mercado, beneficiando-se do aviaamento do franqueado e aumentando a probabilidade de sucesso do negócio⁹⁶.

7.3 - OS MANUAIS OPERACIONAIS

Após sua devida celebração, o desenvolvimento do contrato de franquia é baseado em manuais operacionais, definidores de procedimentos e padrões de comportamento a serem fielmente obedecidos pelo franqueado, como uma de suas principais obrigações. Daí sua importância, eis que corporificam a cultura empresarial do fraqueador.

É plenamente possível que durante a execução do contrato esteja o franqueado sujeito à observância de mais de um manual de operações, eis que tais orientações são constantemente atualizadas e modificadas pelo franqueado de acordo com as novas técnicas e as adequações necessárias ao acompanhamento do desenvolvimento do mercado⁹⁷. Assim, os diversos manuais de operação devem ser considerados como partes

⁹⁵ ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., p. 69.

⁹⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. cit., p. 23.

⁹⁷ Para L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Ob. cit., p. 40, o franqueador não tem de alterar periodicamente seu *know-how* de uma forma profunda, mas deverá adaptar-se às novas exigências de mercados, que podem ser mais ou menos volúveis de forma a garantir que a posição competitiva dos membros da cadeia de franquia não se deteriore.

integrantes do contrato de franquia, sendo coerentes com suas cláusulas. Neste ínterim, o contrato de franquia deve declarar, formal e solenemente, que os manuais são extensões dos mesmos, sujeitando o franqueado a seu estrito cumprimento, como se tratassem do próprio contrato. Devem ainda prever cláusula que reserve ao franqueado o direito de alteração dos manuais, sempre que lhe aprover.

Os manuais reforçam as obrigações contratualmente assumidas pelo franqueado, complementando-as e detalhando-as, sem perder, contudo, a necessária flexibilidade para garantir que a atividade empresarial possa acompanhar as tendências do mercado, explorando-as de forma positiva e propondo inovações, sempre do intuito de agradar os clientes, aumentando o consumo e, conseqüentemente, o lucro da atividade franqueada.

Através dos manuais, o franqueador repassa aos franqueados todo o entendimento sobre a atividade de produção, comercialização ou prestação de serviços. Apesar de não se apresentar como uma exigência legal, as franquias sem manuais tendem a uma dissolução por falta de consistência⁹⁸.

Dada a importância dos manuais, toda empresa que realmente deseja se tornar uma franqueadora deverá, antes de iniciar seu processo de franqueamento, ter bem definidos os verdadeiros objetivos da atividade, proporcionando assim a elaboração de um bom manual. Sob tal assertiva, LUIZ FELIZARDO BARROSO⁹⁹ ressalta que os sistemas operacionais e procedimentos devem estar dispostos em volumes distintos, organizados por assuntos, sendo formatados de maneira a viabilizar facilidades nas revisões e alterações e a possibilitar uma referência para consultas de dia-a-dia do franqueado, apresentando, por consequência, um elenco resumido dos objetivos de um manual de operação, a saber:

⁹⁸ LUIZ FELIZARDO BARROSO, Ob. cit., p. 75.

⁹⁹ Ibid., pp. 76-77.

- a) compartilhar com os franqueados o conhecimento acumulado pelo franqueador;
- b) funcionar como verdadeira apostila destinada ao treinamento do franqueado e de seus funcionários;
- c) gabaritar o franqueado e sua equipe na busca da excelência;
- d) fornecer o detalhamento da operação franqueada e servir de referência aos valores do próprio franqueado;
- e) garantir maior segurança ao franqueado e sua equipe;
- f) assegurar a continuidade da execução das tarefas com qualidade, independente de eventuais mudanças na rede franqueadora ou na unidade franqueada;
- g) criar procedimentos operacionais mais eficientes;
- h) aumentar o fluxo de informações entre as divisões da empresa;
- i) criar uma valiosa ferramenta de treinamento;
- j) obter o máximo esforço e dedicação por parte do franqueado e sua equipe;
- k) definir com clareza os objetivos da franquia e como eles podem ser alcançados;
- l) reduzir a dependência do franqueado com a direção da empresa e com as gerências;
- m) garantir a padronização da rede franqueada;
- n) proteger a rede franqueadora, tendo em vista que o manual é parte integrante do contrato;
- o) oferecer uma real ferramenta de trabalho para todos os departamentos e funcionários da empresa franqueada.

Em linhas gerais, acredita-se que a principal expectativa do franqueado para com o franqueador encontra-se firmada na transmissão da experiência, a qual deve ser procedida de forma mais eficaz e profissional possível. Uma eficiente redação do manual de operações, que possibilite ao franqueado um fácil manusear, contribui para a concretização e até mesmo alteração dos padrões de comportamento do franqueado, inserindo-o com

maior facilidade dentro da perspectiva da rede.

O nível de detalhamento de um manual deve ser desenvolvido a ponto de retratar o uso diário do respectivo sistema operacional da franquia, revelando indicadores de eficiência, de suprimentos, compras, estoques, equipamentos e instalações, além de sua manutenção e conservação. Deve enfatizar o controle de qualidade posto a serviço dos clientes e o planejamento geral do negócio, inclusive no que diz respeito a padrões de contabilidade e recursos humanos.

Por fim, registre-se a posição daqueles que dividem a estrutura dos manuais de operação em manuais do franqueador e manuais de operação da franquia¹⁰⁰. Os primeiros são tidos como aqueles que definem aos procedimentos padronizados do franqueador para com a rede franqueada. Os segundos seriam os que deverão orientar os franqueados no dia-a-dia da operação empresarial.

O manual de franquia deve, portanto, conter respostas claras às dúvidas do franqueado relativas às operações que realiza, bem como à administração do próprio negócio sob a ótica da atuação do sistema de franquia no mercado de consumo.

CAPÍTULO VIII - A DISTINÇÃO DA FRANQUIA COM FIGURAS CONTRATUAIS AFINS

O termo contrato de distribuição tem sua melhor acepção ao identificar aqueles contratos que disciplinam as relações entre o produtor e o distribuidor, não envolvendo a participação direta do consumidor¹⁰¹. Dentre os principais contratos de distribuição encontramos a agência, a concessão comercial e o *franchising*, que visam fomentar a intermediação do produto ou serviço entre o fabricante e o consumidor final.

A similitude existente entre estes três contratos gera, não

¹⁰⁰ LUIZ FELIZARDO BARROSO, Ob. cit., p. 81.

¹⁰¹ ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, Ob. cit., p. 35.

raras vezes, divergências doutrinárias que se estabelecem em suas distinções, inclusive. Não obstante, estas mesmas semelhanças são responsáveis pela utilização analógica de normas regentes da agência e da concessão em casos omissos da disciplina da franquia. No Brasil, conforme já exposto, o contrato de franquia possui disciplina legal própria, consubstanciada na Lei nº. 8.955/94. Entretanto, como referida norma jurídica apresenta-se incompleta, sem disciplinar de forma específica pontos importantes e controversos da relação contratual, a interpretação e a aplicação das normas que disciplinam a franquia se desenvolvem, com frequência, de forma analógica e sistemática à disciplina legal do contrato de agência¹⁰² e da concessão comercial¹⁰³.

Iniciando-se as distinções, verificamos que a *agência* trata-se de contrato no qual o agente, de acordo com as instruções recebidas, promove negócios à conta do representado ou comitente, com autonomia e habitualidade, mediante remuneração.

Apesar das similaridades no que pertine à autonomia e independência do agente e do franqueado, da cooperação vertical exercida e da supervisão por parte do comitente ou franqueador, as espécies contratuais se distinguem. Enquanto o agente atua em nome e por conta de outrem (desempenha atividade estrita de intermediação), o franqueado realiza os negócios em seu próprio nome, diretamente e assumindo a responsabilidade pelos mesmos. Geralmente o agente recebe uma determinada comissão por cada venda, enquanto a remuneração do franqueado é realizada através dos lucros de sua atividade. Os pagamentos efetuados pelos consumidores que adquiriram os bens

¹⁰² Atualmente o contrato de agência é disciplinado no Novo Código Civil brasileiro nos artigos 710 a 721. Em Portugal, o contrato de agência é disciplinado no Decreto-Lei nº. 178/1986 com alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº. 118/1993, que transpôs a Diretiva 86/653/CEE.

¹⁰³ A Lei nº. 6.729, de 28 de novembro de 1979, regula a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, sendo utilizada como norma basilar do contrato de concessão comercial.

do agente são feitos diretamente ao comitente que, na sequência, o remunera; na franquia, o franqueado recebe os valores devidos diretamente, repassando ao franqueador a taxa devida sobre o lucro. Enquanto no *franchising* a transferência de *know-how* é essencial ao contrato, na agência essa não existe, podendo o agente realizar as vendas como melhor lhe aprouver. O agente pode vir a representar mais de uma empresa, enquanto o franqueado, em regra, deve agir com exclusividade, não podendo contratar franquia diversa no mesmo ramo e na mesma região geográfica. Ao contrário da franquia, não há contrato de agência cujo objeto seja a prestação de serviços ou a produção. Em linhas gerais, ao contrário do franqueado, o agente não assume os riscos do negócio (a não ser que esteja sujeito à cláusula *del credere*¹⁰⁴).

De outro giro, o contrato de *concessão comercial* se revela como aquele através do qual alguém concede a outrem o privilégio de realizar a comercialização dos bens de sua marca, seja pela notoriedade, pela integração em uma rede de distribuição, pela publicidade dos produtos ou pela vantagem concorrencial e oportunidades de ganho em face dos demais comerciantes¹⁰⁵. Um contrato que faz surgir a obrigação do concessionário em adquirir bens do concedente para a revenda, realizando-a sobre sua própria conta e assumindo os riscos da atividade.

A principal diferença reside no núcleo dos contratos. Enquanto a concessão baseia-se na distribuição de produtos, a franquia se concentra na autorização do uso da marca, transferência de tecnologia ou dos próprios produtos ou serviços.

Outras porém, podem também ser citadas, a exemplo da maior ingerência do franqueador na atividade do franqueado;

¹⁰⁴ Cláusula que estabelece a responsabilidade solidária do agente com as pessoas com quem contratou perante o comitente, em caso de insolvabilidade daquelas. Sobre a vinculação *del credere*, ver MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES. *Estudos de direito das garantias*. v. II. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 189-232.

¹⁰⁵ ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, Ob. cit., p. 109.

da obrigatória utilização da marca e demais sinais distintivos do comércio pertencentes ao franqueador; da transferência do *know-how* e do pagamento habitual pelo franqueado das contrapartidas ao franqueador¹⁰⁶.

Apesar das diferenciações apresentadas, GIORGIO DI NORENA¹⁰⁷, já entendeu que os esforços doutrinários não foram suficientes para o desenvolvimento de uma perfeita diferenciação entre as figuras contratuais da concessão comercial e do *franchising*, tendo em vista que as características básicas estariam presentes em ambos os contratos, sendo as de natureza diferencial eventuais e não obrigatórias. Na sequência, aduz que o impulso para a realização da efetiva diferenciação deu-se apenas com o desenvolvimento do *franchising* de serviços, o qual apresentou natureza transcendente à concessão de vendas, já não havendo possibilidade de seu enquadramento no conceito de concessão comercial. Entretanto, relevante doutrina italiana assevera também que na concessão de vendas o concessionário prescinde da relação de intensa colaboração e integração com o concedente, característica essa marcante no *franchising*¹⁰⁸.

A doutrina portuguesa apresenta uma adequada distinção entre as figuras contratuais. Segundo os ensinamentos de JOSÉ ALBERTO VIEIRA¹⁰⁹, o primeiro elemento de distinção advém do englobamento no contrato de franquia de licenças que têm por objeto bens imateriais, o que não ocorre na concessão comercial. Não obstante ser o franqueado o titular de sua empresa, atua e opera sob o nome e insígnia do franqueador, de baixo de uma designação unitária. Já o concessionário, demar-

¹⁰⁶ Ibid., p. 125.

¹⁰⁷ *Nuovi contratti*. Turim: UTET – Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1993, pp. 219-220.

¹⁰⁸ AUGUSTO BALDASSARI, *I contratti di distribuzione: agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising*. Padova: CEDAM, 1989, p. 509.

¹⁰⁹ *O contrato de concessão comercial*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. pp. 63-66.

ca sua atuação empresarial envolvendo o seu próprio nome e insígnia, eis que nunca aparece sob uma designação unitária, pois o contrato de concessão comercial não envolve qualquer licença de utilização de bens imateriais. Outra distinção baseia-se na forma de remuneração: enquanto o franqueado paga ao franqueador uma quantia inicial (*entry free*) e uma comissão no curso do contrato (*royalties*), o concedente não é remunerado pelo concessionário, limitando-se a auferir os lucros com as vendas dos produtos a este. Diferenciam-se ainda os contratos com base nas situações jurídicas inerentes às obrigações e deveres das partes. Enquanto na concessão comercial as prerrogativas de gestão e aplicação da política comercial da empresa concessionária revelam-se como direitos contratuais do concedente, na franquia a assistência à comercialização, à organização administrativa e contábil são deveres do franqueador. Assim, apesar das similitudes, os contratos de concessão comercial e franquia (seja ela de produção, serviços ou distribuição) são plenamente individualizados pelos critérios apresentados.

Além da distinção com relação aos dois outros básicos contratos de distribuição, algumas outras distinções são realizadas pela doutrina¹¹⁰. A diferença basilar com o *mandato comercial* reside na situação de o franqueado não obter do franqueador qualquer espécie de mandato ou encargo, realizando seus atos negociais e obrigando-se em nome próprio.

A franquia também se distingue do *contrato de sociedade mercantil*. Enquanto esse resulta do acordo de duas ou mais pessoas que se comprometem em reunir capital e trabalho, de forma organizada, para realização de operações com a finalidade de lucro, na franquia as partes não atuam objetivando um interesse comum, mas sim atender aos seus próprios interesses, com esferas de decisão devidamente delimitadas e sem a existência de uma organização interna.

No que pertine à *rede ou sistema de filiais*, o contrato de

¹¹⁰ JOSÉ CRETELLA NETO, Ob. cit., pp. 55-69.

franquia diferencia-se tendo em vista que a situação jurídica do franqueado é de independência empresarial relativamente ao franqueador, ao passo que a organização estrutural das filiais obedece a uma direção centralizada.

Quanto ao *contrato de licença*, a franquia distingue-se tendo em vista que na cessão de direitos inerentes à exploração comercial de marcas, patentes, direitos do autor, ao nome ou de sinais distintivos, o licenciado tem a prerrogativa de utilizar ou não do objeto licenciado. Ao revés, na franquia o uso da marca não é apenas um direito do franqueado, mas também uma obrigação para realização do objeto do contrato.

Lado outro, é evidente que o contrato de franquia envolve a transmissão de *know-how*. Entretanto, no que se refere ao *contrato de know-how*, o objeto da transferência (técnica ou fórmula) não precisa ser obrigatoriamente utilizado pelo cedente, não estando presentes de forma essencial ainda a organização publicitária e a supervisão por parte do concedente, elementos fundamentais ao contrato de *franchising*.

Por fim, no que se refere ao *contrato de trabalho*, existe uma distinção crucial, bastando assinalar que o traço mais significativo desse é a existência de uma subordinação entre o empregado e o empregador, o que inexistente na relação entre o franqueado e o franqueador.

CAPÍTULO IX - A CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA E O PRINCÍPIO DO DISCLOSURE

9.1- A CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA

No Brasil a circular de oferta de franquia foi estabelecida através da norma disposta no art. 3º, da Lei nº. 8.955/94¹¹¹,

¹¹¹ Art. 3º. 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:

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 - especificação quanto ao:

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

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

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

VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca de 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 aprova-

objetivando aumentar a proteção ao franqueado e diminuir a margem de enganos nas operações inerentes ao contrato. Através desta circular de oferta, o franqueador transmite ao interessado em adquirir a franquia os detalhes sobre o sistema de franquia e também sobre o negócio franqueado. Trata-se de verdadeiro exercício do dever de informação, exercido pelo franqueador em benefício dos pretensos franqueados. Em linhas gerais, a circular de oferta de franquia corresponde a um verdadeiro aprofundamento do “pacote” denominado *package of franchising* utilizado do sistema norte-americano¹¹². Além das informações do negócio, o franqueador geralmente insere ainda na circular, mecanismos de autoproteção com o intuito de desencorajar eventuais candidatos irresponsáveis a adquirirem a franquia, evitando assim qualquer mácula na reputação e imagem da marca.

Assim, para assegurar o sucesso do franqueado e de sua

dos 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 o segredo de indústria a que venha ter acesso em função da franquia; e

- b) implantação de atividade concorrente 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 prazos de validade.

¹¹² Segundo ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob.cit., p. 73, o *package* é constituído de todos os elementos originais da fórmula do *franchising*, a exemplo de regulamentos, modo e forma de relacionamento e de colaboração entre as partes, dentre outros.

própria rede, o franqueador buscará informar àquele tudo que necessite para que seja compreendida a importância da preservação de sua imagem, além do objetivo do *know-how*, estabelecendo, na sequência, mecanismos e regras, aos quais deverão o franqueado manter efetiva obediência.

Insta registrar que os elementos dispostos nos quinze incisos do art. 3º, da Lei nº. 8.955/94 são taxativos, mas não impedem que o franqueador adicione à circular de oferta de franquia outros elementos ou informações que entender necessárias à melhor transparência do negócio ofertado. Em termos genéricos, os informes serão societários, contábeis e financeiros, judiciais e negociais. Consoante a exposição de LUIZ FELIZARDO BARROSO¹¹³, é com base na circular de oferta que os candidatos em potencial à franquia devem exigir do futuro franqueador os seguintes elementos ou procedimentos:

a) que lhes apresente um histórico de sua empresa, de seus negócios de natureza correlata e até, de suas vidas pessoais (art. 3º, inciso I);

b) que lhes exiba seus balanços e seus demonstrativos financeiros referentes aos últimos três anos (art. 3º, inciso II);

c) que lhes apresente a situação do registro de sua marca perante o INPI (art. 3º, inciso XIII);

d) que lhes trace um perfil do franqueado ideal que pretendem (art. 3º, incisos V e VI);

e) que lhes prestem informações fidedignas da atual situação da franquia no mercado, situações macro e microeconômicas, inclusive no que se refere à concorrência (art. 3º, incisos III, IV, XI e XII);

f) que lhes digam quais os investimentos necessários à implantação do negócio e qual o capital de giro adequado, inclusive para o seu sustento pessoal, até que a franquia comece a dar lucros (art. 3º, incisos VII e VIII);

g) que lhes informem sobre quais os valores aproxima-

¹¹³ Ob. cit., pp. 39-40.

damente envolvidos, inclusive na aquisição do ponto e tendo em vista a região e a área necessárias à exploração do negócio, ou seja, o tamanho da loja (art. 3º, inciso VIII);

h) quais os direitos e obrigações do franqueador e quais os que esperam os franqueados em potencial (art. 3º, incisos VI, VII, VIII, X, XI e XII);

i) quais as consequências que advirão se os franqueados em potencial quiserem deixar o negócio, mencionando as obrigações e ônus de parte a parte em caso de rescisão, bem como o valor das multas previstas (art. 3º, inciso XIV);

j) o fornecimento de um modelo do futuro contrato, a fim de que possa ser analisado, prévia e cuidadosamente, na presença de advogado, caso queira (art. 3º, inciso XV);

k) a relação de seus franqueados, com nome e endereço dos respectivos titulares das franquias e uma lista contendo o nome dos ex-franqueados da rede (art. 3º, inciso IX).

As informações constantes na circular de oferta de franquia podem ainda ser apreciadas sob os aspectos subjetivo (relativo às partes contratantes – incisos I, II, III, V, VII, IX e XIV do art. 3º), objetivo (relativo ao objeto do contrato - incisos IV, XII e XIII do art. 3º) e funcional (relativo à atividade empresarial propriamente dita, no seu dia a dia - incisos VII, VIII, IX e X do art. 3º), ou sob o enfoque do [i] dever de informação sobre o franqueador e sua rede, relativo a realidade e higidez financeira da franqueadora (art. 3º, incisos I, II, III e IX); [ii] dever de identificação integral do objeto contratado (art. 3º, incisos IV, XII e XIII); [iii] dever de informação sobre a qualificação exigida do franqueado, especialmente relativo às características e comportamentos esperados desse (art. 3º, incisos V, VI e XIV); [iv] dever de informação sobre os encargos contratuais (art. 3º, incisos VII, VIII e XI); e [v] dever de explicitar a extensão territorial e o regime de exclusividade (art. 3º, inciso X)¹¹⁴.

¹¹⁴ RICARDO NEGRÃO, *Ob. cit.*, pp. 317-320.

De acordo com o art. 4º, da Lei 8.955/94, é obrigação do franqueador entregar a circular de oferta da franquia ao pretendo franqueado, com prazo mínimo de antecedência de dez dias antes da assinatura do contrato ou do pré-contrato ou ainda da realização de qualquer pagamento ao franqueador ou a quem o represente¹¹⁵. Em caso de descumprimento desta norma, o parágrafo único do referido artigo estabelece uma séria sanção ao franqueador, sendo permitido ao franqueado a anulação do contrato e a devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, além de eventuais perdas e danos. Esta sanção aplica-se ainda ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis, consoante o disposto no art. 7º, da referida lei das franquias empresariais.

A possibilidade de aplicação de sanções ao franqueador que não obedeça às normas legais de elaboração da circular de oferta de franquia justifica-se na característica da adesividade do contrato, bem como na necessidade de que tal documento estabeleça, de maneira clara, a relação franqueador/franqueado, tornando o contrato de franquia fruto de uma escolha consciente, baseada em informações abrangentes fornecidas pelo franqueador, que proporcionem ao franqueado manifestar a sua vontade de forma livre e consciente¹¹⁶.

Assim, a circular de oferta da franquia incorpora ao direito brasileiro o princípio do *disclosure*, possibilitando ao candidato a determinada franquia todas as informações importantes do negócio, permitindo-lhe proceder a uma análise perfunctória e aprofundada avaliação do mesmo.

¹¹⁵ Na França, a Lei nº. 89-1008, de 31.12.1989, conhecida como “Loi Doubin” e o Decreto nº. 91-337, de 04.04.1991, que a regulamenta, exigem que o franqueador redija e entregue ao interessado, até vinte dias antes da celebração do contrato, um documento contendo informações sinceras que permitam o ingresso no sistema de franquia com conhecimento de causa.

¹¹⁶ ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., pp. 78-79.

9.2 - O PRINCÍPIO DO DISCLOSURE

O princípio do *disclosure* visa a uma transparência no mercado, possibilitando ao investidor ter informações essenciais sobre as empresas nas quais pretende investir. Trata-se da revelação sincera e total dos dados empresariais no mercado de capitais e no de franquias empresariais.

Apesar de inicialmente o termo dá-nos a impressão de pronúncia inglesa, com a qual ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, etimologicamente *disclosure* vem do francês *déclore*, que por sua vez advém do latim *disclaudere*, significando abrir, expor à vista, sair do invólucro, tornar público, tornar conhecido, revelar-se¹¹⁷.

O princípio surgiu nos Estados Unidos, na década de 30, quando após a quebra da Bolsa de Valores de New York, foi lançado o *Securities Act* (1933), como objetivo de obrigar as empresas a fornecerem ao seu público de potenciais investidores as informações necessárias para que esses pudessem realizar suas opções, cientes da plena situação financeira da empresa. A partir daí o *disclosure* difundiu-se por todo o mundo, servindo como padrão de conduta para várias empresas participantes do mercado de capitais e das redes de *franchising*¹¹⁸.

Por fim, registre-se que no cenário pátrio a própria Associação Brasileira de Franchising exige que os franqueadores que a ela desejem filiar-se elaborem e apresentem sua circular de oferta de franquia, nos moldes estabelecidos pela Lei nº. 8.955/94, a qual deve ser redigida em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente relevantes informações que propiciem ao pretense franqueado o exercício de uma atuação

¹¹⁷ LUIZ FELIZARDO BARROSO, Ob. cit., p. 49.

¹¹⁸ No Brasil, os antecedentes do *disclosure* surgiram na Lei nº. 4.728/65 – Lei de Mercado de Capitais; Resoluções nº. 88, 214, 7 e Circular nº. 179 do Banco Central do Brasil; Lei nº. 6.404/76 – Lei das Sociedades Anônimas; Lei nº. 6.385/76 que criou a Comissão de Valores Mobiliários e Lei nº. 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

preventiva e, ao mesmo tempo, que eventuais empresários incompetentes ou maliciosos ingressem neste ramo de negócios franqueados.

CAPÍTULO X - O MASTER FRANCHISING

A figura do *master franchising*, também denominada de subfranquia¹¹⁹, é decorrente da cláusula de exclusividade territorial do contrato, surgindo quando dentro de sua área territorial de atuação o franqueado tem o direito de ceder o uso da marca a terceiros, celebrando novo contrato de franquia (subcontrato¹²⁰), como se fosse o franqueador.

No dizeres de LUIZ EDMUNDO APPEL BONJUGA¹²¹, tal modalidade dar-se-á quando dentro do território exclusivo do franqueado, o franqueador possibilita-lhe a expansão, permitindo que assuma uma dupla função de franqueado e de franqueador.

As novas unidades a serem instaladas dentro do território exclusivo podem pertencer ao próprio *master franchising* ou serem operadas por terceiros, que celebrarão com esse o contrato de subfranquia. Tais contratos podem abranger mercados nacionais ou internacionais, revelando sua melhor forma nestes últimos¹²².

O *master franchising*, ou master-franqueado, poderá, portanto, atuar como um verdadeiro franqueador dentro de seu país, inexistindo relação direta entre os subfranqueados locais e o franqueador original, criando uma relação jurídica tripartite.

Considerando-se a complexidade desta relação, seria adequado que no próprio contrato celebrado entre o franqueador originário e o master-franqueado, constassem normas que

¹¹⁹ MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., pp. 70-72.

¹²⁰ Sobre subcontrato, ver PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O subcontrato*. Coimbra, 1989.

¹²¹ Ob. cit., p. 161.

¹²² JOSÉ CRETILLA NETO, Ob. cit., p. 151.

visassem a segurança jurídica de todas as partes envolvidas. Tais cláusulas deveriam versar precisamente sobre: a) o objeto do contrato; b) obrigações do franqueador; c) obrigações do master-franqueado; d) delimitação territorial; e) compra de mercadorias; f) regulamentação sobre o uso da marca; g) prazo do contrato; h) regras para resolução; i) consequências do término da relação; j) consequências da venda do sistema; k) indicação das normas legais aplicáveis e do foro competente, especialmente em contratos que envolvam relações internacionais; l) cláusula arbitral; m) condições gerais do contrato¹²³.

Em alguns casos, o contrato original de franquia já é celebrado objetivando a efetivação do *master franchising* como forma de propiciar ao franqueador original cobrir extensas áreas territoriais através da atuação do master-franqueado que procederá à escolha daqueles que integrarão a rede de franquia. Nestes casos, não raro, o master-franqueado atuará como uma espécie de intermediário, sem atuar diretamente nos negócios da rede com os consumidores, ou seja, sem ser detentor efetivo de uma franquia.

Dentre as mais controvertidas questões envolvendo o *master franchising* encontram-se a relação existente entre o franqueador e os subfranqueados e a responsabilidade dos contratantes ao término da relação contratual. Quanto à primeira questão, em princípio não haveria relação jurídica entre o franqueador e os subfranqueados porquanto a relação desses seria apenas com o master-franqueado. Tal posição, contudo, não pode prevalecer, tendo em vista a nítida existência de relação entre eles, especialmente tendo em conta que os subfranqueados utilizam-se da marca cuja autorização de uso foi procedida pelo franqueador original, garantindo a expansão da rede e do empreendimento. Apesar da inexistência de contrato celebrado diretamente entre esses, estão eles unidos pelo elemento essencial do contrato de franquia, qual seja, pela transferência do uso

¹²³ Ibid., p. 153.

da marca.

Na doutrina brasileira, ORLANDO GOMES¹²⁴ admite a existência de vínculo jurídico entre o contratante principal e o subcontratado. Saliente-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a subfranquia é aceita pelo artigo 9º, da Lei nº. 8.955/94. A Comunidade Econômica Européia também aceita a existência desse consoante as normas previstas no Regulamento nº. 4.087/88¹²⁵.

Com relação à segunda questão controvertida, não há maiores ilações a se tecer quando o término da relação contratual do subfranqueado se der pelo decurso do prazo previsto. Em tais casos, aplicar-se-ão as normais disposições contratuais sobre o termo da relação.

Lado outro, quando a resolução contratual for baseada em infração cometida pelo master-franqueado, a questão não é tão simples. Uma das soluções seria colocar o franqueador em relação direta com o subfranqueado, o que não nos parece ser por demais satisfatório, levando-se em consideração que ao eleger o master-franqueado, o principal objetivo do franqueador é justamente evitar as relações com empresas diversas, as quais podem, inclusive, pertencer a um país relativamente desconhecido. Outra solução plausível seria considerar que os contratos dos subfranqueados seriam automaticamente rompidos, tendo em vista que o master-franqueado já não mais representaria o franqueador, já não possuindo poderes para conceder a cessão da marca. Não obstante, as consequências desta automática extinção seriam extremamente negativas aos subfranqueados e também ao próprio franqueador, tendo em vista a perda de mercados de consumo e a repercussão negativa à própria imagem da marca.

Para dirimir a questão, duas soluções apresentam-se como satisfatórias. A primeira seria a existência de cláusula espe-

¹²⁴ Ob. cit., p. 71.

¹²⁵ *Apud*: MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., pp. 71-72.

cial no contrato do subfranqueado, com concordância expressa do franqueador, no sentido de que, em caso de rompimento abrupto do contrato realizado entre o franqueador e o master-franqueado fosse realizada, de imediato, uma nova relação contratual entre o subfranqueado e o franqueador, ao menos pelo tempo necessário à realização de um novo contrato de *master franchising*. A segunda seria a imediata eleição pelo franqueador de uma nova empresa para ocupar a posição de master-franqueado, a qual estabeleceria novos subcontratos.

Na doutrina brasileira, JOSÉ CRETELLA NETO¹²⁶, ao abordar o assunto, apresenta concordância às soluções acima, sugerindo ainda uma terceira. Segundo sua lição, em casos de extinção do contrato de *master franchising* por culpa do master-franqueado, caberia ao franqueador uma das seguintes alternativas: a) firmar novo contrato de *master franchising* com outro master-franqueado local, que possa continuar as relações com os subfranqueados, fornecendo assistência técnica e operacional à rede; b) firmar contratos individuais com cada subfranqueado, abrindo mão do *master franchising*; ou c) estabelecer-se no país, por meio de uma filial ou *joint venture*¹²⁷, e, dessa forma, promover aos subfranqueados locais o necessário suporte para continuação de seus negócios.

As soluções apresentadas visam especialmente evitar os prejuízos aos franqueados que, ao contratar com o master-franqueado, investiram capital no estabelecimento da franquia, além de adimplir as taxas iniciais e periódicas para manutenção do uso da marca, garantindo-lhes, portanto, maior segurança jurídica na relação contratual. Protege-se ainda a imagem do próprio franqueador, de forma a não provocar uma abrupta solução de continuidade do funcionamento das unidades sub-

¹²⁶ Ob.cit., p. 156.

¹²⁷ *Joint Venture* designa, em linhas gerais, uma forma de aliança entre duas ou mais empresas ou entidades juridicamente independentes com o fim de partilharem o risco de negócio, os investimentos, as responsabilidades e os lucros associados a determinado projeto.

franqueadas, havendo continuidade normal das operações da rede perante os clientes, nos limites do território exclusivamente determinado.

Não se desconsidere, entretanto, que nas situações em que o franqueador não se interesse em providenciar qualquer das soluções apontadas, caberá aos subfranqueados postular pela indenização resultante de suas perdas e danos não só diretamente ao master-franqueado, mas também ao franqueador originário, tendo em vista a aplicação do princípio da boa-fé objetiva¹²⁸ e da teoria da aparência¹²⁹, eis que ao celebrar o subcontrato o master-franqueado apresenta-se, na verdade, como representante direto do próprio franqueador (por vezes estrangeiro e desconhecido) e detentor da marca perante os subfranqueados, os quais, cumprindo com suas obrigações contratuais não podem ficar ao completo desamparo.

CAPÍTULO XI - A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

11.1 - DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Antes de adentrarmos ao tema sobre os diversos tipos de extinção do contrato de franquia, impende registrarmos alguns esclarecimentos sobre o princípio da boa-fé, necessário à devida interpretação de qualquer figura contratual.

Inicialmente atribuiu-se a origem do conceito de boa-fé à própria expressão linguística no direito romano, tido como *fi-*

¹²⁸ Sobre o princípio da boa-fé objetiva, verificar ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.*

¹²⁹ Consoante L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Ob. cit.*, p. 42, ao atuar sobre a marca e logótipo do franqueador e ao por em prática a atividade franqueada da forma que lhe foi transmitida, o franqueado (ou master-franqueado), nas relações externas, face ao público, identifica-se profundamente como o franqueador, como se de mesma empresa se tratasse. Sobre a responsabilidade do franqueador e o princípio da aparência na doutrina italiana, ver ROBERTO BALDI e ALBERTO VENEZIA, *Ob. cit.*, pp. 201-204.

des. Seu significado não era claro, abrangendo três dimensões semânticas, quais sejam: *fides-sacra*; *fides-fato* e *fides-ética*, conforme se relacionasse, respectivamente, ao campo da religião, da clientela e da garantia. Posteriormente, o adjetivo *bona* foi acrescentado, como significativo reforço ao tema, adotando-se as expressões *fides bona* e *bona fides*. Etimologicamente, portanto, boa-fé deriva da *fides bona* latina, representando a honestidade, confiança, lealdade, sinceridade e fidelidade¹³⁰, aplicáveis ao objeto do presente trabalho, nas fases de celebração, execução e extinção do contrato de franquia¹³¹.

Neste íterim, UBIRAJARA MACHA DE OLIVEIRA¹³², citando HORVAT, leciona que “*a significação de fides relaciona-se com a noção de manutenção da palavra dada ou garantia da palavra dada. Bona fides contém o sentido de dever de adimplemento e servia de argumento técnico aos pretores romanos, para embasar soluções quanto aos negócios que não tinham fundamento na lei romana*”.

Durante a Idade Média o termo boa-fé mostrou-se intimamente ligado à equidade, sendo empregados para identificar três condutas que deveriam ser esperadas dos contratantes, ainda que não expressamente acordadas, quais sejam: [i] a manutenção da palavra; [ii] o impedimento de vantagem decorrente do induzimento da outra parte a erro; e [iii] o comportamento de ambos os contratantes pautado de acordo com as obrigações de um homem honesto¹³³.

Da aplicação do princípio resulta que para se considerar verificado o devido cumprimento da obrigação contratual não basta a mera realização da prestação devida, sendo também

¹³⁰ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011. pp. 53 ss.

¹³¹ Sobre a aplicação do princípio da boa-fé nos contratos, inclusive no de franquia, veja FREDERICO DE ANDRADE GABRICH, *Ob. cit.*, pp. 98 e ss.

¹³² *Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. Revista *Ajuris*, nº. 71, ano XXIV. Porto Alegre, nov/1997, p. 178.

¹³³ FORGIONI, Paula Andrea, *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 107.

necessário o respeito aos ditames acessórios da conduta (proteção, informação e lealdade) que surgem no âmbito das relações específicas, aplicando-se primordialmente na fase de cumprimento das obrigações, sendo determinantes de que a conduta das partes contratantes obedeça a princípios de correção e colaboração recíprocas¹³⁴.

Já na cultura germânica, adotou-se o conteúdo do instituto medieval do juramento de honra, traduzindo conotação diversa daquela apresentada no direito romano, denotando a ideia de lealdade, ou seja, do exato cumprimento dos deveres pactuados¹³⁵. Adotando tal corrente, CLAUDIA LIMA MARQUES¹³⁶ afirma que o princípio da boa-fé significa o hábito de firmeza e coerência na honra dos compromissos assumidos; a atitude de lealdade, fidelidade e cooperação nas relações contratuais.

Na doutrina alemã, LARENZ¹³⁷ leciona que em razão da boa-fé exige-se de cada contratante que seja admitido o contrato como se fosse realizado por contratantes honestos, seguidores da ideia básica e finalidade da relação contratual, tomando em consideração os usos. Na Itália, VICENZO ROPPO¹³⁸ defende que a boa-fé obriga as partes a comportarem-se, no âmbito da relação contratual, de modo a não prejudicar e ainda salvaguardar o interesse da parte contrária, de forma razoável, quando isso não lhe imponha um sacrifício considerável e injusto.

No Brasil, a doutrina de ÁLVARO VILLAÇA AZEVE-

¹³⁴ LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*. v. II. 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2003, pp. 138-139.

¹³⁵ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Ob. cit., p. 148 ss.

¹³⁶ *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 104.

¹³⁷ *Derecho civil. Parte geral*. Trad. esp. Miguel Izquierdo e Macías Picavea. Caracas: Edersa, 1978, p. 745.

¹³⁸ *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 497.

DO¹³⁹ se expressa no sentido de que os contratantes devem manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, oferecendo informações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, desde o início da relação, objetivando evitar eventuais interpretações divergentes e cláusulas leoninas em favor de um só dos contratantes, cumprindo suas obrigações durante a execução nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado. Devem, portanto, tudo fazer para que a extinção do contrato não venha a ensejar resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa.

Após a extinção do contrato, existem, também, deveres, que devem ser respeitados pelos contratantes, como, por exemplo, o dever de não divulgar informações sigilosas de que tomem conhecimento, segredos profissionais, de fabricação de produtos, fórmulas secretas e que devam manter-se sob reserva. Qualquer divulgação desses e de outros fatos, por um dos contratantes, pode causar sérios prejuízos ao outro.

Sintetizando o conceito, AGATHE E. SCHMIDT DA SILVA, citado por ANA CLÁUDIA REDECKER¹⁴⁰, defende que a boa-fé representa “1º) a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma em relação à outra, ou , pelo menos, de uma delas em relação à outra; 2º) padrões de conduta exigíveis do bom cidadão, do profissional competente, enfim, o que costuma ser traduzido pela noção de *bônus pater familias*; e, 3º) a reunião de condições suficientes para criar, na outra parte – contraparte -, um estado de confiança no negócio celebrado, e só então a expectativa desta será tutelada, ou seja, considera-se a posição de ambas as partes que

¹³⁹ *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 3. ed.; São Paulo, Atlas, 2009. p. 15.

¹⁴⁰ Ob. cit., pp. 95-96.

estão em relação.”

Assim, o princípio da boa-fé pode ser utilizado como supridor de nulidades, saneador de vícios, expediente probatório ou norteador da conduta das partes na celebração e execução das obrigações contratuais, penetrando na legislação, doutrina e nas decisões dos magistrados¹⁴¹, sendo um dos excelentes instrumentos utilizados pelo intérprete e aplicador do direito para restabelecer o equilíbrio contratual e chegar a uma solução mais justa das controvérsias concretas. Nesse sentido, DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO¹⁴² leciona: “*La interpretación e integración acordes com la buena fe son médios utilísimos para el logro de soluciones más justas y adecuadas a las particulares circunstancias de cada caso concreto*”.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 já consagrava a regra de observância da boa-fé na interpretação dos contratos, consoante o disposto no art. 131, 1. O Código Civil de 1916 não continha nenhum artigo expresso que consagrasse o princípio. Entretanto, o Novo Código Civil Brasileiro, de 2002, dispõe expressamente em seu artigo 422, que os contratantes são obrigados a guardar na conclusão e execução dos contratos o princípio da boa-fé.

Neste diapasão, os também princípios da eticidade¹⁴³ e da função social do contrato¹⁴⁴ encontram-se intimamente ligados ao princípio da boa-fé, coibindo práticas abusivas de qualquer das partes que venham a comprometer o êxito do contrato, re-

¹⁴¹ JÔNATAS MILHOMENS. *Da presunção da boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 12.

¹⁴² *La Buena Fé. El principio general em el derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1984, p. 325.

¹⁴³ Entendido como aquele que propicia ao Direito Privado um distanciamento do tecnicismo institucional e formalismo para valorizar e reconhecer a participação dos valores éticos, inclusive no âmbito contratual, em todas as fases do negócio jurídico.

¹⁴⁴ Trata-se de um princípio de ordem pública aplicável aos contratos em razão do qual o contrato deve ser visualizado e interpretado de acordo com o contexto social que é inserido, superando o caráter meramente individualista da relação negocial. No Brasil, encontra previsão legal no art. 421, do Código Civil de 2002.

sultando em uma atividade antieconômica que viesse a cercear a dinâmica da relação contratual e a continuidade do próprio negócio.

11.2 - DAS MODALIDADES DE EXTINÇÃO

A complexidade da vida contemporânea e os desafios do mercado globalizado de consumo são fatores que contribuem sobremaneira para o aprimoramento e sofisticação do *franchising*, fazendo com que esse passe a atrair um crescente número de pessoas interessadas a atuar nesse segmento¹⁴⁵. Valendo-nos da lição de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO¹⁴⁶, podemos afirmar que essa expansão é fruto de três relevantes pontos abrangendo os interesses dos envolvidos: [i] a difusão da marca sem grandes investimentos do franqueador, ante a transferência ao franqueado dos custos mais elevados de investimentos, especialmente com montagem e manutenção dos pontos de venda; [ii] a perspectiva de crescimento do negócio do franqueado em razão do uso de uma marca de prestígio e usufruto de uma clientela preexistente ou potencialmente existente em razão da já disposta aceitação do produto em outros mercados; e [iii] os benefícios aos consumidores, que têm acesso a um maior número de pontos de vendas dos produtos ou de prestação dos serviços, os quais são responsáveis por um aumento de qualidade e redução de preços.

Em tese, considerando-se o atual estágio de desenvolvimento econômico e consumerista das relações humanas, o contrato de *franchising* atinge elevada lucratividade, atingindo, muitas vezes, cifras significativas. Segundo o escólio de MENEZES CORDEIRO¹⁴⁷, o êxito da franquia é reconduzido a três fatores, quais sejam: às possibilidades abertas pela publici-

¹⁴⁵ RICARDO NEGRÃO, Ob. cit., p. 308.

¹⁴⁶ Ob. cit., pp. 18-26.

¹⁴⁷ *Direito Comercial*. Ob. cit., p. 774.

dade, no que se refere à divulgação de marcas e de estilos de vida; à crescente mobilidade dos consumidores, que facilita uma oferta uniforme de bens; e ao próprio aumento de seus rendimentos. Entretanto, como qualquer outra modalidade contratual, as relações entre franqueado e franqueador podem chegar a um fim.

Impende frisar que a Lei nº. 8.955/1994, ao dispor sobre a franquia, não regulamentou as formas de extinção do contrato. Portanto, em nível de legislação, devem ser aplicados os preceitos gerais dispostos no Novo Código Civil (artigos 472 a 480) e as regras especiais sobre a extinção do contrato de agência (artigos 715 a 720), analogicamente aplicadas em razão da identidade de natureza jurídica desses negócios jurídicos, qual seja, contratos de distribuição¹⁴⁸.

Em linhas gerais, não obstante a existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, as principais formas de extinção dos contratos, aplicável ao *franchising*, são o *distrato* (mútuo acordo), a caducidade, a denúncia, a resolução e a falência¹⁴⁹.

A extinção por *distrato* dar-se-á quando as partes, de comum acordo, resolverem por fim à relação contratual. Trata-se de um novo acordo que deverá por fim às relações contratuais, devendo reunir os requisitos gerais de validade do negócio jurídico, sendo celebrado pela mesma forma exigida para o contrato. Tal extinção poderá ocorrer em contratos por prazo determinado ou indeterminado, não havendo de se cogitar sobre a aplicação de normas atinentes a outras formas de cessação dos contratos ou mesmo de aviso prévio, eis que as próprias partes estão acordes com o término da relação e seus termos. É também conhecida como resilição bilateral.

A *caducidade* ocorre nos contratos por tempo determina-

¹⁴⁸ Sobre a extinção/cessação dos contratos de distribuição no Direito Português, ver ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, Ob. cit., pp. 131-172.

¹⁴⁹ Sobre a cessação do contrato de franquia, ver L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Ob. cit., pp. 105 ss.

do, com o advento do termo final. Neste caso, o contrato cessa, automaticamente, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade das partes. Impende ressaltar que não há estipulação legal sobre prazos mínimos ou máximos para a celebração do contrato de franquia. Não obstante, por força de aplicação dos princípios da boa-fé e da eticidade, o prazo a ser contratado deve, no mínimo, ser suficiente para que o franqueado possa recuperar os investimentos realizados na aquisição da franquia e constituição do estabelecimento comercial, bem como auferir certo montante de lucro para retribuição de seu trabalho¹⁵⁰.

As duas formas já apresentadas não demandam maiores discussões, tendo em vista que em ambas as obrigações das partes ao término do contrato estarão bem definidas, seja em razão do acordo de vontades manifestado no distrato, seja em função das cláusulas contratuais já existentes para a disciplina do término da relação por decurso do prazo, no caso de caducidade.

Já a *denúncia* é entendida como a forma de extinção nos contratos celebrados por prazo indeterminado ou como a extinção prematura pretendida por umas das partes, quando o contrato for celebrado por prazo determinado, sem maiores justificações. Com base na autonomia contratual e no consensualismo, qualquer das partes, de forma livre e discricionária, poderá fazer cessar a relação contratual, desde que dirija à parte contrária uma notificação ou declaração unilateral receptícia, arcando com os ônus que podem advir da mesma.

Não obstante à falta de justificação para o ensejo da denúncia, eis que pode ser exercida livremente pela parte interessada, essa tem o dever legal de informar a parte contrária com a necessária antecedência, para que o contratante oposto não seja

¹⁵⁰ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Ob. cit., p. 110, leciona que a lei italiana sobre *franchising* – art. 3º, nº 3, da *Legge 6 maggio 2004, n° 129* estabelece que, mesmo nos casos de contrato por prazo determinado, o franqueador deverá garantir ao franqueado prazo não inferior a três anos, objetivando viabilizar uma amortização do investimento.

surpreendido com a extinção do contrato, suportando prejuízos não previstos.

Ressalte-se que, em casos de contrato por prazo determinado, essa denúncia, unilateral enseja consequências bem mais sérias, em virtude do inesperado e brusco rompimento do vínculo contratual, eis que o contratante que ocupa o pólo distinto da relação só esperava a extinção do contrato quando da expiração do prazo acordado¹⁵¹.

No que pertine ao contrato de franquia, essa forma de cessação do contrato deve ser analisada com maior cuidado, tendo em vista que o vínculo contratual se manifesta de forma mais intensa, eis que a relação de mútua confiança entre as partes é mais acentuada, em razão das próprias especificidades do pacto contratual. Assim, seja no caso de denúncia antecipada nos contratos por prazo determinado, seja no caso de contratos por prazo indeterminado onde as partes imaginam a prorrogação, o aviso prévio deve ser suficiente para evitar prejuízo à parte que o recebe, sobretudo quando essa for o franqueado.

Como já expressado, legalmente não há uma fixação deste prazo, no Direito Brasileiro, relativa ao contrato de franquia. Entretanto, consoante o disposto no artigo 720, do Novo Código Civil, ao disciplinar o contrato de agência, o legislador pátrio estabeleceu que em casos de contrato por tempo indeterminado, a denúncia realizada por qualquer das partes deverá ser feita mediante aviso-prévio de noventa dias, desde que já transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto realizado pelo agente, sendo que, em casos de divergência, o juiz decidirá de forma razoável.

Não obstante a existência de posicionamentos contrários¹⁵², a utilização da analogia com o contrato de agência parece-nos razoável para a solução da questão, em todas as suas

¹⁵¹ MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., p. 100.

¹⁵² VERA HELENA DE MELLO FRANCO, Ob. cit., p. 251, entende que o prazo de antecedência deve ser de 30 dias.

hipóteses. Em sendo assim, caso o franqueador pretenda denunciar unilateralmente o contrato por prazo determinado ou mesmo indeterminado, deverá notificar o franqueado com antecedência mínima de noventa dias, garantindo-lhe a possibilidade de buscar outro negócio em substituição à franquia que desenvolvia, impedindo assim a ameaça à sua própria existência econômica. Em sendo insuficiente o prazo de noventa dias, considerando-se a natureza e o vulto dos investimentos realizados pelo franqueado, o prazo deverá ser alargado de forma razoável, objetivando garantir-lhe a mínima recuperação de seus gastos e a aferição de alguns lucros. O mesmo prazo deverá ser observado caso a denúncia unilateral seja realizada pelo franqueado, com fins a garantir ao franqueador a oportunidade de eleger novo franqueado a atuar naquela zona territorial exclusiva, impedindo assim a perda de mercado de consumo. Em ambos os casos, inexistindo consenso entre as partes, caberá ao órgão judicial estabelecer o prazo necessário, com fulcro na razoabilidade, boa-fé e eticidade, na tentativa de inibir a assunção de prejuízos mais graves por qualquer das partes.

Em casos de desobediência ao prazo legal, estipulado pelas partes ou judicialmente fixado, o denunciante deverá responder pelas perdas e danos resultantes à parte contrária, indenizando-a pelos prejuízos causados, bem como por eventuais lucros não obtidos. Convém ressaltar, entretanto, que tal indenização deve se ater aos danos e lucros advindos da falta ou insuficiência do aviso-prévio e não daqueles provocados pela extinção do contrato, em si mesma, eis que a denúncia ou rescisão unilateral é direito do qual goza qualquer das partes contratantes, estando em causa apenas a antecedência com a qual deve ser exercida¹⁵³.

Passemos a analisar a *resolução* do contrato de franquia. Ao contrário da denúncia, a resolução necessita ser sempre motivada, carecendo de fundamentação. Aplica-se também aos

¹⁵³ ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, Ob. cit., pp. 141-142.

contratos por prazo determinado ou indeterminado, não estando sujeita, entretanto, a aviso-prévio. Seu fundamento basilar é a inadimplência contratual por um dos contratantes, que deve assumir uma especial importância na relação contratual, seja pela gravidade da infração, seja pela sua reiteração. Nestes casos, o contratante que deu causa à resolução deverá responder pelas perdas e danos sofridos pelo prejudicado, abordando inclusive os lucros cessantes a serem calculados de forma a não infringir a razoabilidade.

Entretanto, a resolução do contrato poderá ocorrer também em razão do inadimplemento involuntário de um dos contratantes, ocorrido nas hipóteses em que as obrigações não puderem ser cumpridas em razão de sua onerosidade excessiva¹⁵⁴ ou da incidência de casos fortuitos ou força maior¹⁵⁵. Em tais situações, a teor das normas vigentes no Direito Brasileiro, a parte inadimplente não responderá por perdas e danos ao outro contratante, eis que não deu causa à extinção do contrato¹⁵⁶.

Por fim, ressalte-se que a extinção do contrato de franquia poderá também ocorrer em razão da *falência* do franqueador ou franqueado, ocasiões nas quais deverão ser analisados os casos concretos, sob a égide das disposições legais atinentes à matéria falimentar, no caso brasileiro, especialmente da Lei nº. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, a qual regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Em qualquer das hipóteses de extinção do contrato de franquia é preciso ter em mente que a ruptura ensejará consequências quanto à marca que já não mais poderá ser utilizada

¹⁵⁴ A teoria da imprevisão, amplamente aplicada no Direito brasileiro, prevê a resolução do contrato quando em acordos de duração continuada ocorrer de forma imprevisível, sem culpa da parte, uma alteração radical das condições econômicas que tornem excessivamente onerosas as obrigações de uma das partes.

¹⁵⁵ Usualmente, o caso fortuito é entendido como um fator interno, inerente à coisa ou a parte e a força maior como um acontecimento externo, que tornem impossíveis o cumprimento das obrigações por uma das partes.

¹⁵⁶ Artigos 393 e 478 do Novo Código Civil Brasileiro – Lei nº. 10.406/2002.

pelo franqueado e às técnicas e *know-how* que além de não mais poderem ser utilizadas ainda não poderão ser reveladas pelo franqueado sob pena de quebra do sigilo e dos deveres inerentes à eticidade e boa-fé, ensejando indenização pelo descumprimento dos deveres contratuais ao término da relação contratual. Por conseguinte, apesar da autonomia comercial do franqueado, o trespasse do estabelecimento geralmente resta proibido, mesmo ao término do contrato de franquia, eis que os bens imateriais da empresa não poderiam ser transmitidos a terceiros por força do dever de segredo que tem o franqueado e levando-se em consideração ainda que a franquia tem como característica ser um contrato *intuitu personae*¹⁵⁷. Poder-se-á ainda discutir sobre eventual destinação dos bens em estoque, compensação pela não concorrência e direito à propriedade da clientela, temas que serão melhor analisados nos próximos capítulos.

CAPÍTULO XII - A DESTINAÇÃO DOS BENS EM ESTOQUE E A COMPENSAÇÃO PELA NÃO CONCORRÊNCIA

Durante o desenvolver da atividade franqueada, o franqueado efetua a compra de produtos da marca, mercadorias utilizadas para a realização dos serviços ou matérias-primas, adquirindo-as do próprio franqueador ou de terceiros por ele indicados. Em geral, tais produtos serão revendidos aos clientes ou empregados na prestação dos serviços ou produção industrial.

Com a cessação do contrato, o ex-franqueado passa a ter dificuldades para venda ou utilização de tais produtos, mercadorias ou matérias-primas, tendo em vista que já não pode utilizar-se da marca do franqueador ou mesmo operar com a utilização das técnicas e *know-how*.

Por muitas vezes, a aquisição dos bens deu-se em razão

¹⁵⁷ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Ob. cit., pp. 98-104.

de cláusula contratual estabelecendo o mínimo obrigatório das compras. Por outras, o franqueado nem mesmo pode comercializar os bens ou serviços por determinado tempo após a extinção do contrato, em virtude de cláusula de não concorrência.

Analisando ordenamentos jurídicos alienígenas, L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS¹⁵⁸ informa que a doutrina europeia, em princípio, estabelece a inexistência de qualquer obrigação de recompra ou indenização por parte do franqueador, embora se admitam soluções diversas em determinados casos concretos. Neste ínterim, na França, uma corrente jurisprudencial tem-se referido a uma cláusula resolutiva tácita ou a obrigação de retomada do estoque; outra corrente tem defendido a necessidade de concessão de uma indenização ao franqueado por parte do franqueador. Na jurisprudência italiana, resolveu-se o problema permitindo-se que o franqueado utilize-se por mais algum tempo da marca e sinais distintivos do franqueado, a fim de escoar o estoque adquirido.

Concordamos com o referido autor quando estabelece que para a resolução da questão deve ser verificada a forma de cessação do contrato e a razão da existência e do volume dos estoques. Assim, no caso de extinção do contrato por distrato, caducidade, denúncia por parte do franqueado ou resolução por sua culpa, não haveria de se falar em qualquer indenização ou recompra dos estoques, tendo em vista que o contrato extinguiu-se pelo acordo de vontade entre as partes, pelo decurso do prazo já previsto, pelo interesse ou culpa do próprio franqueado. Nestes casos, seja porque as partes puderam acordar sobre a destinação do estoque, seja porque o franqueado poderia melhor gerir seu estoque em razão da proximidade do término do contrato, seja porque o estoque remanescente só existe em razão de suas condutas precárias ou de inadimplemento contratual, o próprio franqueado é quem deve suportar o eventual prejuízo decorrente da existência do estoque após a cessação do

¹⁵⁸ Ob. cit., pp. 139-152.

contrato.

Lado outro, caso o contrato tenha sido extinto por inadimplimento ou qualquer conduta culposa praticada pelo franqueador ou ainda a existência do estoque elevado tenha sido provocada em razão de cláusulas contratuais que obrigassem o franqueado a adquirir estoques mínimos acima de sua capacidade de escoamento, entendemos que recairá sobre o franqueador a obrigação de recompra dos bens ou, alternativamente, a autorização para que o franqueado continue a operar por determinado tempo utilizando-se da marca e sinais distintivos exclusivamente para escoação dos estoques ou ainda o pagamento em favor do franqueado de uma indenização. Apenas assim serão devidamente cumpridos os deveres contratuais acessórios e respeitados os princípios da boa-fé e eticidade, com fins a impedir o enriquecimento sem causa por parte do franqueador que vendeu os bens, em detrimento do franqueado que não conseguiu escoá-los por circunstâncias alheias a sua vontade.

De outra senda, alguns contratos de franquia podem conter uma cláusula estabelecendo o dever de não concorrência por parte do franqueado, após a cessação do contrato, por um determinado período de tempo. Para efetivação desta obrigação se faz necessário a existência de uma contrapartida que vise a compensar a restrição à atividade empresarial do franqueado.

Desta forma, caso referida cláusula seja estipulada sem equivalência para o franqueado, entende-se pela necessidade de existência, ao término do contrato, de uma compensação a ser paga pelo franqueador em favor do franqueado¹⁵⁹, desde que tal cessação não tenha se originado por culpa desse. Somente assim poderia ser garantido o equilíbrio entre as partes, também ao término da relação contratual.

CAPÍTULO XIII - A INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA NO

¹⁵⁹ L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, Ob. cit., p. 153.

CONTRATO DE FRANQUIA

Como em qualquer instrumento negocial, o contrato de franquia pode prever indenizações pela ruptura, inclusive no que se refere à conquista da nova clientela conquistada pelo franqueado na zona territorial onde esse exclusivamente explorava a franquia, divulgando os produtos e/ou serviços e a própria marca do franqueador. Entretanto, inexistindo tais cláusulas, o problema deve ser abordado no sentido de se deferir ou não ao franqueado essa indenização de clientela¹⁶⁰.

A indenização de clientela consiste em uma compensação a ser realizada pelo franqueador em favor do franqueado, após a cessação do contrato, pelos benefícios que o franqueador continue a auferir com a nova clientela que foi angariada ou ampliada pela atividade empresarial desenvolvida pelo franqueado. Em linhas gerais, esta indenização seria devida independente da forma de extinção do contrato.

Embora a identificação pelo nome de indenização, não se trata, na verdade de ressarcimento ao franqueado por danos sofridos, que, na verdade, podem nem mesmo ter ocorrido e independem de qualquer atividade probatória. O que se leva em conta são os benefícios proporcionados, inicialmente desenvolvidos em proveito comum das partes e que, após o término da relação contratual, passarão a aproveitar apenas uma delas – no caso o franqueador. Assim, podemos dizer que a natureza do instituto se revela em uma verdadeira compensação pelas atividades do ex-franqueado, evitando-se o enriquecimento sem

¹⁶⁰ Sobre a indenização de clientela nos contratos de distribuição comercial, ver ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, Ob. cit., pp. 151-172. Analisando a indenização de clientela no contrato de agência, PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. cit., p.18, explana que no ordenamento jurídico português tal direito é reconhecido ao agente por força do art. 33º do Decreto-Lei nº. 178/86, cujo cálculo é fixado segundo regras de equidade, consoante o art. 34, do mesmo diploma legal. No que pertine à sua aplicação no contrato de *franchising*, ver ISABEL MARIA ALEXANDRE, Ob. cit., pp. 368 ss.; ANA PAULA RIBEIRO, Ob. cit., pp. 58 ss; L. MIGUEL PESTANA D VASCONCELOS, Ob. cit., pp. 124 ss.

causa por parte do franqueador¹⁶¹.

A doutrina portuguesa, segundo o escólio de MENEZES LEITÃO¹⁶², explana que a indenização de clientela funda-se na ideia de não ser justo o explorador principal da atividade conservar, após o fim do contrato, os benefícios da atividade desenvolvida pelo agente ou franqueado, tendo este deixado de auferir a correspondente remuneração, o que justifica a atribuição de uma prestação suplementar. Na esteira deste entendimento e considerando-se a inexistência de legislação específica em Portugal, MENEZES CORDEIRO¹⁶³ defende a aplicação ao contrato de franquia das regras disciplinadoras do contrato de agência, com base na analogia.

Ainda no direito português, analisando essa legislação, ANTÔNIO PINTO MONTEIRO¹⁶⁴ apresenta requisitos positivos, negativos e de exercício para a configuração da indenização de clientela, que apresenta como pressuposto inicial a cessação do contrato. Procedendo a uma interpretação sistemática com as especificidades do *franchising*, podemos identificar tais requisitos como a efetiva ampliação da clientela pelo franqueado que angaria novos clientes e aumenta substancialmente o volume de negócios do franqueador; a verdadeira oportunidade que tem o franqueador de usufruir deste benefício de aumento de clientela, explorando direta ou indiretamente (através de outros franqueados) o novo mercado e novos clientes conquistados pelo franqueado; a inexistência de cláusula contratual ou acordo entre as partes sobre eventual retribuição ao franqueado, após o término do contrato, em razão das negociações a serem efetuadas com os clientes angariados; a indiferença com relação à causa de extinção do contrato, em razão da natureza

¹⁶¹ O artigo 884 e seguintes do Novo Código Civil disciplinam o enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁶² *A indenização de clientela no contrato de agência*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 91 e ss.

¹⁶³ *Direito Comercial*. Ob. cit., p. 784.

¹⁶⁴ Ob. cit., pp. 154-165.

compensatória do instituto.

A especial circunstância de o franqueado agir em nome próprio e não por conta do comitente, como no caso da agência, não se apresenta como um obstáculo à existência da indenização da clientela, eis que as relações empresariais realizadas pelo franqueado envolvem, em uma visão ampliada, negócios realizados pelos consumidores com a própria rede de franquias, em razão da utilização da marca e técnicas dessa.

Impende ressaltar que, em princípio, a clientela pode procurar os produtos ou serviços prestados pelo franqueador em razão da força e da aceitabilidade já conquistadas pela marca¹⁶⁵ e não em razão da boa ou excelente atividade realizada pelo franqueado. Não obstante, é inegável que a qualidade dos produtos ou serviços e do atendimento procedido pelo franqueado e seus funcionários influencia diretamente na conquista e habitualidade da clientela. Deve-se, portanto, verificar se o franqueado desempenhou as funções, tarefas e prestação de serviços da forma que lhes foram repassadas pelo franqueador, desempenhado um efetivo fator de atração da clientela, ou se apenas utilizou-se do reconhecimento já inerente à marca da franquia para comercialização dos produtos ou serviços, não fomentando o crescimento desta aceitabilidade e satisfação pelo público consumidor.

Lado outro, além desta efetiva integração do franqueado à rede da franquia, concorrendo e colaborando para a ampliação da visão positiva da marca, é preciso verificar se o franqueador possui meios efetivos de aproveitar esta nova clientela angariada. Neste contexto, ainda que houvesse o aumento da clientela na circunscrição territorial exclusivamente explorada pelo franqueado, caso o franqueador, após a extinção do contrato, não constituísse novo franqueado naquela mesma área ou em área limítrofe que pudesse atender a clientela, a indenização

¹⁶⁵ ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Do contrato de franquia (franchising). Autonomia privada versus tipicidade negocial*. Ob. cit., p. 83.

não seria cabível na medida em que não haveria possibilidade de efetiva exploração da nova clientela por parte do franqueador. Trata-se de um aspecto fundamental, pois não seria razoável compensar o franqueado por aquilo que fez durante a execução do contrato, se essas atitudes não vierem a repercutir diretamente, no futuro, em favor do franqueador. Alie-se a essa vertente a eventual circunstância de exploração pelo franqueado de atividade semelhante à da franquia, após o término do contrato e decorrido o período negocial de suspensão de atividades similares, acaso exista. Neste caso, o franqueado poderia utilizar-se dos conhecimentos e técnicas adquiridos para continuar a explorar o ramo da franquia sobre a utilização de outra marca, desfrutando, ele mesmo, dos clientes conquistados quando da realização da atividade franqueada.

Há, portanto, uma tendência em considerar a clientela pertencente tanto ao franqueador como ao franqueado, variando as proporções em cada caso concreto, levando-se em consideração o tipo de mercado, a região territorial, o montante de investimentos e o trabalho realizado pelo franqueado. Somente a análise do caso concreto, no tocante aos relevantes fatores de atração da nova clientela e à efetiva transferência dessa para ser usufruída pelo franqueador permitirão a adequada decisão sobre o cabimento ou não da indenização de clientela ao franqueado, como forma de compensação¹⁶⁶.

¹⁶⁶ No Brasil, não há informação de julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça abordando a questão. Não obstante, em sentido de indenização inversa, registre-se que nos autos do REsp 970708 / BA - RECURSO ESPECIAL 2007/0164838-3, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, j. 26/10/2010 e p. DJe 09/11/2010, o Superior Tribunal de Justiça confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no qual foi estipulada indenização por danos materiais e morais a uma representante comercial que teve prejuízos com a perda de clientela em razão do descumprimento de obrigações por parte da representada (disponível a partir de <http://www.stj.jus.br>). Acesso em 07.02.2012. Lado outro, em Portugal foram identificados vários acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, analisando a questão da indenização de clientela nos contratos de distribuição. Dentre esses, avaliando a questão sobre a ótica específica do contrato de franquia, pode-se citar o acórdão nos autos do processo nº. 09B0297, Relator: ALBERTO SOBRINHO,

CAPÍTULO XIV - A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PARTES CONTRATANTES DA FRANQUIA PERANTE TERCEIROS

14.1 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Mediante o contrato de franquia, em virtude da autorização de uso da marca e do *know-how*, o franqueado atua perante terceiros como se fosse o próprio representante legal da marca, ou seja, o franqueador. Diante disso, aos olhos daqueles que contratam com o franqueado e que já reconhecem a notoriedade da marca, a relação é inspirada por uma maior confiança, tendo em vista ser o negócio realizado com uma rede de franqueados¹⁶⁷.

A responsabilidade civil é instituto que se preocupa com a reparação dos danos. A aceção da responsabilidade comporta fundamentos distintos baseando-se na culpa, cujo princípio fulcra na responsabilidade subjetiva, e no risco, que embasa a responsabilidade objetiva. Não obstante esta divergência, qualquer das duas modalidades de responsabilidade depende ainda da presença de outros requisitos aplicáveis a ambos, quais sejam, o ato ou omissão, o dano e o nexo de causalidade existente entre eles.

A ação ou omissão pode ser também entendida como a ocorrência de um fato, assim considerado como qualquer conduta omissiva ou comissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva.

Em princípio, a ilicitude consiste na infração de um dever jurídico baseado na violação de um direito de outrem ou na violação de preceito de lei tendente à proteção de interesses

datado de 05/03/2009 e acórdão nos autos do processo nº. 06A4416, Relator: SEBASTIÃO PÓVOAS, datado de 09/01/2007. Disponíveis a partir de <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 27.03.2012.

¹⁶⁷ ADALBERTO SIMÃO FILHO, Ob. cit., pp. 132-133.

alheios¹⁶⁸.

O segundo pressuposto é o dano, não importando sua natureza, uma vez que atualmente é defendida a indenização tanto do dano patrimonial como do dano moral. Imprescindível, entretanto, que a conduta do agente tenha causado prejuízo a outrem, pois sem esse não há de falar-se em responsabilidade. Esse prejuízo deve, no entanto, atingir bens ou interesses juridicamente protegidos. Para ser indenizável, o dano deve corresponder à lesão de um bem ou interesse possuidor de relevância jurídica, contido no âmbito de proteção da norma violada.

Ainda é preciso que o dano seja certo e concreto, o que não quer dizer que precisa ser material ou corpóreo. Poderá ser atual ou futuro, desde que seja certo e real, como os danos emergentes e os lucros cessantes.

O terceiro requisito é o nexa causal ou a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano. A maneira pela qual se evidencia que o desdobramento da conduta gerou o dano.

Várias são as teorias existentes objetivando a explicação da configuração do nexa de causalidade. Dentre elas, a teoria da causalidade adequada apresenta-se como a mais aceita e utilizada. Segundo essa, dentre as diversas situações possíveis de se produzir um dano, procede-se a uma seleção lógica, destacando-se as que realmente devem ser consideradas como causa deste, no âmbito jurídico¹⁶⁹.

O nexa de causalidade é, assim, essencial à responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva, apenas sendo prescindível em casos de responsabilidade objetiva agravada, embora também seja exigível nestes casos a existência de conexão entre a atividade e o dano causado.

Por fim, no elemento subjetivo da conduta insere-se o do-

¹⁶⁸ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*. 12. ed.; Revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2009, p. 565.

¹⁶⁹ FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 194.

lo, tido como a vontade de proceder a ação ou mesmo deixar de agir, omitindo-se, e a culpa, na qual o agente não realiza sua vontade direta, mas dá causa ao resultado através de sua atuação por negligência, imprudência ou imperícia.

Em termos legais, tratando-se de responsabilidade civil, o artigo 942, do Novo Código Civil brasileiro, dispõe sobre a solidariedade dos agentes/responsáveis em caso de danos causados a terceiros. Consoante o artigo 265, do referido diploma legal, a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes. A interpretação gramatical das normas legais levaria então à conclusão de que a responsabilidade solidária do franqueador só seria decorrente de expressa previsão contratual¹⁷⁰, eis que não existe dispositivo legal específico no ordenamento jurídico brasileiro disciplinando esta espécie de solidariedade.

Não obstante, a interpretação sistemática e teleológica da questão merece apreciação em cada caso concreto, sendo analisada sobre duas óticas. Em primeiro lugar, deve ser levado em consideração que os integrantes da rede de franqueados são de escolha exclusiva do franqueador, que só contrata com aqueles que entende possuírem os requisitos necessários a fazer parte da franquia. Desta escolha decorre, portanto, a existência de culpa *in eligendo*, por uma seleção mal feita por parte do franqueador quando contrata com aquele franqueado que, futuramente, lesará o interesse de terceiros, causando-lhes danos. Em segundo lugar, considerando-se a necessidade de desenvolvimento adequado e atuação uniforme da rede, cabe ainda ao franqueador proceder ao acompanhamento e fiscalização contínua do franqueado. Assim, sua responsabilidade poderá ainda decorrer de culpa *in vigilando*, bastando a ocorrência de deficiência do dever de fiscalizar para gerar a responsabilidade ci-

¹⁷⁰ Neste sentido revela-se o posicionamento de MELITHA PRADO FUNARO, *A responsabilidade civil do franqueador pelos atos praticados pelo franqueado ou empregado deste*. Revista do advogado. A.A.S.P., nº. 30/89, p. 89, ao analisar a questão sobre a ótica do Código Civil de 1916.

vil¹⁷¹.

Em suma, tendo o franqueador o dever de escolher devidamente os franqueados que irão lhe representar perante o público, bem como o dever de fiscalização da rede, poderá ser responsabilizado pelos atos do franqueado, em virtude da ocorrência de culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Assevere-se, entretanto, que tratando-se o franqueado de ente autônomo e inexistindo presunção relativa da culpa, admite-se a produção de prova em contrário relativa à circunstância de não ter o franqueador como evitar a ocorrência do prejuízo¹⁷².

14.2 - DA RESPONSABILIDADE CONSUMERISTA

Prefacialmente, impende argumentar que a relação interna estabelecida entre franqueador e franqueado no contrato de franquia não pode ser tida como de consumo. Poder-se-ia até identificar uma situação de vulnerabilidade¹⁷³ do franqueado em relação ao fraqueador, tendo em vista que na maioria das vezes as cláusulas do contrato apresentam-se como de adesão, não sendo possível ao franqueado participar de forma efetiva em sua elaboração. Não obstante, ainda que se trate de um contrato de adesão, representante de uma limitação da teoria da vontade, não haveria possibilidade de aplicação analógica das regras consumeristas, ante a inexistência de uma relação de consumo entre os contratantes. O franqueado não poderia ser equiparado ao consumidor, eis que não se revela como o destinatário final do bem, mas sim como alguém que participará de uma relação de insumo, com vistas a adquirir bens ou serviços a serem novamente integrados no mercado ou introduzidos em novos processos de produção ou comercialização, sempre objetivando atingir a outrem, verdadeiro consumidor final.

¹⁷¹ Sobre a responsabilidade civil por atos ilícitos, ver artigo 186, do Novo Código Civil.

¹⁷² MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES, Ob. cit., p. 114.

¹⁷³ ANA CLÁUDIA REDECKER, Ob. cit., p. 107.

Mostra-se plausível, entretanto, a aplicação do princípio da boa-fé e dos deveres acessórios do contrato, com fins a promoção de uma adequada interpretação que garanta o reequilíbrio das partes contratantes, sem que se tenha que recorrer às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Tal posição, inspirada na *Gesetz zur Regelung dês Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGBG – Lei sobre condições gerais dos contratos) alemã, de 1976, encontra sólida manifestação na doutrina italiana, sob o escólio de ALESSANDRO GIORDANO¹⁷⁴, revelando o sentido de adequação e nulidade das cláusulas contratuais que alteram o equilíbrio da relação negocial, encontrando-se em desconformidade com as regras de correção e equidade. Esta também é a posição do doutrinador espanhol ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ¹⁷⁵, ao discorrer sobre o assunto na ótica da doutrina italiana.

De outra senda, no que diz respeito à responsabilidade do franqueado e do franqueador pelos danos causados ao consumidor¹⁷⁶, impende ressaltar que essa pode ser abordada sob dois aspectos principais, a saber: responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço¹⁷⁷.

Nos termos do artigo 3º, da Lei nº. 8.078/1990 “*fornece-dor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de servi-*

¹⁷⁴ *I contratti per adesione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951, p. 125.

¹⁷⁵ *La franquicia*. Madrid: Editorial Trivium S/A, 1991, p. 91.

¹⁷⁶ Em Portugal, para PEDRO ROMANO MARTINEZ, Ob. cit., p. 27, a tutela do consumidor prevê a responsabilidade do franqueado e também do franqueador, tidos como produtor, a teor do disposto no Decreto-Lei nº. 383/89.

¹⁷⁷ Ver artigos 12 a 25, da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor

ços”.

No caso de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço¹⁷⁸, expressamente prevista no artigo 12 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, a lei a restringe ao fabricante, ao produtor, ao construtor nacional ou estrangeiro e ao importador, aplicando-a de forma objetiva. Diante disso, o franqueado será diretamente responsabilizado se tiver fabricado ou produzido o bem, especialmente na hipótese de *franchising* de indústria.

Já o franqueador será necessariamente responsabilizado por ser o produtor ou fabricante do bem e por ser o fornecedor aparente, eis que estampa sua marca nos produtos ou na prestação de serviços. Por conseguinte, qualquer empresa franqueadora responderá, independente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores decorrentes de defeitos dos produtos por ela fabricados ou até mesmo simplesmente importados, bem como pela inadequação ou insuficiência de informações relativas aos riscos e utilização dos produtos ou dos serviços¹⁷⁹. Interessante verificar, entretanto, que em caso de ocorrência da culpa exclusiva do próprio consumidor ou de terceiro, este fornecedor encontrar-se-á eximido de sua responsabilidade, a teor do disposto no art. 12, §3º, III, do código consumerista.

Esclareça-se, entretanto, que, consoante o disposto no art. 13, do referido diploma legislativo, o franqueado poderá ainda responder subsidiariamente quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis; o produtor, fabricante ou importador não puder ser devidamente identificado; ou quando o produto não possuir a identificação correta de seu fabricante.

¹⁷⁸ Aquela decorrente de defeitos de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação, acondicionamento e informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos dos produtos, bem como pelos serviços defeituosos que não forneçam a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração circunstâncias relevantes.

¹⁷⁹ FREDERICO DE ANDRADE GABRICH, Ob. cit., p. 144.

Poderá ainda responder, solidariamente, caso seja também considerado responsável pela ocorrência do dano, aplicando-se a norma disposta no artigo 25, 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

As mesmas conclusões acima referidas são aplicadas no caso da franquia de serviços, ante a aplicação das normas legais dispostas no art. 14 do referido código.

Lado outro, no caso de responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço¹⁸⁰, disciplinada no artigo 18 e seguintes, do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilização será solidária, razão pela qual tanto o franqueador como o franqueado, envolvidos no conceito amplo de fornecedor pelas atividades que exercem no contrato de franquia, responderão pelos danos causados. A este respeito, as controvérsias apresentam-se em menor grau, tendo em consideração, sobretudo, a nitidez das normas legais aplicáveis às espécies fáticas, bem como à maior facilidade de verificação e comprovação dos vícios, sejam eles inerentes à qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços advindos da franquia.

Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, as conclusões aqui apresentadas nos parecem como as mais justas e adequadas à composição dos conflitos de interesses oriundos da responsabilização do franqueado e franqueador nas relações com terceiros, desenvolvidas em razão do contrato de franquia.

CAPÍTULO XV - CONCLUSÕES

Ao longo da explanação desenvolvida neste trabalho pode-se verificar que um dos maiores desafios das empresas neste início de século é atingir um desenvolvimento amplo, que alcance diferenciados mercados em regiões totalmente diversas,

¹⁸⁰ Aquela que torna impróprio ou inadequado o produto ou sua utilização e o serviço.

sem a aplicação vultosa de investimentos, mas garantindo o reconhecimento e credibilidade da marca.

Neste ínterim de acirrada competição pela dominação de novos mercados consumidores, o *franchising* mostra-se como uma das melhores opções aos grandes empresários - franqueadores, que podem expandir suas redes a diferentes territórios, sem o dispêndio de elevados investimentos para instalação e administração das unidades, mas com a possibilidade de acompanhamento e fiscalização da atividade franqueada, além do recebimento de taxas em razão da cessão do uso da marca, do *know-how* e da assistência técnica. De outro lado, os pequenos e médios empresários - franqueados, dispostos a investir seu capital em zonas determinadas, têm a possibilidade de atuar sobre a insígnia de uma grande marca, cujo valor e qualidade já foram reconhecidos pelos clientes, recebendo ainda a cessão de toda a tecnologia de produção, execução e administração da atividade empresarial, o que facilita a recuperação dos investimentos e a obtenção do lucro.

Surgida efetivamente nos Estados Unidos da América, em meados do século XIX, o franquia empresarial desenvolveu-se e alcançou nos dias atuais uma imensa amplitude em todo o mundo contemporâneo, seja na comercialização de produtos, na prestação de serviços, ou mesmo na área de industrialização ou fabricação de determinados bens.

Não obstante a variada conceituação desenvolvida por juristas brasileiros, estrangeiros e pela própria Lei nº. 8.955/1994, que disciplina o contrato do Brasil, oferecemos nossa definição de franquia como o contrato empresarial no qual o franqueador oferece sua imagem e marca já consolidadas no mercado, sua estrutura gerencial, práticas e técnicas de produção (*know-how*) e/ou comerciais, de organização e publicidade, ao franqueado, em troca da aderência desse à rede do franqueador, de seus investimentos de capital próprio e do pagamento de uma taxa inicial, *royalties* e taxas esporádicas,

sendo a atividade do franqueado desenvolvida com autonomia gerencial supervisionada e com exclusividade em zona geográfica determinada.

Abordando a autorização do uso da marca e da tecnologia como a principal característica do *franchising*, podemos classificá-lo como um contrato complexo, típico, bilateral ou sinalagmático, oneroso, comutativo, consensual, *intuitu personae*, de trato sucessivo e de adesão.

Apesar da existência de outras cláusulas corriqueiras nos contratos de franquia, apontam-se a estipulação de prazo determinado ou ao menos de prazo mínimo de vigência, a remuneração ao franqueador (taxa inicial de franquia - *Initial Fee*, *Entry Fee*, *Entrance Fee*, *royalties* e eventuais taxas periódicas), a exclusividade territorial, a autonomia do franqueado, a assistência técnica e a autorização de uso da marca e transferência de tecnologia, como as cláusulas essenciais ao instituto, sem as quais o mesmo terá dificuldades em atingir seus fins precípuos.

Dentre as diversas classificações apresentadas, podemos definir as modalidades de franquia com base na natureza da atividade franqueada (de produção, de distribuição, de serviços ou industrial); na forma de gestão empresarial (franquia de marca ou produto – tradicional e franquia negócio formatado - *business format franchising*); ou ainda no âmbito do contrato (franquia- mestre - *Master Franchising*, franquia de desenvolvimento de área - *Area Development Franchise* e franquia de canto - *Corner Franchise*).

A relação contratual do *franchising* deve basear-se sobretudo na confiança e cooperação recíproca entre franqueador e franqueado, alcançando-lhes direitos, obrigações, vantagens e desvantagens no desenvolvimento da relação contratual.

Os manuais operacionais apresentam-se como um importante elemento do contrato de *franchising*, definidores de procedimentos e padrões de comportamento a serem fielmente

obedecidos pelo franqueado, corporificando a cultura empresarial da rede de franquias e garantindo a uniformidade e qualidade dos produtos e serviços. Ao mesmo tempo, proporciona ao franqueado uma possibilidade de conhecimento, real e imediata, sobre todos os procedimentos inerentes ao negócio, sendo também um instrumento de consulta no dia-a-dia para o esclarecimento de dúvidas e garantia de adoção das técnicas e atitudes que fomentarão o sucesso da atividade franqueada.

Mesmo sendo tido como uma espécie do gênero contrato de distribuição, a franquia distingue-se das demais figuras contratuais, sobretudo da agência e da concessão comercial, devido a suas características e especificidades.

A circular de oferta de franquias, estabelecida no Brasil através da norma disposta no art. 3º da Lei nº. 8.955/94, objetivava aumentar a proteção ao franqueado e diminuir a margem de enganos nas operações de franquias. Baseada no princípio da *disclosure*, que visa a transparência no mercado, a circular garante que o franqueador transmita ao interessado em adquirir a franquia os detalhes sobre o sistema e também sobre o negócio franqueado, permitindo-lhe proceder a uma análise perfunctória e aprofundada avaliação do mesmo.

A figura do *master franchising*, também denominada de subfranquia, é decorrente da cláusula de exclusividade territorial do contrato de franquias, surgindo quando, dentro de sua área territorial de atuação, o franqueado tem o direito de também autorizar o uso da marca a terceiros, celebrando novo contrato, denominado de subfranquia, como se fosse o franqueador. Apesar de mostrar-se como atividade já disseminada no mercado mundial, tal figura pode gerar divergências quando da ocorrência da extinção do contrato entre franqueador e masterfranqueado, sobretudo no que pertine à posição dos subfranqueados. Neste conflito de interesses, duas soluções apresentaram-se como pertinentes à sua resolução: a primeira seria a existência de cláusula especial no contrato do subfranqueado,

com concordância expressa do franqueador, no sentido de que, em caso de rompimento abrupto do contrato realizado entre o franqueador e o master-franqueado, poderia ser realizada, de imediato, uma nova relação contratual entre o subfranqueado e o franqueador; a segunda seria a imediata eleição pelo franqueador de uma nova empresa para ocupar a posição de master-franqueado, a qual estabeleceria novos subcontratos. De toda forma, em caso de inexistência dessas soluções pelo desinteresse do franqueador, acreditamos que os subfranqueados não poderão ficar ao completo desamparo, postulando eventuais indenizações ao master-franqueado e ao próprio franqueador original, tendo em vista a aplicação dos princípios da boa-fé, eticidade e da teoria da aparência.

Na extinção do contrato de franquia as partes contratantes devem sempre observar os princípios da eticidade e da boa-fé. Apesar da Lei nº. 8.955/1994 não regulamentar as formas de extinção do contrato, devem ser observados os preceitos gerais dispostos no Novo Código Civil (artigos 472 a 480) e as regras especiais sobre a extinção do contrato de agência (artigos 715 a 720), utilizadas de forma analógica. Não obstante a existência de divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto, as principais formas de extinção dos contratos, aplicáveis ao *franchising*, são o distrato (mútuo acordo), a caducidade, a denúncia, a resolução e a falência. Em qualquer delas, entretanto, é preciso ter em mente que a ruptura ensejará consequências quanto à marca que já não mais poderá ser utilizada pelo franqueado e às técnicas e know-how que, além de não mais poderem ser utilizadas, ainda não poderão ser reveladas por esse.

No que pertine à indenização de clientela, somente a análise do caso concreto, no tocante aos relevantes fatores de atração da nova clientela e à efetiva transferência dessa para ser usufruída pelo franqueador permitirão uma adequada decisão sobre o cabimento ou não desta compensação ao franqueado, após o termino do contrato. A mesma análise casuística deve

ser procedida com relação à eventual destinação dos bens em estoque e compensação pela não concorrência.

Com relação à responsabilidade das partes perante terceiros, defende-se que, apesar da autonomia empresarial garantida ao franqueado, o franqueador também será, em regra, solidariamente responsável por eventuais danos causados a terceiros pelo franqueado, tendo em vista a possibilidade de configuração da culpa nas modalidades *in eligendo* e *in vigilando* relativas à sua atuação na escolha dos franqueados ou à sua omissão na fiscalização e acompanhamento dos mesmos. Entretanto, inexistindo presunção relativa da culpa, admite-se a produção de prova em contrário sobre circunstâncias de não ter o franqueador como evitar a ocorrência do prejuízo. No que diz respeito à responsabilidade do franqueado e do franqueador pelos danos causados ao consumidor, deverão ser observadas as normas legais presentes na Lei nº. 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor, atinentes à responsabilidade pelo fato ou pelo vício dos produtos e serviços.

Não se pretendeu com o presente trabalho esgotar o tema. Apenas explicar e propor algumas discussões e sugestões sobre o contrato de franquia, que se apresenta hoje como um bem sucedido mecanismo empresarial, presente no cenário jurídico brasileiro e mundial. Devido a essa amplitude, o contrato gera consequências e implicações que afetam não só os empresários e aplicadores do direito, como também as autoridades públicas e consumidores – em síntese, a todos nós.

Acredita-se que, devido a essa difusão globalizada, o *franchising* apresenta uma forte tendência em continuar a galgar expressivo crescimento durante o século XXI. Por tal razão, se faz necessário um estudo mais aprofundado do contrato e o aperfeiçoamento da legislação disciplinadora do mesmo, com fins a prevenir e solucionar os conflitos de interesses advindos das relações entre as partes contratantes e dessas com terceiros. Essa é, sem dúvidas, a principal conclusão atingida

no presente trabalho.



BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Nelson. *Da franquia comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- ALEXANDRE, Isabel Maria. *O contrato de franquia (franchising)*. *O Direito*, ano 123, 1991.
- ANDRADE, Jorge Pereira. *Contrato de franquia e leasing: Lei 8955/94, Resolução nº 2309/96, Lei 9307/96*. 3. ed.; São Paulo: Atlas, 1998.
- ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2011.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3. ed.; São Paulo: Atlas, 2009.
- BALDASSARI, Augusto. *I contratti di distribuzione: agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising*. Padova: CEDAM, 1989.
- BALDI, Roberto/VENEZIA, Alberto. *Il contratto de agenzia; La concessione di vendita; Il franchising*. 8. ed.; Milão: Giuffrè Editore, 2008.
- BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising & Direito*. 2. ed; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- BONJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza jurídica do contrato de “franchising”*. *Revista dos Tribunais*, nº 653/55-68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- BRAGA, Jorge Luiz. *Responsabilidade solidária do franqueador*. *Revista Consulex*. v.I, ano III, nº. 28, 1999.
- BRASIL. Lei nº. 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial do Império do Brasil. Publicada em 1º.07.1850.

- BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. DOU 05.01.1916.
- BRASIL. Lei nº. 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. DOU 29.11.1990.
- BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. DOU 12.09.1990.
- BRASIL. Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. DOU 16.12.1994.
- BRASIL. Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. DOU 15.05.1996.
- BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU 11.01.2002.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantils*. 10. ed.; São Paulo: Atlas, 1998.
- BUSSANI, Mauro/CENDANI, Paolo. *I contratti nuovi (casi e materiali di dottrina e giurisprudenza)*. Milão: Guiffrè, 1990.
- CARDELÚS, Luis. *El contrato de franchising*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitárias, 1988.
- 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.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 3. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____ *Considerações sobre a lei de franquia. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial*, nº. 16/15-21, maio/junho de 1995.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Do contrato de franquia*

(“franchising”). *Autonomia privada versus tipicidade negocial*. ROA, ano 48. Lisboa: 1988.

_____. *Da boa fé no direito civil*. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Tratado de direito civil português*. v. II. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Direito Comercial*. 3. ed. (revista, atualizada e aumentada); Coimbra: Almedina, 2012.

- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed.; Revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2009.

- CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. *Franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho divil patrimonial*. v. 1. 4. ed.; Madrid: Civitas, 1993.

- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. v. IV. 2. ed.; São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Curso de Direito civil brasileiro*. v. 3. 26. ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.

- ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações*. Atualização de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. - *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Atualização de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.

- FABRE, Gérard. *Concurrence, distribution, consommation*. Paris: Dalloz, 1983.

- FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

- FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

- FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- FOSTER, Dennis L. *O livro completo do franchising*. Rio de

- Janeiro: Infobook, 1995.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: Direito civil e empresarial*. 2. ed.; Revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
 - FUNARO, Melitha Prado. *A responsabilidade civil do franqueador pelos atos praticados pelo franqueado ou empregado deste*. *Revista do advogado*. A.A.S.P., nº. 30/89.
 - FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro – comentários à nova legislação sobre marcas e patentes, Lei nº. 9276, de 14 de maio de 1996*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
 - GABRICH, Frederico de Andrade. *Contrato de franquia e direito de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
 - GAGLIANO, Pablo Stolze/PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. IV, tomo I. 6. ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.
 - GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales*. Tomo II. 2. ed.; Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
 - GIORDANO, Alessandro. *I contratti per adesione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1951.
 - GOMES, Manuel Januário da Costa. *Estudos de direito das garantias*. v. II. Coimbra: Almedina, 2010.
 - GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1999.
 - GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 3. 7. ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.
 - GUYENOT, Jean. *Que es el franchising?* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1997.
 - Jurisprudência no portal do Superior Tribunal de Justiça. Disponível a partir de <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 07.02.2012.
 - Jurisprudência do portal do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível a partir de <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 27.03.2012.

- LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte geral*. Trad. esp. Miguel Izquierdo e Macías Picavea. Caracas: Edersa, 1978.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. II. 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2003.
- _____ *A indemnização de clientela no contrato de agência*. Coimbra: Almedina, 2006.
- LEITE, Roberto Cintra. *Franchising na criação de novos negócios*. 2. ed.; São Paulo: Atlas, 1991.
- LELOUP, Jean-Marie. *La franchise; droit et pratique*. Paris: Delmas, 1991.
- LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINEK, Michael. *Moderne vertragstypen: franchising, know-how-vertrage, management-und consultingvertrage*. Munique: Verlag C. H. Beck, 1992.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações: Aparentamentos*. 3. ed.; Lisboa: AAFDL, 2011.
- _____ *Contratos comerciais: Aparentamentos*. 2ª reimpressão. Estoril: Príncípia, 2006.
- _____ *O subcontrato*. Coimbra, 1989.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MARZORATI, Osvaldo J. *Sistemas de distribución comercial: agência. distribución. concesión, franquicia comercial*. 2. ed.; Buenos Aires: Astrea, 1995.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial. Responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MENDELSON, Martin. *The guide to franchising*. 5. ed.; 3ª reimpressão; Londres/Nova Iorque: Cassell, 1996.
- MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-

América, 1952.

- MILHOMENS, Jônatas. *Da presunção da boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- MILMAN, Fábio. *Franchising*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MONTEIRO, Antônio Pinto. *Contratos de distribuição comercial: Relatório*. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009.
- MORENO, Marco Antônio Velilla. *El contrato de franchising*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*. Medelim: Colômbia, 1994.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. v. 2. 3. ed.; São Paulo: Saraiva, 2012.
- NETO, José Cretella. *Do contrato internacional de franchising*. 2. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NORENA, Giorgio di. *Nuovi contratti*. Turim: UTET – Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1993.
- OLIVEIRA, Ubirajara Macha de. *Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. *Revista Ajuris*, nº. 71, ano XXIV. Porto Alegre: 1997.
- PELUSO, César. Coord. *Código civil comentado. Doutrina e jurisprudência*. 2. ed.; Barueri: Manole, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualização de Guilherme Calmon Nogueira da Gama. v. II. 21. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge/JABUR Gilberto Haddad. Coord. *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. 4. ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais,

1993.

- REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.
 - REQUIÃO, Rubens. *Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas*. *Revista dos Tribunais*, nº. 513/41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
 - RIBEIRO, Ana Paula da Costa. *O contrato de franquia (franchising): no direito interno e no direito internacional*. Lisboa: Tempus, 1994.
 - RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia*. Coimbra: Almedina, 2001.
 - RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2006.
 - RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. v. 3. 30. ed.; São Paulo: Saraiva, 2007.
 - ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.
 - ROSENVALD, Nelson/FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Obrigações*. 3. ed.; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
 - RUBIO, Delia Matilde Ferreira. *La buena fe. El principio general em el derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1984.
 - SÁNCHEZ, Esperanza Gallego. *La franquicia*. Madrid: Editorial Trivium S/A, 1991.

 - SILVA, Américo Luís Martins da. *Contratos comerciais*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
 - SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Coord. *Código civil comentado*. 7. ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.
 - SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*. 2. ed.; São Paulo: Atlas, 1997.
-
- _____ *Franchising: Aspectos jurídicos e contratuais*. 3. ed.; São Paulo: Atlas, 1998.
- STIGLITZ, Rubens S./STIGLITZ, Gabriel. *Contrato por*

adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor.
Buenos Aires: Depalma, 1985.

- TARTUCE, Flávio. *Direito civil.* v. 1. 6. ed.; Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método, 2010.
 - TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral.* 4. ed.; reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
 - THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial.* *Revista dos Tribunais*, v. 90, 2001.
 - VASCONCELOS, L. Miguel Pestana de. *O contrato de franquia (franchising).* 2. ed.; Coimbra: Almedina, 2010.
 - VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil.* v. II. 4. ed.; São Paulo: Atlas, 2004.
 - VIEIRA, José Alberto. *O contrato de concessão comercial.* Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
-
- _____. *Negócio jurídico: Anotações ao regime do código civil – arts. 217º a 295º.* Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.