

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

O CONTRATO DE *FRANCHISING*: OBRIGAÇÕES DO FRANQUEADO

Isabela Brockelmann de Faria

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Saad Diniz

Ribeirão Preto

2013

ISABELA BROCKELMANN DE FARIA

O CONTRATO DE *FRANCHISING*: OBRIGAÇÕES DO FRANQUEADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Saad Diniz

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Brockelmann de Faria, Isabela

O contrato de *franchising*: obrigações do franqueado / Isabela Brockelmann de Faria -- Ribeirão Preto, 2013.

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Gustavo Saad Diniz

Nome: BROCKELMANN DE FARIA, Isabela

Título: O contrato de *franchising*: obrigações do franqueado

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof^(a). Dr^(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^(a). Dr^(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^(a). Dr^(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização desse trabalho.

À minha família, pelo apoio contínuo e incondicional.

Aos meus amigos, pela companhia e alegria em todas as horas.

Ao Prof. Dr. Gustavo Saad Diniz, pela paciência e excelente orientação.

Aos docentes e funcionários da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, pela dedicação diária.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o contrato de franquia empresarial, ou *franchising*, sob a ótica das obrigações do franqueado. Tendo em vista que usualmente se levam em consideração as obrigações e prerrogativas do franqueador como indutoras de desequilíbrio contratual e abusos, pretende-se, aqui, desenvolver um exame do referido tipo contratual por outra perspectiva, uma vez que o descumprimento de obrigações por parte do franqueado pode ser tão ou mais nocivo à rede e ao próprio mercado que descumprimentos do franqueador. Nesse sentido, faz-se necessário analisar o *franchising* de forma integral, com a devida atenção aos deveres que cabem a cada parte - todos essenciais à formação do sinalagma contratual e à efetividade prática e econômica desse instrumento contratual.

Palavras-chave: *Franchising*. Contratos. Obrigações das partes. Obrigações do franqueado. Descumprimentos contratuais.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the *franchising* contract from the perspective of the obligations of the franchisee. Considering that usually are taken into account the prerogatives and obligations of the franchisor as cause of contractual imbalance and abuse, it is intended to examine the contract from another perspective, since the nonfulfillment by the franchisee of his obligations may be as or more harmful to the franchise net and to the market as nonfulfillment by the franchisor. In this sense, it is necessary to fully analyze *franchising*, with due regard to the duties and obligations of each party, once they are essential to the bilateral nature of the contract and its practical and economical effectiveness.

Keywords: *Franchising*. Contracts. Obligations of the parties. Obligations of the franchisee. Nonfulfillments.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	15
1.1 Justificativa	15
1.2 Questões técnicas	16
2. HISTÓRICO E PERSPECTIVAS	19
2.1 Histórico Geral	19
2.2 O sistema de franquias no Brasil	23
2.2.1 Surgimento e desenvolvimento	23
2.2.2 Situação atual e tendências	26
2.2.3 Evolução legislativa	27
3. O CONTRATO DE <i>FRANCHISING</i>	31
3.1 Conceituação	31
3.2 Classificação	36
3.3 Tipos e formas de franquia	46
3.5 Cláusulas	54
3.6 Circular de Oferta de Franquia	61
4. OBRIGAÇÕES DAS PARTES	67
4.1 Obrigações do franqueador	67
4.2 Obrigações do franqueado	72
5. DESCUMPRIMENTOS POR PARTE DE FRANQUEADOS	83
5.1 Casuística	86
5.1.1 Franqueado já experiente	86
5.1.2 Descumprimento do dever de sigilo e concorrência desleal	88
5.1.3 Falta de diligência	89
5.1.4 Concorrência desleal	90
5.1.5 Concorrência desleal	91
5.1.6 Descumprimento de obrigações e concorrência desleal	92

6. CONCLUSÃO	95
---------------------------	-----------

1. INTRODUÇÃO

1.1 Justificativa

O *franchising* difere dos demais contratos comerciais por dar margem a certa dominância do franqueador sobre o franqueado, o que decorre da própria estrutura do tipo contratual. Espera-se que ambos concorram para a consecução de objetivos comuns, auferindo benefícios mútuos – outra não é, afinal, a função da contratação -, mas podem ocorrer, na prática, distorções que ferem a boa-fé objetiva e causam grandes danos a uma das partes. Em decorrência do desequilíbrio estrutural e da posição privilegiada do franqueador, costuma-se discutir excessos cometidos por ele, enquanto que o franqueado é quase sempre aquele que suporta os prejuízos e as condições abusivas.

Contudo, deve ser levado em consideração o fato de que o franqueado não é mero títere de que se vale o franqueador para a expansão de seu negócio; pelo contrário, a ele cabem tarefas fundamentais ao sucesso da franquia, o que salta aos olhos se se considerar que toda a administração da unidade franqueada estará a seu cargo. A cada uma das partes cabem obrigações específicas, todas essenciais ao bom funcionamento da rede e a seu aprimoramento contínuo. Nesse sentido, fica evidente que o franqueado tem também grande responsabilidade, não sendo simples cumpridor de ordens; portanto, abusos cometidos por ele são também extremamente danosos ao franqueador, aos demais franqueados e ao próprio mercado¹.

Assim, é fundamental que se dê o devido destaque aos deveres do franqueado, os quais têm, também, importância basilar para a constituição do sinalagma contratual. Se muitas vezes tal dinâmica é posta de lado em virtude da supremacia do franqueador, que extrapola suas prerrogativas, não se pode permitir que generalizações deturpem a análise do contrato de *franchising* como um todo, já que também o franqueado pode perpetrar ilícitos contratuais, ao deixar de lado as imposições a que deveria se subordinar. Não podemos, portanto, analisar o franqueado apenas sob o ponto de vista da hipossuficiência, e nem o franqueador sob a ótica

¹Deve-se destacar que a observância dos deveres contratuais se impõe a ambas as partes não apenas para que haja proporcionalidade nas obrigações e equilíbrio em relação àquele instrumento contratual em específico, mas sim, como modo de tutelar a própria higidez do comércio, conforme aduz Paula FORGIONI: “A defesa dos agentes econômicos vítimas de situações manifestamente abusivas atua a favor do *interesse geral do comércio*, pois (...) inibe *comportamentos oportunistas disfuncionais dos agentes*, que comprometem o bom fluxo das relações econômicas. Tudo se dá, entretanto, *dentro da lógica própria do sistema de direito comercial* e, especialmente, dos *contratos interempresariais*, sem que se parta de tutela apriorística da parte ‘mais fraca’. O poderio econômico da contraparte não pode outorgar ao empresário a prerrogativa de deixar de agir como um ‘homem ativo e probo’, considerados os padrões de mercado.” (*Teoria geral dos contratos empresariais*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 36-37. Grifos da autora.)

das prerrogativas de que dispõe: ambas as partes possuem direitos e deveres que são, em geral, correspondentes, e fundamentais para a boa formatação e correto funcionamento do *franchising*.

Desta forma, eventuais descumprimentos levados a cabo por qualquer das partes afetam negativamente não apenas a relação contratual entre elas. Isso salta aos olhos se pensarmos em uma grande rede de franquias, com diversos franqueados e grande aceitação junto ao público, tendo, por isso, conquistado de forma praticamente definitiva uma fatia de mercado. Situações de quebra contratual nessa cadeia, além de poderem representar abuso concorrencial, lesam significativamente os consumidores e a credibilidade do mercado como um todo. Tendo isso em vista, faz-se necessário empreender uma análise global do contrato de *franchising*, com o devido foco às obrigações em regra desempenhadas pelo franqueado – as quais, porque geralmente desprezadas, merecem agora ser estudadas com mais vagar.

Em suma, o contrato de *franchising* caracteriza-se pela complexidade das relações que o compõem, em decorrência da posição de desequilíbrio que as partes ocupam. Não obstante, franqueador e franqueado têm obrigações e prerrogativas, de forma que não se pode partir de uma ótica simplista para analisar a relação contratual: nem sempre o franqueado é vítima de sua pretensa hipossuficiência, assim como nem sempre o franqueador dá causa a abusos. Nesse sentido, faz-se necessário analisar o referido contrato pela ótica pouco empregada das obrigações a que se submete o franqueado, para que seja aclarada sua relevância. A pertinência de tal exame é atestada pela crescente importância econômica do *franchising*, sendo que a disseminação de seu uso traz à tona questões práticas desse teor.

Pretende-se, portanto, analisar a estrutura contratual, o que possibilitará um exame mais atento das obrigações das partes. A partir de então, verificar-se-á a possibilidade estrutural de abusos por parte do franqueado, corroborada por casos práticos que evidenciam a premência de tal análise.

1.2 Questões técnicas

Ao longo do trabalho, empregaram-se indistintamente os termos *franchising* e seu correspondente franquia. O termo em português é criticado² por ser menos abrangente que o original, de modo que não se prestaria à definição do complexo instituto em análise; no

²Nesse sentido, Marcelo CHERTO, *Franchising: revolução no marketing*, 2ª ed, São Paulo, McGraw-Hill, 1988, pp. 7-8, e Adalberto SIMÃO FILHO, *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pp. 20-21.

entanto, já foi largamente adotado, ao mesmo tempo em que o uso de *franchising* também não decaiu. Tendo isso em vista, e sem que se pretenda fazer uma crítica quanto à nomenclatura, simplesmente se utilizaram as duas variantes.

Quanto às partes contratantes, por outro lado, deu-se preferência aos termos traduzidos, por terem uso francamente majoritário. Empregou-se o termo ‘franqueador’ como referente à pessoa jurídica que introduz no mercado um conceito peculiar de venda de produtos ou prestação de serviços, fazendo uso do sistema de franquias para aprimorar seus negócios e possibilitar crescimento sem tantos ônus; e ‘franqueado’ como a pessoa jurídica que geralmente se constitui especificamente para adentrar em tal cadeia³, seguindo as orientações do franqueador também no que se refere à sua condução, que se vincula às pessoas físicas elegidas como aptas e fazer parte da rede.

³Conforme Fran Martins (*Contratos e obrigações comerciais*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 441): “o franqueado (*franchisee*) é também uma empresa individual ou coletiva que quase sempre se forma com a finalidade de fazer a distribuição do produto. Em regra, as operações de franquia são destinadas às médias empresas, essas são geralmente constituídas como sociedades empresárias. Nada impede que uma empresa *já formada* passe a ser franqueada; o comum, no entanto, é a empresa se formar para as operações de franquia.”

2. HISTÓRICO E PERSPECTIVAS

2.1 Histórico Geral

O termo *franchising* deriva do francês *franchisage*, que designava, no período feudal, um privilégio concedido pela Igreja ou pelo rei, a súditos ou cidades⁴. Era pouca a semelhança com a acepção atual, a não ser pelo aspecto da outorga de autonomia; não obstante, o instituto foi se aperfeiçoando a partir das guildas, no século XII, e passou a ser usado por comerciantes no século XV⁵, evoluindo de acordo com as práticas comerciais e adquirindo contornos mais parecidos com os caracteres atuais.

Trata-se, portanto, de um genuíno instituto mercantil, nascido das necessidades econômicas, e adaptado paulatinamente para melhor atendê-las. Segundo José CRETELLA NETO⁶, o contrato de franquia

foi, portanto, o resultado de uma evolução não programada, que ocorreu em campos da atividade econômica que necessitavam de um mecanismo de crescimento acelerado, garantindo aos contratantes a necessária segurança jurídica para seus empreendimentos.

Considera-se que o formato moderno do contrato de *franchising* foi primeiramente observado a partir de 1850, quando a empresa de costura *Singer Sewing Machine*, de Connecticut, EUA, expandiu sua rede sem investimento próprio, por meio de comerciantes credenciados a utilizar sua marca, produtos, técnicas e *know-how* na abertura de novas lojas⁷. Seu sucesso incentivou outros empresários a adotar a mesma estratégia, como a General Motors, em 1898, e a Coca-Cola, cuja experiência é considerada um marco na história desse tipo contratual.

A bebida foi criada em 1886 por John Pemberton, um farmacêutico de Atlanta, como tônico medicinal, e após sua morte, em 1888, o sócio Asa Griggs Candler tornou-se o único proprietário da fórmula. Candler passou a adotar técnicas de marketing mais agressivas, contratando representantes e munindo-os de brindes representativos da marca - o que a tornou mais conhecida e procurada. Para suprir o aumento da demanda, Joseph Biedenharn propôs,

⁴Segundo Ana Cláudia REDECKER, “as cidades franqueadas eram as que podiam usar, em seu benefício, uma vantagem ou privilégio até então reservados aos senhores feudais. Nesses termos, cidade *franche* ou *franchiseé* (franqueada) era a que oferecia a livre circulação de pessoas e de bens que por ela transitassem.” In: *Franquia empresarial*, São Paulo, Memória Jurídica, 2002, pp. 26-27.

⁵José CRETELLA NETO, *Manual Jurídico do Franchising*, São Paulo, Atlas, 2003, p. 47.

⁶José CRETELLA NETO, *Manual cit.* (nota 5 supra), p. 47.

⁷Ana Cláudia REDECKER, *Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 27.

em 1894, que a bebida passasse a ser engarrafada, e Candler, apesar de adotar a ideia, não percebeu que ela era a chave para o estrondoso sucesso que a marca alcançaria anos depois, e que até hoje se mantém. Assim, em 1899 ele vendeu a Benjamin Thomas e Joseph Whitehead, por apenas um dólar, o direito de engarrafar e vender com exclusividade a bebida. Thomas e Whitehead passaram a usar o sistema de franquias para acelerar a expansão da marca pelos Estados Unidos, por meio de engarrafadores independentes, cujo número cresceu vertiginosamente desde então.⁸ Segundo José CRETELLA NETO⁹:

Ao *franchising* como forma contratual tem sido atribuída a ferramenta que possibilitou o extraordinário desenvolvimento da Coca-Cola no mercado dos EUA, a partir do início, com duas unidades de engarrafamento, até as mais de mil unidades existentes, num período de 30 anos. O mesmo caminho seguiram dezenas de outras marcas de bebidas, nos mais variados segmentos de mercado.

Tal exemplo de sucesso comercial não pode ser desprezado. Para Marcelo CHERTO¹⁰,

o verdadeiro desenvolvimento do *franchising*, como método para a expansão dos negócios de empresas dos mais variados setores, se deu a partir do início do século XX, quando os outros fabricantes americanos de automóveis, copiando a pioneira GM, e também os outros fabricantes de refrigerantes, concorrentes da Coca-Cola, seguindo o exemplo desta, estabeleceram ou ampliaram suas redes de distribuição através de *franchises* outorgados a comerciantes engarrafadores espalhados por todo o país.

Assim, outras marcas norte-americanas aderiram ao *franchising*, como a *Frankford Grocers Association*, em 1892; a *Rexall Drugstores*, em 1902, precursora das lojas de conveniência; os supermercados *Piggly Wiggly*, em 1917; a locadora de veículos *Hertz Rent-a-Car*, em 1921; a *World Radio Corporation*, em 1923, que inovou ao aumentar a integração entre suas unidades; e o primeiro *franchising* de *fast food*, a *A&W Root Beer*, em 1925, cuja experiência demonstrou a necessidade de padronização dos produtos ofertados pelos estabelecimentos de uma rede de franquias: seu sucesso decaiu quando cada loja começou a variar o cardápio a seu bel-prazer, sem uniformização nem mesmo quanto aos preços. Nos anos 30, postos de combustível passaram a empregar também o *franchising*, impulsionadas pelo desenvolvimento da indústria automobilística.¹¹

O auge do sistema de franquias, no entanto, se deu após a Segunda Guerra Mundial, estimulado pela conjuntura econômica dos EUA: ex-soldados que buscavam se reinserir no mercado de trabalho, contando, para isso, com ajuda governamental, e empresários que

⁸Histórico a partir de Marcelo CHERTO, *Franchising cit.* (nota 2 supra), p.11; José CRETELLA NETO, *Manual cit.* (nota 5 supra), pp. 48-49; e <http://heritage.coca-cola.com/> [16-12-2012].

⁹*Manual cit.* (nota 5 supra), p. 49.

¹⁰*Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 12.

¹¹Marcelo CHERTO, *Franchising cit.* (nota 2 supra), pp. 12-13; José CRETELLA NETO, *Manual cit.* (nota 5 supra), p. 49.

lucraram com a guerra e pretendiam expandir os negócios que já detinham¹². Marcelo CHERTO¹³ assim descreve tal contexto:

(...) milhares de ex-combatentes, homens capazes, ambiciosos e preparados, mas com pouca disponibilidade de dinheiro, retornaram para os Estados Unidos imbuídos do desejo de estabelecer seus próprios negócios.

Para esses homens, geralmente com pouca ou nenhuma experiência anterior na condução de empresas, o *franchising* se tornou a saída mais adequada, senão a única alternativa, para a realização do grande sonho de se tornarem seus próprios patrões, inclusive pela facilidade de obtenção de financiamentos especiais junto à Small Business Administration, um órgão do Governo Federal, subordinado ao Departamento de Comércio Americano, que tem por função estimular e viabilizar a implantação e sobrevivência de pequenos negócios e que já naquela época estava ciente de que a aquisição de um *franchise* representava, na maioria dos casos, a alternativa financeira e até socialmente menos onerosa para aqueles que desejavam se estabelecer por conta própria, mas não dispunham dos conhecimentos, da experiência ou da estrutura necessários.

Considera-se que nesta época surgiu o modelo de franquia mais utilizado hoje em dia, o *business format franchising*¹⁴. Também remonta a tal período a difusão da mais representativa rede de franquias até hoje, à qual se deve a consolidação definitiva desse modelo contratual: McDonald's.

Em 1937, os irmãos Richard e Maurice McDonald montaram um drive-in em Pasadena, Califórnia, cujo sucesso os levou a abrir outro, maior, em San Bernardino, em 1940. Oito anos depois, esse segundo drive-in foi otimizado por seus donos, que passaram a adotar guichês ao invés de *carhops* (garçons em patins), padronizaram os lanches e remodelaram a cozinha, racionalizando-a para aumentar a produtividade e a rapidez. Tais mudanças trouxeram significativo aumento dos lucros, e os irmãos perceberam que seu sistema se adequava ao *franchising*. Estabeleceram, então, o primeiro contrato nesse sentido em 1952, mas pretendiam escolher um representante para lidar com *franchisings* em escala nacional.

Assim, em 1954, Ray Kroc, vendedor de equipamentos para preparo de *milk shakes*, interessou-se pelo potencial da empresa e adquiriu dos irmãos McDonald o direito de negociar franquias da rede, com exclusividade, no território dos EUA. Kroc detinha a maior parte dos royalties pagos pelos franqueados e era o responsável por lhes prestar toda a assistência necessária, a partir de uma unidade instalada em Des Plaines, Illinois, operada diretamente

¹²Glória Cardoso de Almeida CRUZ, *Franchising*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, pp. 5-6.

¹³*Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 13.

¹⁴A ser analisado no capítulo seguinte.

por ele. Em 1955, Kroc fundou o que é hoje a McDonald's Corporation, tendo adquirido posteriormente dos irmãos McDonald todos os demais direitos relativos ao empreendimento.

A partir de então, a expansão foi vertiginosa: em 1965, passaram a ser vendidas ações; em 1967, foram abertas as primeiras unidades fora dos EUA; em 1968, surgiu o Big Mac, sanduíche que se tornaria símbolo da marca. O primeiro restaurante no Brasil foi inaugurado no Rio de Janeiro em 1979, e hoje a rede está presente em 118 países¹⁵.

Marcelo CHERTO¹⁶ atribui o crescimento exponencial da cadeia à estratégia adotada por Kroc de prestar o máximo de assistência aos franqueados, tendo em vista que o sucesso da rede como um todo depende do sucesso de cada unidade. Assim, Kroc procurava agir com transparência e lealdade, estimulando cada franqueado para que ele fosse tão bem-sucedido quanto a franqueadora em si. Talvez por esta razão o McDonald's tenha conseguido ultrapassar concorrentes que estavam há mais tempo no mercado, como o Burger King.

É interessante nos determos nesse caso para analisar mais extensamente os elementos que levaram a rede a esse estrondoso sucesso. A assistência aos franqueados não pode ser vista apenas como uma casualidade que se revelou decisiva; antes, é componente fundamental do contrato de franquia, que tem suas bases justamente na relação de confiança e apoio mútuo desenvolvida entre as partes. Nesse sentido, a história do McDonald's deve ser encarada do ponto de vista da extrema perspicácia de Ray Kroc, que, apesar de não ser o criador primeiro da marca, teve tal visão negocial e consciência da importância do apoio ao franqueado que praticamente reconstruiu as bases lançadas originalmente pelos irmãos McDonald, aprimoramento que se mostrou providencial, e sem o qual não se pode afirmar que o sucesso da empresa seria o mesmo. Para José CRETELLA NETO¹⁷,

o segredo de Ray Kroc constitui, hoje, a base de qualquer operação de *franchising* de sucesso: o tratamento dos franqueados como aliados e parceiros, em uma rede de negócios que não visa somente ao interesse individual de cada loja, e sim, à atuação estratégica e de *marketing* da cadeia em sua totalidade, a que se dá o nome de *networking*.

Vê-se, aqui, como a relação entre franqueado e franqueador foi remodelada ao longo da evolução desse contrato – nos primórdios, o franqueado era praticamente um mero representante que ajudava a cadeia a se difundir, obtendo, com isso, retorno financeiro. Neste

¹⁵Histórico a partir de Marcelo CHERTO, *Franchising cit.* (nota 2 supra), p.152-154; José CRETELLA NETO, *Manual cit.* (nota 5 supra), pp. 50-52; e http://www.aboutmcdonalds.com/mcd/our_company/mcdonalds_history_timeline.html [17-10-12].

¹⁶*Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 153.

¹⁷*Manual cit.* (nota 5 supra), p. 52.

ponto, por sua vez, já se tem a noção de franqueado como elemento fundamental da rede, que faz jus a assistência e lealdade por parte do franqueador. Da mesma forma, os franqueados não devem atuar como concorrentes entre si, tendo em vista justamente a importância de cada um, em uma espécie de sinergia determinante para o sucesso de uma franquia.

Enfim, o caso McDonald's ilustra o enorme potencial de êxito de um *franchising* bem conduzido e inspirou a difusão do sistema para os mais diversos setores e em praticamente todos os países, aliada à crescente internacionalização das redes.

José CRETELLA NETO¹⁸ aponta igualmente a importância dos anos 50 e 60 para o crescimento do *franchising*, com a expansão das redes americanas não apenas dentro do vasto território dos EUA, como também para a Europa. Não obstante, seguiram-se períodos de crise, decorrentes de desconhecimento e despreparo por parte dos que pretendiam atuar na área, mas conjunturais: a permanência do sistema de franquias como excelente opção no mercado não foi alterada¹⁹.

Hoje em dia, o modelo encontra-se consolidado e em expansão praticamente constante. A crise financeira de 2008 afetou particularmente alguns mercados, como o americano, mas a consequente diminuição no número de estabelecimentos franqueados não se refletiu no volume de vendas, que, pelo contrário, continuou a aumentar. De modo geral, o *franchising* teve melhor resistência que as vendas diretas, o que demonstra sua consolidação; e em 2012 houve um crescimento de 23% no número de marcas que adotam tal modelo²⁰.

2.2 O sistema de franquias no Brasil

2.2.1 Surgimento e desenvolvimento

No Brasil, a experiência considerada pioneira remonta a 1910, quando Arthur de Almeida Sampaio, fabricante dos calçados *Stella*, expandiu sua marca por todo o Estado da Bahia por meio da seleção de representantes que já trabalhavam no ramo, de forma que não era necessário investir na instalação de novos pontos comerciais; bastava disponibilizar seus produtos para venda nesses outros estabelecimentos, identificando-os para que se tornassem

¹⁸Manual cit. (nota 5 supra), pp. 52-53.

¹⁹Segundo Ana Cláudia REDECKER (*Franquia cit.*, nota 4 supra, p. 31), “a tendência do comércio mediante o sistema de *franchising* criado nos EUA é de visível crescimento, sendo, outrossim, uma tendência mundial.”

²⁰Dados noticiados pela mídia recente, disponíveis em

<http://www.portaldapropaganda.com.br/portal/propaganda/34241--discussao-sobre-panorama-do-franchising-norte-americano-e-destaque-do-1o-dia-da-delegacao-bittencourt-na-convencao-da-ifa> e <http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=14&codC=1825> [11-03-13].

conhecidos, num primórdio de padronização visual. Considerado precursor do sistema no país, tal procedimento se caracterizava pela informalidade, que hoje não é mais apta a regular relações econômicas complexas entre agentes conhecedores da dinâmica de mercado – mas que, nesse primeiro momento, mostrou-se bem sucedida²¹.

Assim, ainda que houvesse, há muito, franquias isoladas, as escolas de idiomas Yázigi e CCAA foram pioneiras em adotar esse modelo empresarial com maior sucesso e visibilidade, em 1950 e 1969, respectivamente²². Posteriormente, as mudanças de valores decorrentes da urbanização e do surgimento de meios de comunicação com alcance nacional levaram ao aumento da demanda por serviços rápidos, especializados, de qualidade reconhecida e próximos ao consumidor, o que acabou por contribuir com a consolidação do modelo de franquia, baseado justamente na especialização, na difusão territorial e no apelo da marca. Para Ana Cláudia REDECKER²³:

A adoção do instituto da franquia no Brasil representou uma forma de vencer a carência de recursos para atender com maior eficiência o rápido crescimento dos setores de produção e consumo, ou seja, através da adoção de procedimentos administrativos modernos buscou-se sanar as necessidades fundamentais da grande parte das empresas comerciais, principalmente as de pequeno e médio porte, como, por exemplo, os inconvenientes decorrentes da inexistência de um sistema de informações no mercado, capaz de orientar o próprio processo produtivo, que prejudicava a análise de problemas de abastecimento.

José CRETELLA NETO²⁴ aponta a década de 70 como o período em que o *franchising* efetivamente se consolidou no Brasil:

Somente a partir dos anos 70, no entanto, passou o *franchising* a ser a modalidade preferida de negócios de pequeno e médio porte, não apenas em virtude das sucessivas crises econômicas pelas quais atravessou o país (em particular: choques do petróleo de 1973 e 1979, recessão dos anos 1981-1983, e depois, em 1990-1992, e 2000-2002), que motivaram investidores ou profissionais a buscar refúgio numa modalidade de comércio percebida como “segura” (ou, pelo menos, que tinha melhores chances de sucesso), mas também para atender a uma população urbana crescente, que necessitava de inúmeros serviços para os quais não dispunha de tempo ou de vontade para executar (por exemplo: lavanderias, pequenos consertos, locação de veículos, escolas de idiomas e de informática).

Já para Ana Cláudia REDECKER²⁵, Jorge Pereira ANDRADE²⁶ e Glória Cardoso de Almeida CRUZ²⁷, o período mais significativo, em que o sistema teve expansão vertiginosa,

²¹Histórico a partir de Glória Cardoso de Almeida CRUZ (*Franchising cit.*, nota 12 supra, pp. 6-7) e Ana Cláudia REDECKER (*Franquia cit.*, nota 4 supra, p. 31).

²²O primeiro estabelecimento do CCAA surgiu em 1961, mas o modelo de franquia apenas foi adotado oito anos depois. Já o Yázigi adotou o *franchising* no mesmo ano de sua criação, em 1950. Dados disponíveis em <http://www.ccaa.com.br/sobre-o-ccaa/> e <http://www.yazigi.com.br/sobre-a-marca> [12-03-13].

²³*Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 31

²⁴*Manual cit.* (nota 5 supra), p. 53.

²⁵*Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 32.

corresponde ao pós-1986. No começo da década de 80, a inflação galopante que assolava o país tornava ligeiramente mais vantajoso, porque menos arriscado, aplicar o dinheiro a investir em um novo negócio. Com a edição do Plano Cruzado, no entanto, a remuneração das aplicações foi limitada a 0,5% ao mês, o que levou um grande número de pessoas a iniciar pequenos negócios, e daí se deu a preferência pelo *franchising*²⁸ – e a estabilidade, o suporte do franqueador e as grandes chances de sucesso²⁹ que caracterizam este modelo negocial levaram à sua popularização, com crescimento constante no número de unidades a partir deste período.

Nas palavras de Glória Cardoso de Almeida CRUZ³⁰:

E conseqüentemente, em 1986, completava-se assim o que faltava para a explosão do *franchising* no Brasil. Esta deu-se, basicamente, por três motivos. O primeiro deles foi a vontade presente em quase toda a classe média de possuir seu próprio negócio. O segundo surgiu como consequência do Plano Cruzado: quem costumava aplicar no mercado financeiro seu dinheiro disponível perdeu essa opção de especular. O terceiro foi decorrente do recrudescimento da inflação, ocorrido a partir de 1987, que teria sido apontado como o fator que trouxe segurança e indícios de sucesso aos pequenos empreendedores.

Enfim, a partir desta época observa-se a consolidação definitiva das franquias na economia nacional, e com crescente importância; tanto que em 1987 foi criada a Associação Brasileira de *Franchising*, entidade de destaque internacional que congloba franqueados, franqueadores, consultores e prestadores de serviço com o fito de colaborar com o

²⁶*Contratos de franquia e leasing*, São Paulo, Atlas, 1993, p. 17.

²⁷*Franchising cit.* (nota 12 supra), p. 9.

²⁸E porque houve muitas falências decorrentes de despreparo dos novos empreendedores – o que naturalmente também ocorre no âmbito das franquias, mas em menor grau. Ademais, há que se considerar as dificuldades de se iniciar e manter um pequeno negócio no Brasil. Segundo estudo intitulado “O Sistema Financeiro e as Micro e Pequenas Empresas: diagnósticos e perspectivas” (disponibilizado pelo SEBRAE em http://www.mte.gov.br/pnmpo/sistema_financeiro_e_as_mpe.pdf [26-07-2012]), a grande restrição ao crédito, não obstante a solidez das instituições financeiras, prejudica sobremaneira o desenvolvimento de atividades empresariais de menor porte, e tende a diminuir ainda mais quando há iminência de crise econômica; quando há perspectivas de melhora, por outro lado, a oferta de crédito tende a aumentar, conforme se deu logo após a implantação do Plano Cruzado – o que, aliado ao contexto de valorização do trabalho autônomo, levou ao surgimento de novas micro e pequenas empresas, as quais “são responsáveis por mais da metade dos empregos com carteira assinada do Brasil. Se somarmos a isso a ocupação que os empreendedores geram para si mesmos, pode-se dizer que os empreendimentos de micro e pequeno porte são responsáveis por, pelo menos, dois terços do total das ocupações existentes no setor privado da economia.” (pesquisa “Taxa de sobrevivência das empresas no Brasil”, igualmente disponibilizada pelo SEBRAE, em: [http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/45465B1C66A6772D832579300051816C/\\$File/NT00046582.pdf - p. 4.](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/45465B1C66A6772D832579300051816C/$File/NT00046582.pdf - p. 4.) [26-07-2012]).

²⁹Hoje em dia, segundo Marcelo Cherto (citado por CASTRO, Gleise, *Nova classe média impulsiona o setor*, in: *Revista Valor Econômico Setorial – Franquias*, abr. 2013, pp. 10-14, p. 13), enquanto o índice de mortalidade de empresas independentes gira em torno de 60%, no mercado de franquias não chega a 5%, devido a toda a assistência e conhecimento passados pelo franqueador.

³⁰*Franchising cit.* (nota 12 supra), p. 9.

desenvolvimento desse modelo empresarial. De acordo com a pesquisa “Censo do *Franchising*” do ano 2000³¹,

o *franchising* brasileiro apresentou no quadriênio de 1995-1999 um desempenho, no mínimo, excepcional. Enquanto diversos segmentos da economia apresentaram uma retração nesses últimos anos, o setor (*franchising* de marcas e produtos mais negócios formatados) registrou um crescimento do faturamento em dólares da ordem de 19%: de 63,2 bilhões em 1995, o faturamento subiu para 75,2 bilhões em 1999. Se convertido a reais, o faturamento do sistema de *franchising* apresentou crescimento de 135%.

(...) esses dados mostram que a formatação dos negócios em franquia tem sido o caminho correto para a solidificação dos negócios em uma economia que sofre os efeitos adversos da globalização.

2.2.2 Situação atual e tendências

De forma geral, “o modelo de negócios ostenta uma trajetória crescente desde o início do século”³². Hoje, o *franchising* no Brasil cresce cada vez mais, tanto no que diz respeito à abertura de novas lojas quanto ao estabelecimento de novas redes. De acordo com a Associação Brasileira de *Franchising*, o faturamento anual no setor no ano de 2012 foi 16,2% maior em relação a 2011, representando, em números absolutos, mais de 103 bilhões de reais. Houve crescimento também no número de redes (19,4%), no de unidades ou pontos (12,3%) e na geração de empregos diretos (12,3%), o que reflete a tendência de expansão que vem se verificando há alguns anos³³. O presente gráfico ilustra a evolução do setor na última década³⁴:

³¹Disponível em <http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=11&codAf=30&codC=1&origem=sobreosetor> [13-03-13].

³²CASTRO, Gleise, *Nova cit.* (nota 29 supra), p. 11.

³³Segundo dados da ABF, “há quase uma década, ano a ano, o *franchising* tem performance positiva diversas vezes superior ao desempenho do PIB nacional”. In: <http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=14&codC=1822> [11-03-12].

³⁴Disponibilizado pela ABF em <http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?LarguraTela=1280&codA=14&codC=1822> [10-03-13].



De acordo com a *Revista Valor Econômico Setorial – Franquias*³⁵, os números demonstram que “melhoria da renda da população, ascensão da nova classe média, adesão de grandes empresas ao modelo de *franchising* e vontade do brasileiro de ter seu próprio negócio são alguns dos fatores que sustentam a acelerada expansão das franquias.”

Outros fatores são, também, a participação mais ativa de mulheres do mercado de trabalho, o interesse de grupos internacionais pelo promissor mercado brasileiro e a maior atenção que bancos e fundos de investimento têm prestado ao setor³⁶.

Por fim, segundo Marcelo Cherto³⁷, a previsão otimista prossegue pelos próximos cinco anos, com crescimento do setor ainda acima da economia. Tudo isso confirma que vivenciamos, hoje, uma conjuntura favorável à expansão cada vez maior do sistema de franquias no Brasil.

2.2.3 Evolução legislativa

³⁵Modelo cresce a uma taxa de 16% ao ano, in: *Revista Valor Econômico Setorial – Franquias*, abr. 2013, p. 4, editorial.

³⁶CASTRO, Gleise, *Nova cit.* (nota 29 supra), p. 12.

³⁷CASTRO, Gleise, *Nova cit.* (nota 29 supra), p. 13.

Com a supracitada expansão do modelo de franquias no final do século XX, a atenção do governo voltou-se para esse tipo contratual e foi identificada a necessidade de regulamentar seu uso, a fim de facilitar a interpretação e coibir abusos³⁸.

Foram feitas, então, tentativas de se conceituar com exatidão o instituto, a exemplo do Código de Autorregulamentação do *Franchising*, elaborado pela ABF para suprir a ausência de lei. Assim, os agentes econômicos teriam ao menos um norte em que se basear para proceder eticamente no mercado.

Tais regulamentações extralegislativas se mostraram ainda mais necessárias ante a demora do legislador para chegar a um consenso: apenas em 1994 foi editada a Lei nº 8.955, sendo que os dois projetos anteriores, de 1989 e 1990, não obtiveram sucesso.

Luiz Rodolfo Cruz e CREUZ e Bruno Batista da Costa de OLIVEIRA³⁹ assim resumem o contexto:

No final do ano de 1994 ingressou no ordenamento jurídico brasileiro uma norma especial, que regulamentava o *franchising*. A lei 8.955, de 15.12.1994, originou-se do Projeto de Lei 318/91, apresentado pelo Dep. Magalhães Teixeira, que buscou regulamentar a matéria, considerando a realidade brasileira daqueles contratos estrangeiros que já vigoravam no Brasil, unicamente respeitando as regras do Direito Contratual, tal qual fixadas pelo Código Civil vigente à época. Assim, considerando os reclamos de diversos setores da economia brasileira, e de entidades ligadas ao *franchising*, o novo regramento pretendeu ampliar os seus horizontes.

Segundo Nelson ABRÃO⁴⁰:

A promulgação da lei específica veio estabelecer maior certeza nas relações entre as partes, bem como sacramentar a tipicidade do contrato de franquia. Entretanto, (...) a preocupação fundamental do legislador foi de “assegurar a transparência nas relações entre franqueado e franqueador”, conforme o asseverou o autor do Projeto em sua justificativa, deixando, por outro lado, muito a desejar no que concerne às obrigações das partes, consequências de certos tipos de inadimplemento, etc.

Pode-se ver, então, que a referida lei, longe de regular exaustivamente o tema, limitou-se a apresentar linhas gerais e salientar o dever de transparência. Embora uma legislação mais abrangente pudesse acabar por engessar o instituto, prejudicando sua concretização, seria interessante ao menos um pouco mais de determinações, para evitar abusos e dúvidas.

³⁸Como se disse anteriormente, a franquia é um típico instituto mercantil, que surgiu da prática comercial e apenas foi regulado quando seu uso se popularizou.

³⁹*Indenizações no sistema de franquia empresarial*, in *Revista dos Tribunais*, v. 852, São Paulo, ano 95, out. 2006, p. 56.

⁴⁰*A lei da franquia empresarial* (nº 8.955, de 15/12/1994), in *Revista dos Tribunais*, v. 722, São Paulo, ano 84, dez. 1995, p. 26.

Tal preocupação com eventual excesso legislativo inclusive levou alguns autores a crer desnecessária qualquer intervenção legal,

sendo melhor que a ‘moralização’ da atividade se dê por influência e interferência dos próprios interessados através da Associação Brasileira de *Franchising*, que nos parece apta a adotar as medidas que se façam necessárias para a auto-regulamentação do *franchising* (...) ⁴¹

Sob esse ponto de vista, a Lei 8.955/94 é louvável, por não interferir em demasia na autonomia privada das partes. Suas principais determinações, bem como caracteres essenciais do contrato de *franchising*, serão analisados no capítulo seguinte.

⁴¹Marcelo CHERTO, *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 78.

3. O CONTRATO DE *FRANCHISING*

Diversas são as características contratuais que devem ser analisadas, não apenas com base no texto da Lei 8.955/94, mas em consideração, também, a questões práticas que ela deixou de contemplar, e que são tão ou mais importantes. Antes disso, no entanto, faz-se necessário buscar um conceito de tal contrato.

3.1 Conceituação

Conforme já salientado, o contrato de franquia surgiu da necessidade econômica, adaptando-se de acordo com o período histórico e evoluindo conforme a prática mercantil⁴². A partir daí, vê-se claramente que não se trata de instituto regulado, de início, por lei; pelo contrário, somente após sua consolidação no mercado é que os agentes sentiram necessidade de regulamentação específica, de forma a dirimir dúvidas e coibir eventuais abusos, diminuindo, por fim, os custos de transação e aumentando a eficiência econômica da contratação⁴³.

No entanto, a edição de leis não obedece à celeridade das demandas do mercado. Para não comprometer sua dinâmica, e com o fito de nortear a atuação dos players, as associações de *franchising* de cada país⁴⁴ passaram a publicar manuais próprios, em que delineavam as características do instituto e propunham patamares de atuação com base na boa-fé e na lealdade contratual. Tais publicações não tinham, contudo, força de lei; serviam como parâmetro para guiar os interessados em atuar no mercado de franquias.

⁴²Para Sílvio de Salvo VENOSA (*Direito civil – contratos em espécie*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, p. 542), “a utilização do sistema foi implantada pelos usos mercantis, como sói acontecer nesse campo, para depois ser o negócio recepcionado pela legislação.”

⁴³Segundo Paula FORGIONI (*Teoria cit.*, nota 1 supra, p. 60): “A empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens que desvantagens. As contratações são também resultado dos custos de suas escolhas; o agente econômico, para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos que deverá incorrer para a contratação de terceiros (‘custos de transação’).” Para Paulo FURQUIM AZEVEDO (*Contratos – uma perspectiva econômica*, in ZYLBERSZTAJN, Decio - SZTAJN, Rachel (org.), *Direito e economia – análise econômica do direito e das organizações*, 2ª reimpressão, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 114), “contratar é uma atividade custosa e, portanto, o modo de se proceder a contratação é relevante para atenuar esses custos, com efeitos diretos sobre o desempenho econômico. Paralelamente, as análises que tomaram como fundamento que as pessoas têm limites cognitivos e que o uso do Judiciário não é instantâneo e sem custos mostraram que o desenho dos contratos era um dos principais fundamentos do custo das interações humanas e, portanto, das possibilidades de desenvolvimento econômico e do desempenho das empresas.”

⁴⁴A exemplo da International Franchise Association (IFA), criada em Chicago nos anos 60 (<http://emarket.franchise.org/Timeline/IFA-Timeline25.html>), e da British Franchise Association (bfa), surgida em 1977 (<http://www.thebfa.org/>).

José CRETELLA NETO⁴⁵ aponta também as distintas nuances dos conceitos de franquia editados por meio de entidades do setor ou atividade legislativa. Tais diferenças decorrem tanto de especificidades do sistema jurídico – *common law* ou de base romana – quanto do foco que se pretende dar: a juridicidade do instituto ou a lógica do mercado. Assim, os conceitos são mais ou menos elaborados ou pragmáticos, abordando diferentes aspectos, de acordo com a determinação desse enfoque.

Nesse sentido, António MENEZES CORDEIRO⁴⁶ também cita a dificuldade de conceituar o instituto, haja vista as variadas formatações compreendidas pelo termo *franchising*.

Em artigo pioneiro sobre o tema, em 1978, Rubens REQUIÃO⁴⁷ acabou por equiparar o contrato de franquia à concessão de vendas com exclusividade, justamente em decorrência da pouca clareza dos conceitos então existentes – a exemplo do proposto pelo Conselho de Desenvolvimento Comercial do então Ministério da Indústria e do Comércio, que, ante a ausência de definição legal, e visando a tutelar o tipo contratual que tanto se destacava na economia da época, assim tentou defini-lo⁴⁸:

Franquia é um sistema de distribuição de bens e serviços, pelo qual o titular de um produto, serviço ou método, devidamente caracterizado por marca registrada, concede a outros comerciantes, que se ligam ao titular, por relação contínua, licença e assistência para exposição do produto no mercado.

A insuficiência de tal conceito demonstrou a necessidade de se chegar a uma definição abrangente e efetivamente individualizante, que coibisse a confusão entre institutos, levando outros órgãos interessados no tema a debater alternativas. A ABF, criada em 1987, editou também o Código de Autorregulamentação do *Franchising*⁴⁹, em que indicava uma base ética de como proceder no mercado. Tal código foi usado como alicerce para a criação da Lei

⁴⁵ *Manual cit.* (nota 5 supra), pp. 13-14.

⁴⁶ *Do contrato de franquia ('franchising') - Autonomia privada versus tipicidade negocial*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro88.pdf, p. 67, nt. 10.

⁴⁷ *Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas*, in *Revista dos Tribunais*, v. 513, São Paulo, ano 67, jul. 1978, pp. 41-62. *In verbis*: “Não temos dúvida de que a expressão ‘franquia comercial’, recentemente introduzida no vocabulário jurídico brasileiro, corresponde ao conhecido instituto da concessão comercial com exclusividade.” (p. 42).

⁴⁸ *Franquia comercial*, in *Cadernos Técnicos nº 2*. Conforme citado por REQUIÃO, *Contrato cit.* (nota 47 supra), p. 43.

⁴⁹ Disponível em <http://www.portaldofranchising.com.br/> [12-09-2012].

8.955/94, institucionalizando o dever de transparência⁵⁰. Justamente por tal motivo a definição ali trazida foi copiada quase que literalmente para a composição da lei⁵¹:

Sistema pelo qual um Franqueador cede ao Franqueado o direito de uso de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócios ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Na doutrina, são também diferentes os meios de se conceituar o contrato de franquia, como se vê a partir dos seguintes autores:

Waldirio BULGARELLI⁵²:

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 da sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma porcentagem calculada sobre o volume dos negócios. Repousa sobre a cláusula de *exclusividade*, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade.

Orlando GOMES⁵³:

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 sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração.

Fran MARTINS⁵⁴:

... o contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligados por vínculo de subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos.

Fabio Ulhoa COELHO⁵⁵:

A franquia é um contrato pelo qual um empresário (franquiador – *franchisor*) licencia o uso de sua marca a outro (franquiado – *franchisee*) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos.

Arnaldo RIZZARDO⁵⁶:

⁵⁰Dados disponíveis em

<http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=65&codAf=125&codC=4&origem>
=. [17-04-13].

⁵¹Conforme se observa do cotejo de tal definição com a apresentada no artigo 2º da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.

⁵²*Contratos mercantis*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1988, p. 484.

⁵³*Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 467.

⁵⁴*Contratos cit.* (nota 3 supra), p. 440.

⁵⁵*Manual de direito comercial*, 16ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 439.

⁵⁶*Contratos*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 1390.

Através do contrato de franquia ou *franchising*, desenvolve-se um sistema de distribuição de bens e serviços, pelo qual o titular de um produto, serviço ou método, devidamente caracterizado por marca registrada, concede a outro comerciante, que se liga ao titular por relação contínua, licença e assistência para a expansão do produto no mercado.

Carlos Alberto BITTAR⁵⁷:

Caracteriza-se o contrato de *franchise* pela licença outorgada a empresa comercial autônoma, para a colocação de produtos no mercado com o uso da marca do titular, que lhe presta assistência técnica e comercial, tudo mediante percentual incidente sobre o respectivo faturamento.

Ana Cláudia REDECKER⁵⁸:

... forma de colaboração comercial entre empreendedores independentes, regulada por um contrato, no qual uma parte – franqueador- concede a uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas – franqueados- o direito de utilizar da própria razão social e/ou da própria marca e, eventualmente, de outros sinais distintivos, para a venda de produtos ou prestação de serviços, sobre a base de um conceito previamente desenvolvido e consolidado no mercado, com assistência técnica para sua comercialização, sem vínculo de subordinação, valendo-se do recíproco interesse, recebendo em troca uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre o movimento de vendas; o franqueador controla a utilização da marca e dos sinais distintivos utilizados pelo franqueado com o fim de garantir uma prestação uniforme ao público e uma qualidade constante dos produtos e/ou serviços oferecidos.

Adalberto SIMÃO FILHO⁵⁹:

...entendemos que *franchising* é um sistema que visa a distribuição de produtos, mercadorias e serviços em zona previamente delimitada, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato(s) mercantil(is) celebrado(s) por comerciantes autônomos e independentes, imbuídos de espírito de colaboração estrita e recíproca, pelo qual, mediante recebimento de preço inicial apenas e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado, o franqueador lhe cederá, autorizará ou licenciará para uso comercial, propriedade incorpórea constituída de marcas, insígnias, título de estabelecimento, *know-how*, métodos de trabalho, patentes, fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente no comércio específico.

Nelson ABRÃO⁶⁰:

...a franquia empresarial é um contrato pelo qual o titular de u'a marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador) concede seu uso a outro empresário (franqueado), posicionado ao nível de distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume de negócios.

Expoente da doutrina portuguesa, António Menezes CORDEIRO⁶¹ assim define o instituto:

⁵⁷ *Contratos comerciais*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008, p. 207.

⁵⁸ *Franquia cit.* (nota 4 supra), pp. 39-40.

⁵⁹ *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 22.

⁶⁰ *A lei cit.* (nota 40 supra), p. 27.

⁶¹ *Manual de direito comercial*, 2ª ed., Coimbra, Edições Almedina, 2009, p. 682.

[No contrato de franquia], uma pessoa – o franqueador- concede a outra – o franqueado-, dentro de certa área, cumulativamente ou não:

- a utilização de marcas, nomes ou insígnias comerciais;
- a utilização de patentes, técnicas empresariais ou processo de fabrico;
- assistência, acompanhamento e determinados serviços;
- mercadorias e outros bens, para distribuição.

Vê-se, portanto, que, não obstante a supracitada diferença de enfoque das definições – ora mais abrangentes e técnicas, ora mais práticas e voltadas a aspectos do mercado -, alguns elementos são frequentemente citados, compondo o núcleo básico do multifacetado contrato de franquia. São eles: i) a transferência, por meio de um contrato, de um direito de seu titular (o franqueador) para um beneficiário (o franqueado), que o explorará comercialmente, em paralelo ao titular, quer se trate de venda ou fabricação de produto ou prestação de serviço - tal característica compõe o cerne do *franchising*, sendo que o próprio termo a ela remonta, em suas origens históricas⁶²; ii) a assistência técnica oferecida pelo titular ao beneficiário, para que ele desenvolva a atividade de forma bem-sucedida, nos moldes pré-formatados; iii) a contraprestação pela disponibilização de *know-how* e assistência, na forma de pagamento de royalties e outras taxas do beneficiário ao titular; iv) o fato de tal contratação não implicar em confusão jurídica entre os entes, de forma que o beneficiário mantém sua independência; não se configura vínculo trabalhista ou consumerista.

A partir de tais caracteres básicos, pode-se figurar a formatação usual de um contrato de franquia: trata-se de relação comercial entre franqueador e franqueado, sendo que o primeiro, detentor de nome consolidado no mercado, repassa ao segundo sua técnica, *know-how*, marca, produto ou serviço a ser comercializado e contínua assistência para o desenvolvimento do negócio nos moldes determinados, mediante contraprestação. Trata-se, então, de técnica de difusão territorial de marca, que oferece vantagens para ambos os lados: o franqueador se expande sem arcar com os gastos inerentes à abertura de novas lojas, como os de ordem trabalhista; e o franqueado inicia um novo negócio com apoio estrutural e logístico de um ente que há muito atua no setor, conhecendo suas regras e macetes, o que exime o iniciante de muitas das vicissitudes com que teria de aprender a lidar⁶³.

⁶²Conforme apontado no capítulo anterior.

⁶³Tal característica constitui o grande atrativo do contrato de franquia, sendo justamente o que alavancou sua popularidade. Ademais, “o *franchising* gera energia de trabalho, disposição para novos empreendimentos e resultados econômicos surpreendentes, que nenhuma forma de remuneração salarial jamais logrou alcançar. Este lado humano do sistema, resultado do desejo que as pessoas têm de ser, tanto quanto possível, donas de seu próprio negócio, levou a franquia a um desenvolvimento tão profícuo e rápido, quase inalcançável pelo conservadorismo jurídico.” (Luiz Edmundo Appel BOJUNGA, *Natureza jurídica do contrato de franchising*, in *Revista dos tribunais*, v. 653, São Paulo, ano 79, mar. 1990, p. 57). Sebastião José ROQUE tem o mesmo

Daí se entende o porquê da referida dificuldade de conceituar tal contrato: na prática, ele se corporifica de várias maneiras, e pode dizer respeito a diversos tipos de produtos, serviços ou marcas, adaptando-se às especificidades de cada caso. E essa é justamente a razão pela qual seu uso é tão difundido na atualidade, sendo um dos tipos contratuais que mais têm sido aplicado, e com resultados cada vez mais expressivos e atraentes. Segundo VENOSA⁶⁴:

A franquia pode estabelecer a produção dos bens pelo franqueador ou por terceiros autorizados, com sua entrega ao franqueado, ou então a produção de pelo próprio franqueado com a supervisão do franqueador. A riqueza de detalhes, pois admitem-se várias nuances, fica por conta do caso concreto: a matéria-prima para a produção pode ser cedida pelo franqueador ou somente ser adquirida de fornecedores autorizados por ele; pode haver limite territorial de atuação do franqueado, com ou sem exclusividade etc. A qualidade na prestação dos serviços e dos produtos é o maior incentivo para o consumidor final, que se vê atraído por toda a estrutura de cada estabelecimento. Toda a atividade negocial moderna está invadida pelo *franchising* (...). Toda atividade empresarial que forneça produtos e serviços presta-se à franquia e com ela ganha dinamização. Ponto primordial do instituto é permitir a sociabilização de uma estrutura empresarial que seria impossível, se relegada exclusivamente a seu criador. Consequência importante do contrato é permitir a livre iniciativa em grande escala, gerando atividade negocial e circulação de riquezas, paralelamente à permanência e solidificação de grandes corporações.

Apesar de tal complexidade, as várias facetas do contrato de franquia devem ser analisadas, sem o que não se pode compreendê-lo globalmente. Antes de se proceder a tal análise, entretanto, faz-se necessário classificar o contrato.

3.2 Classificação

A classificação do contrato não se restringe meramente ao plano teórico, mas sim, traz consequências práticas⁶⁵. Considerando sua inserção dentre os contratos comerciais⁶⁶, e com vistas à classificação básica, pode-se dizer que estamos diante de **contrato bilateral, comutativo, oneroso, consensual, típico ou atípico – há divergências-, misto, intuitu personae, por adesão e de trato sucessivo.**

entendimento: “entre os contratos de transferência de tecnologia, nenhum conseguiu sucesso tão rápido, abrangente, profundo, como fez o de *franchising*.” (*Dos contratos civis-mercantis em espécie*, São Paulo, Ícone, 1997, p. 213).

⁶⁴*Direito cit.* (nota 42 supra), pp. 543-544.

⁶⁵Conforme assegura Luiz Edmundo Appel BOJUNGA (*Natureza cit.*, nota 63 supra, p. 59): “Não obstante parecer à primeira vista a questão da classificação como eminentemente teórica, cumpre ressaltar as profundas repercussões práticas e consequências legais daí advindas.”

⁶⁶Ana Cláudia REDECKER (*Franquia cit.*, nota 4 supra, p. 42) e Luiz Edmundo Appel BOJUNGA (*Natureza cit.*, nota 63 supra, p. 59) estabelecem que não apenas há tais semelhanças com contratos comerciais, mas que a franquia pode, também, ter caráter meramente civil, se se limitar à prestação de serviços. De modo geral, no entanto, considera-se que se trata de contrato comercial, porque estabelecido entre duas empresas, sendo que ambas têm, então, escopo de lucro, o que confere à contratação uma função econômica peculiar.

Bilateral porque importa o sinalagma, ou seja, a reciprocidade das obrigações das partes. Ainda segundo BOJUNGA⁶⁷,

Nos contratos bilaterais como os de franquia, ambas as partes ocupam simultaneamente a dupla posição de credores e devedores.

A relação sinalagmática do *franchise* se vincula à sua causa, entendida no sentido da função econômica da mesma. A reciprocidade de prestações está diretamente ligada a satisfazer os interesses dos contratantes e que, no contrato, encontram os instrumentos dessa satisfação.

Ou seja, o contrato de franquia é bilateral justamente porque ambas as partes esperam obter uma vantagem econômica, à qual correspondem as obrigações que lhes cabem. Daí a relação do sinalagma com a causa do contrato: franqueador e franqueado se vinculam contratualmente porque veem vantagens na contratação, com a qual alcançam mais eficiência do que se agissem individualmente. Em decorrência, devem cumprir deveres contratuais, definidos de antemão, de modo que nenhuma das partes obtém vantagem de forma gratuita, desvinculada do cumprimento de tais obrigações⁶⁸.

Daí se vê, também, que se trata de figura tipicamente comercial, em que agentes egoisticamente determinados aceitam a configuração de um vínculo com vistas à obtenção de vantagens futuras, maiores do que as vislumbradas com base no agir individual.

A bilateralidade implica diretamente em três questões práticas, concernentes à exceção do contrato não cumprido, à condição resolutiva tácita e à teoria do risco. Pela primeira, prevista nos artigos 476 e 477 do Código Civil de 2002, não é possível a um dos contratantes exigir da outra parte o cumprimento da obrigação antes de ele próprio se desincumbir de cumprir o que lhe cabe; pela resolução tácita, caso realmente haja descumprimento por parte de um dos contratantes, o contrato se extingue por justa causa (mas não de forma automática, conforme artigo 474 do supracitado diploma); por fim, segundo Caio Mário da Silva PEREIRA⁶⁹, “a teoria dos riscos somente tem interesse em relação aos contratos bilaterais, porque só aí existe interesse em apurar qual das partes sofrerá a perda da coisa devida, ou a impossibilidade da prestação.”

⁶⁷ *Natureza cit.*, nota 63 supra, p. 59.

⁶⁸ Nas palavras de Caio Mário da Silva PEREIRA (*Instituições de Direito Civil, Vol. III: Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007, p. 67): “É pacífico que nos contratos bilaterais as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: cada um dos contratantes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu co-contratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte.”

⁶⁹ *Instituições cit.*, nota 68 supra, p. 66.

Estreitamente ligada à noção de bilateralidade⁷⁰ está a de **comutatividade**, que impõe equivalência entre as obrigações das partes. Necessário destacar que não é possível alcançar igualdade absoluta, já que não se pode aferir com precisão o valor exato de cada prestação; em verdade, trata-se de certa correspondência, a fim de se evitar injustiças, com prestações demasiado onerosas para um dos contratantes e vantagens extraordinárias para o outro. Tal correspondência é fixada pelas partes quando da estipulação do contrato, em que há debates e negociações.

Novamente, Caio Mário da Silva PEREIRA⁷¹:

São *comutativos* os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores. Não se exige a igualdade rigorosa destes, porque os bens que são objeto dos contratos não têm valoração precisa. Podendo ser, portanto, estimadas desde a origem, os contratantes estipulam a avença, e fixam prestações que aproximadamente se correspondem.

Do ponto de vista prático, vê-se que aqui incidem regras sobre vícios redibitórios (artigo 441 e seguintes do CC/02), arras (417 e seguintes) e rescisão por lesão (157), diferentemente do que se dá quanto aos contratos aleatórios.

Vemos, portanto, que o *franchising* é claramente **oneroso**, uma vez que nenhuma das partes auferir vantagens de forma gratuita; pelo contrário, não recebe a contraprestação se não agir conforme o determinado contratualmente.

A onerosidade traz, também, três consequências práticas: quanto à responsabilidade civil, cada uma das partes responde por culpa, conforme artigo 392 do CC/02; há responsabilidade por evicção (artigo 447) e vícios redibitórios (441); e, diferentemente do que ocorre em relação a contratos gratuitos, a interpretação contratual não é restritiva.

O contrato de franquia é também **consensual**, porque se aperfeiçoa com a mera externalização da vontade das partes, sem que haja necessidade de atos formais⁷². Isso fica claro com a leitura do artigo 6º da Lei 8.955/94, que aponta a desnecessidade de registrar o contrato. A exigência de forma escrita e testemunhas não se confunde com solenidade, mas

⁷⁰Tanto que Caio Mário da Silva PEREIRA (*Instituições cit.*, nota 68 supra, p. 68) considera que a classificação dos contratos em comutativos e aleatórios é “uma subdivisão dos contratos bilaterais.”

⁷¹*Instituições cit.*, nota 68 supra, p. 68.

⁷²“Contrato consensual não é aquele em que ocorre o consenso (o consenso é necessário em todos os contratos), mas aquele pelo qual o consenso, sempre necessário, é também suficiente. Não se exige qualquer solenidade ou formalidade no consentimento exarado pelas partes.” (Luiz Edmundo Appel BOJUNGA, *Natureza cit.*, nota 63 supra, p. 67).

sim, trata-se de expediente indispensável à garantia de maior segurança e transparência na relação entre os contratantes.

Assim, a assinatura de ambos, aposta corretamente ao contrato, é suficiente para cerrar a avença, desde que não haja, obviamente, vícios da vontade. Conforme Sebastião José ROQUE⁷³:

Aperfeiçoa-se o contrato pelo simples consentimento das partes. Faz nascer obrigações para as partes antes mesmo do início das operações e independente do fornecimento de qualquer mercadoria. Assim, com o “consensus”, o franqueado já está obrigado a pagar taxas iniciais e adquire o direito de colocar à frente do seu estabelecimento a insígnia do franqueador.

Naturalmente que, apesar da não exigência de formalidades, os contratantes prezam pela segurança do negócio que realizam – o que justifica, mais uma vez, a necessidade de forma escrita. Cabe lembrar novamente que estamos no campo do direito comercial, em que os agentes visam ao próprio lucro e sucesso no mercado, de forma essencialmente egoísta; daí ser altamente recomendável que o contrato preveja não apenas os caracteres básicos do negócio, como também hipóteses de rompimento abrupto, má-fé e mau cumprimento dos deveres, por exemplo, o que pode ensejar finalização do pacto e indenização.

Já quanto à **tipicidade**, podemos observar certa divergência doutrinária. Se antes do advento da Lei 8.955/94 a atipicidade era ponto pacífico, tem-se, agora, um cenário dividido: a regulação legal é considerada genérica, de tal forma que o contrato de franquia continuaria sendo atípico, apesar de atualmente nominado, para alguns, ou sem que sequer se diferencie tipicidade da existência de *nomen juris*, para outros; ou, ainda, entende-se que o fato de ser regulado por lei, mesmo que de forma não exaustiva, lhe confere tipicidade.

Representando o primeiro posicionamento, temos Ana Claudia REDECKER⁷⁴:

...*data maxima venia*, divergimos daqueles que entendem ser o contrato de franquia típico, bem como daqueles que utilizam como sinônimo as 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.

Adriana Mandim THEODORO DE MELLO⁷⁵, por sua vez, considera que o fato de a lei ser genérica não afasta a tipicidade do contrato:

⁷³*Dos contratos cit.* (nota 63 supra), p. 214.

⁷⁴*Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 42.

⁷⁵*Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 55-56, grifos da autora.

Não é o maior ou o menor volume de regras legais que torna um contrato típico ou atípico. O que importa é, no ordenamento jurídico, ocorrer o reconhecimento de que a um certo *nomen juris* corresponde um negócio jurídico identificado por um objeto determinado e por uma finalidade específica. Disso resulta uma identificação de direitos e obrigações entre os contratantes que se fazem presentes como efeitos naturais do contrato típico ou nominado.

São, pois, contratos típicos as relações econômicas instrumentalizadas por formas jurídicas, que adquirem *tipicidade* em razão de sua *frequência e uniformidade*.

Tal posicionamento se relaciona à ideia de tipicidade de fato, pela qual determinado instituto é típico se, na prática, tiver caracteres próprios e for utilizado como distinto dos demais, mesmo que não haja qualquer previsão legal relativa a ele:

...para alguns autores, a tipicidade de um contrato independe até mesmo de regulamentação legal específica. Basta que o contrato, no tráfego negocial, adquira nome e se identifique por meio de um complexo de direitos e obrigações constantes.⁷⁶

Trata-se, no entanto, de opinião mais rara.

De forma geral, e em desconsideração a essa diferença entre tipicidade e *nomen juris*, temos, pela tipicidade: Fran MARTINS⁷⁷, externando uma mudança em relação a seu posicionamento anterior, favorável à tese da atipicidade; Fábio PODESTÁ⁷⁸; Nelson ABRÃO⁷⁹; Sebastião José ROQUE⁸⁰; José CRETELLA NETO⁸¹; Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR⁸². Em sentido contrário: Maria Helena DINIZ⁸³; Lina FERNANDES⁸⁴; Fabio Ulhoa COELHO⁸⁵. A tese da tipicidade do contrato de franquia é, de fato, majoritária.

Há, também, autores⁸⁶ que se debruçaram sobre o tema antes do advento da Lei 8.955/94, quando a discussão sobre a tipicidade do instituto praticamente não tinha lugar – como já dito, a ideia de tipicidade de fato não é abraçada pela maioria da doutrina.

Tal discussão não resta inócua. Sobre os efeitos dessa classificação, Caio Mário da Silva PEREIRA⁸⁷:

⁷⁶ *Franquia cit.*, nota 75 supra, p.56.

⁷⁷ *Contratos cit.* (nota 3 supra), p. 445.

⁷⁸ *Contrato de franquia (franchising)*, in HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (or.), MORRIS, Amanda Zoe - BARROSO, Lucas Abreu (coord.), *Direito Civil 3 – Direito dos contratos*, São Paulo, RT, 2008, p. 412.

⁷⁹ *A lei cit.* (nota 40 supra), p. 26.

⁸⁰ *Dos contratos cit.* (nota 63 supra), p. 221.

⁸¹ *Manual cit.* (nota 5 supra), p. 25.

⁸² *Principais características dos contratos de franchising*, in BRUSCHI, Gilberto Gomes et al. (org.), *Direito Processual Empresarial*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, p. 937.

⁸³ *Tratado teórico e prático dos contratos*, V. 4, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 50.

⁸⁴ *Do contrato de franquia*, Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 57.

⁸⁵ *Manual cit.* (nota 55 supra), p. 441, e também *Considerações sobre a lei da franquia*, in *Revista da ABPI*, nº 16, mai/jun 95, p. 16.

⁸⁶ Como, por exemplo, Waldirio BULGARELLI (*Contratos cit.*, nota 52 supra, p. 484).

A importância prática da classificação não pode ser renegada. Quando os contratantes realizam um ajuste daqueles que são *típicos*, adotam implicitamente as normas legais que compõem a sua dogmática. (...) A celebração de um contrato atípico exige-lhes o cuidado de descerem a minúcias extremas, porque na sua disciplina legal falta a sua regulamentação específica.

Daí o fato de as regras dispostas na legislação, especialmente no que se refere à Circular de Oferta de Franquia – analisada mais adiante-, deverem ser estritamente observadas na contratação, o que não exclui, obviamente, disciplina extensa também sobre outros pontos, a depender do tipo de franquia. Também por esse motivo – a grande variabilidade prática do contrato – não pôde a Lei 8.955/94 regulá-lo extensamente, o que não exclui seu esforço em determinar ao menos cláusulas essenciais, de forma a evitar abusos.

Diferentemente do ponto anterior, é praticamente unânime que o contrato de franquia é **misto**. Isso porque traz características de diversos tipos contratuais, especialmente dos que também se enquadram dentre os contratos de distribuição; aliás, foi justamente por consistir em uma amálgama de outros tipos que o contrato de franquia foi, no início, mal avaliado por parte da doutrina⁸⁸, que o considerou mera junção ou uso adaptado dos já existentes, sendo, então, apenas uma tendência momentânea da prática mercantil – o que evidentemente se revelou equivocado.

Aponta-se⁸⁹, geralmente, que o *franchising* guarda grandes semelhanças com os contratos de compra e venda, licença para exploração de marcas e patentes, mandato, agência, comissão mercantil e, especialmente, concessão comercial.

Em relação ao primeiro, claro está que o *franchising* vai muito além. A **compra e venda** está incluída nas diversas relações estabelecidas entre franqueador e franqueado, mas o contrato de franquia decididamente não se esgota aí.

O mesmo se verifica quanto ao segundo contrato: ocorre, sim, **licença** para que o franqueado se utilize da marca do franqueador e de técnicas por ele patenteadas, sem que haja transferência da propriedade de tais marcas e patentes; no entanto, esse é apenas um dos aspectos do *franchising*, que, novamente, vai muito além.

⁸⁷*Instituições cit.* (nota 68 supra), pp. 60-61.

⁸⁸Rubens REQUIÃO (*Contrato cit.*, nota 47 supra), como já salientado, igualou o *franchising* à concessão comercial. Fábio Konder COMPARATO (*Franquia e concessão de venda no Brasil – da consagração ao repúdio?*, in *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 18, São Paulo, Nova Série, ano XIV, 1975, pp. 53-65), por sua vez, apesar de individualizá-lo, considerou-o febre momentânea, que logo cairia no esquecimento.

⁸⁹Em especial, Adalberto SIMÃO FILHO (*Franchising cit.*, nota 2 supra, pp. 36-40), em que nos baseamos. Luiz Edmundo Appel BOJUNGA (*Natureza cit.*, nota 63 supra, p. 61) estabelece semelhanças também com os contratos de comodato, sociedade e *know-how*.

Quanto à semelhança com o **mandato** e a **agência**, vê-se que são ainda mais tênues, pois o franqueado não age como mero representante dos interesses do franqueador, mas sim, em nome próprio; o fato de os interesses de ambas as partes convergirem é consequência de sua atuação na mesma rede, de forma que, obviamente, torcem para que ela seja bem sucedida – e o sucesso do franqueado é desejado pelo franqueador, e vice-versa, porque influi no sucesso próprio.

A **comissão** guarda mais proximidade com o *franchising* pelo fato de o comissário ter que se submeter às determinações contratuais do comitente, em uma relação de maior subordinação. Não obstante, também aqui ele representa interesses alheios, o que acaba por distanciar os dois contratos.

Por fim, o contrato mais similar ao de franquia, e que mais dificuldades traz para diferenciá-los. Isso se dá porque também na **concessão mercantil** tem-se um sistema de difusão territorial de redes, com dependência econômica do concessionário e dever de assistência por parte do concedente; no entanto, não há, aqui, qualquer repasse de *know-how*, o que torna o contrato de franquia ainda mais amplo que o de concessão. Ademais, conforme bem lembra Adalberto SIMÃO FILHO⁹⁰, o *franchising* pode ter também outros escopos além da mera revenda, como, por exemplo, prestação de serviços ou atividades industriais; e o peso da caracterização da rede é enorme, o que se reflete na preocupação com a homogeneização das unidades. Tais aspectos não se verificam na concessão mercantil.

Por fim, cabe ressaltar que a remuneração, nos dois sistemas, se dá de forma também diversa: na concessão mercantil, ela se restringe a percentuais de vendas, enquanto que na franquia há maior complexidade, com várias taxas envolvidas, que serão analisadas mais adiante.

Em resumo⁹¹:

⁹⁰*Franchising cit.*, nota 2 supra, pp. 39-40. Cabe citar a abrangente diferenciação estabelecida por COMPARATO (*Franquia cit.*, nota 88 supra, pp. 53-54): “A concessão de venda é, exclusivamente, contrato de distribuição de produtos; a licença de uso de marca ou a eventual prestação de serviços do concedente ao concessionário são meros acessórios do pacto principal, que estipula a exclusividade na distribuição de produtos, ou seja, bens fabricados pelo concedente. Na franquia, o essencial é a licença de utilização de marca e a prestação de serviços de organização e métodos de venda pelo franqueador ao franqueado. A finalidade de distribuição da *franchise* não abrange, pois, apenas produtos, mas também mercadorias (isto é, revenda de comerciante atacadista e retalhista) e serviços, como a hotelaria, por exemplo. Por conseguinte, na concessão de venda, o concessionário é simples intermediário entre o concedente e o público consumidor; enquanto na franquia, o franqueado pode ser, ele próprio, produtor de bens ou prestador de serviços.”

⁹¹ Marcelo CHERTO, *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 94.

O fato é que, como se pode verificar, o *franchising* praticamente engloba a concessão mercantil, acrescentando-lhe uma série de elementos, que o tornam muito mais abrangente do que esta, ao mesmo tempo em que dela o diferenciam, inclusive do ponto de vista legal.

Por fim, quanto à diferença essencial entre o contrato de franquia e os demais contratos de distribuição⁹²:

A exemplo dos contratos de distribuição, representação comercial, mandato, comissão e concessão, a franquia tem como função econômica a distribuição de produtos e serviços, distinguindo-se daqueles pelo fato de tratar-se de contrato que contempla necessariamente a concessão temporária, por parte do franqueador, de uso de marca ou patente, englobando, ainda, na maioria das vezes, a transferência de *know-how*, assessoria técnica, mercadológica e administrativa do negócio, mediante a observação de práticas padronizadas.

Além de ser misto, considera-se que o contrato de franquia é, também, *intuitu personae*, pois o franqueador escolhe o franqueado com base em uma série de características, de forma que o pacto não se perfaz de forma independente do perfil do contratante. O franqueado também escolhe o franqueador que melhor lhe convém; no entanto, o vínculo pessoal é bem mais forte do ponto de vista da escolha de um novo franqueado, uma vez que, nesse caso, qualquer mínima mudança na composição da empresa pode inviabilizar a continuidade da franquia, por exemplo, já que este pacto se baseia na confiança.

A própria escolha do franqueado, dentre os muitos candidatos que se manifestam ante a oferta do franqueador, demonstra que a confiabilidade tem papel determinante nesse processo. Nesse sentido, REDECKER⁹³:

A franquia é elaborada com um contratante determinado eleito por processo seletivo, em que as características pessoais do franqueado é que determinam o motivo de sua aceitação ou eleição pelo franqueador, e só por sua causa existe o contrato; daí ser *intuitu personae*.

Por esse motivo, mudanças no quadro societário da empresa franqueada ou da pessoa física responsável pela administração direta da franquia – o que também costuma ser determinado previamente, para garantir o bom andamento dos negócios – devem passar pelo crivo do franqueador, que não lhes é indiferente; tendo em vista a relevância da confiança na escolha de um franqueado, é natural que não se pode simplesmente alterá-lo sem maiores justificativas ou comunicação a quem o elegeu.

O que nos leva a outra consideração: o franqueado não simplesmente escolhe uma franquia que seja adequada a suas pretensões e capacidades, mas *adere* a ela. O contrato de

⁹² Marcelo BERTOLDI e Marcia Carla PEREIRA RIBEIRO, *Curso avançado de direito comercial*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2009, pp. 823-824.

⁹³ *Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 43.

franquia pode ser considerado **por adesão**, já que o franqueador lança uma oferta ao mercado com todas as características de seu negócio, o qual já está em andamento, e o franqueado analisa se as condições lhe são pertinentes, sem, no entanto, poder modificar substancialmente o quadro negocial. Como há uma margem mínima de negociação, considera-se que se trata de contrato *por adesão*, e não *de adesão*. Nesse sentido, Sílvio de Salvo VENOSA⁹⁴: “não é característica da franquia que o contrato seja sempre de adesão, pois há cláusulas que podem ser livremente discutidas.”

Para Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR⁹⁵, não há que se falar em contratação de adesão, pois há vasta gama de redes de franquia disponíveis no mercado, no mesmo setor ou faixa de investimento; e, principalmente, porque se trata, do ponto de vista do franqueado, de iniciar um novo negócio, que exige planejamento intenso, o que não pode ser reduzido meramente à adesão a um contrato predeterminado. Portanto⁹⁶:

Escolha há, porque existe uma seleção feita por um empresário que tem recursos para investir e contratar até mesmo consultores e advogados para auxiliá-lo nessa empreitada, **não podendo ser equiparado a um hipossuficiente**. No máximo, diante da padronização dos contratos de franquia, pode-se falar em contratos padronizados ou como preleciona a melhor doutrina “contratos **por adesão**”, mas jamais podem ser classificados como contratos “**de adesão**.”

Em vários casos, ainda, há que se falar em adaptação de cláusulas ao caso concreto, dadas as necessidades de uma empresa franqueada ou perfil específico de um franqueado da rede. Regras pré-estabelecidas existem, portanto, justamente para preservar as características e padrões inerentes ao conceito de “rede”; no entanto, não há que se falar em um contrato imposto e inalterável, classificado como de adesão.

Também em posição contrária à classificação do contrato de franquia dentre os de adesão, temos Sebastião José ROQUE⁹⁷:

Normalmente, o franqueador elabora os contratos e os oferece aos interessados, não podendo haver privilégios contratuais, e as mesmas condições impostas a um franqueado devem ser estendidas a todos. Não se pode, porém, dizer que seja um contrato de adesão, porquanto há muitos pormenores que afastam a franquia daquela figura contratual.

O franqueado pode escolher qual será o franqueador, havendo portanto opção. Não se pode também dizer que o franqueado aceita em bloco as condições contratuais.

⁹⁴*Direito cit.* (nota 42 supra), p. 550.

⁹⁵*Principais cit.* (nota 82 supra), p. 939. *In verbis*: “Em primeiro lugar porque se trata de um negócio, de um investimento, da busca na montagem de uma empresa que atue perante o mercado consumidor. Não há qualquer imposição por parte da franqueadora nem exclusividade, ao contrário, existe, sim, uma prévia análise, minuciosa, de um grande investimento que o candidato a franqueado poderá ou não escolher, para atuar perante o mercado de consumo.

E ainda existem diversas franquias à disposição no mercado na mesma faixa de valor de investimento e segmento de mercado, cabendo, portanto, ao candidato a franqueado, entre todas as existentes, julgar e optar por uma das possibilidades de atuação no mercado como sendo a melhor e mais adequada ao seu perfil.”

⁹⁶*Principais cit.* (nota 82 supra), pp. 939-940, grifos nossos.

⁹⁷*Dos contratos cit.* (nota 63 supra), pp. 215-216.

Abrem-se as discussões sobre alguns aspectos contratuais como a extensão do território, o tamanho das instalações, as formas de pagamento do preço. O contrato não é padronizado, “standard”. É feito num impresso próprio. Esses pormenores chegam a afastá-lo do contrato de adesão, com o qual mantém apenas alguma afinidade.

Há que se considerar, no entanto, que grande parte da doutrina⁹⁸ simplesmente classifica o contrato de franquia como sendo de adesão, sem estabelecer gradações.

O artigo 423 do Código Civil determina a interpretação mais favorável ao aderente – tendo em vista a maior probabilidade de ele ser lesado, já que não negociou as regras e se submeteu à força econômica da outra parte. No caso do *franchising*, no entanto, é necessário que se analise no caso concreto até que ponto o franqueado se enquadra como um aderente totalmente adstrito ao que determinou o franqueador, ainda mais se se levar em consideração as ponderações acima.

Por fim, cabe assinalar que se trata de contrato de **trato sucessivo ou execução continuada**, pois se prolonga no tempo; não é concebido para se extinguir após o cumprimento de uma única obrigação, como se dá com os contratos instantâneos. Para Caio Mário da Silva PEREIRA⁹⁹, “o que a caracteriza é o fato de que os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce. A duração ou continuidade da obrigação não é simplesmente suportada pelo credor, mas é querida pelas partes contratantes.”

Sobre esse aspecto, BOJUNGA¹⁰⁰:

O prolongamento da execução do contrato de franquia (trato sucessivo) é condição para que o negócio produza os efeitos pretendidos pelas partes. A duração do contrato não é sofrida por qualquer das partes, mas querida por elas. A utilidade do contrato é proporcional à sua duração.

O fato de o contrato de franquia ser de duração se relaciona à sua própria formatação: as partes se obrigam com vistas a certo prazo de duração do contrato, para que haja o retorno dos investimentos envolvidos; sem isso, não haveria tempo hábil a possibilitar a vantagem econômica que caracteriza tal contrato. Daí o destaque dado pela doutrina ao fato de as partes almejarem tal continuidade de prestações, que, em última instância, é inerente ao próprio tipo contratual.

⁹⁸A exemplo de José CRETELLA NETO (*Manual cit.*, nota 5 supra, p. 25), Ana Cláudia REDECKER (*Franquia cit.*, nota 4 supra, p. 44), Carlos Alberto BITTAR (*Contratos cit.*, nota 57 supra, p. 212) e Jorge Pereira ANDRADE (*Contratos cit.*, nota 26 supra, p. 26).

⁹⁹*Instituições cit.* (nota 68 supra), p. 70.

¹⁰⁰*Natureza cit.* (nota 63 supra), p. 66.

Quanto às consequências práticas de tal classificação, cabe trazer a abrangente explanação de Caio Mário da Silva PEREIRA¹⁰¹:

Há interesse prático nesta classificação: a) em caso de nulidade do contrato de execução sucessiva, respeitam-se os efeitos produzidos, considerando-se impossível a restituição das partes ao estado anterior; b) teoria da imprevisão, regulada expressamente no Código nos arts. 478 a 480 sob a rubrica de resolução por onerosidade excessiva, incide sobre os contratos de execução diferida e continuada (...); c) somente em casos excepcionais pode uma das partes romper unilateralmente o contrato de execução continuada, salvo se ajustado por tempo indeterminado; d) a prescrição da ação de resolução do contrato, por descumprimento, corre separadamente de cada uma das prestações, podendo-se acrescentar que a prescrição do direito de receber cada prestação independe das anteriores como das posteriores (...)

De tudo, vê-se que classificar o contrato não pode ser considerado mera tergiversação teórica: traz, pelo contrário, grandes consequências práticas, que são particularmente percebidas em caso de descumprimentos ou alterações inesperadas no equilíbrio contratual.

Faz-se necessário, agora, analisar as diversas formações do *franchising*, que determinam, no caso concreto, o teor e a abrangência das cláusulas contratuais.

3.3 Tipos e formas de franquia

A doutrina reconhece a grande variedade de formações que a franquia adquire na prática, e que reflete as adaptações inerentes a um instituto comercial tão dinâmico quanto o próprio mercado. No entanto, tais tipos são normalmente apresentados de forma assistemática, e acabam por variar bastante de acordo com a visão de cada autor. Ana Cláudia REDECKER¹⁰², de forma mais organizada, propõe uma interessante sistematização das categorias de franquia mais comumente evocadas, conglobando-as de acordo com diferentes aspectos, quais sejam: i) forma de gestão empresarial; ii) âmbito do contrato; e iii) natureza do franqueamento.

No primeiro ponto, se enquadrariam como subtipos a **franquia de marca e produto** e a *business format franchising*. Na primeira, bens ou serviços são produzidos/idealizados pelo franqueador e distribuídos, para revenda, a empresas que têm interesse em por no mercado produtos daquela marca, de qualidade garantida, e geralmente já com boa fama. Assim¹⁰³,

os bens são produzidos pelo franqueador, ou por terceiros fornecedores, comprovadamente eficientes e testados, selecionados pela central de compras e de distribuição do franqueador, e repassados ao franqueado para vendê-los ao

¹⁰¹ *Instituições cit.* (nota 68 supra), pp. 70-71.

¹⁰² *Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 58.

¹⁰³ *Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 59.

consumidor final. A relação franqueador-franqueado é mantida pela existência de uma marca consolidada.

Luiz Edmundo Appel BOJUNGA¹⁰⁴ subdivide este tipo entre com ou sem exclusividade, de acordo com a vedação ou não à venda de outros produtos pelo franqueado. Nesse último caso, haveria quase que uma mera revenda, sem garantia de exclusividade territorial ao franqueado – o que corresponde à própria ausência de exclusividade do franqueador, pois o franqueado vende produtos também de outras marcas. Constitui, portanto, “a forma mais rudimentar e menos desenvolvida de franquia. Nesta categoria, a qualidade e quantidade de serviços prestados pelo franqueador é mínima, apesar de se exigir a padronização visual, geralmente ligada à exposição da marca e do produto.”¹⁰⁵

Já na franquia de marca e produto com exclusividade haveria possibilidade de expansão territorial do franqueado, tendo em vista a garantia a ele dada de comercialização sem concorrência de outros franqueados dentro de determinado limite territorial.

A *business format franchising*, por sua vez, engloba a estruturação de um negócio próprio pelo franqueador, que, então, repassa ao franqueado todo o conhecimento envolvido, possibilitando a reprodução desse negócio exatamente nos mesmos moldes em que foi primariamente desenvolvido. Trata-se, então, de modelo extremamente amplo, envolvendo a transferência não apenas de fatores de padronização visual, como também de *know-how*, técnicas comerciais e contínua assistência.

Segundo REDECKER¹⁰⁶, “o franqueador desenvolve um modelo-negócio que é formatado e transferido aos franqueados, os quais serão os cumpridores desta série de regras impostas pela formatação do pacote da franquia.”

Justamente por envolver a transferência de todas as características de um negócio é que tal modelo exige intensa dedicação de ambas as partes: do franqueado, porque deve seguir à risca as regras impostas pelo franqueador, de forma a obter sucesso sem descaracterizar o negócio aos olhos do público consumidor; e do franqueador, porque deve fiscalizar atentamente o desenvolvimento das atividades por todos os seus franqueados, além de manter-se à disposição para prestar a assistência necessária.

¹⁰⁴*Natureza cit.* (nota 63 supra), p. 57.

¹⁰⁵*Natureza cit.* (nota 63 supra), p. 57. Para AMENDOEIRA JÚNIOR (*Principais cit.*, nota 82 supra, p. 942, nt. 18), a franquia de marca e produto corresponderia às de primeira e segunda geração, em que a preocupação com a padronização era rudimentar.

¹⁰⁶*Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 59.

Adalberto SIMÃO FILHO¹⁰⁷ aponta que

este gênero de franchise é a consequência da própria evolução do instituto, no qual há uma relação estreita e completa entre franqueador e franqueado cumpridores de regras impostas pela formatação do pacote de franchise. Estas regras visam à homogeneização da rede com o fim de beneficiar não só o sistema de operação comercializado, como também o consumidor final.

E exemplifica também a enorme gama de aspectos que podem ser formatados, de acordo com as peculiaridades de cada negócio¹⁰⁸: montagem do estabelecimento; decoração e disposição dos produtos, no interior da loja ou nas vitrines; número de funcionários e uniforme que eles usarão; modo de utilização da tecnologia, do *know-how* e das técnicas de venda e de contabilidade; e, em última instância, a própria forma de venda ou fabricação dos produtos ou prestação de serviços, de acordo com o escopo da franquia. Em certos casos, mesmo detalhes mínimos são formatados, e fugir à regra pode ocasionar rescisão contratual.

Trata-se, em geral, da forma mais desenvolvida e conhecida de franquia, em que se costuma pensar quando se faz referência ao instituto, e com maior importância econômica. É, também, normalmente usada para negócios amplos, em âmbito nacional ou mesmo internacional. A anterior, por sua vez, quando na modalidade com exclusividade, pode desembocar em expansão do franqueado dentro do território que lhe foi designado, com a possibilidade de ele se tornar, também, um franqueador, com sub-franquias atuando sob sua tutela. Tal possibilidade acaba por nos levar ao segundo tópico da classificação de REDECKER: trata-se do *master franchising*, em que o franqueador outorga a determinada pessoa (franqueado ou não¹⁰⁹) alguns poderes que lhe seriam próprios, como o de coordenar as franquias de determinada região e autorizar a abertura de novas unidades franqueadas, possibilitando maior eficiência e expansão territorial mais rápida – especialmente se considerarmos que a divisão em subáreas, com mais franqueados, leva a uma maior proximidade de cada unidade com o público, e facilita também a administração e o corte de gastos.

Segundo BOJUNGA¹¹⁰:

¹⁰⁷ *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 43.

¹⁰⁸ *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 44.

¹⁰⁹ Quanto a isso, esclarece Ana Cláudia REDECKER (*Franquia cit.*, nota 4 supra, pp. 60-61): “O *master* franqueado pode ser um franqueado operante ou, como se verifica em alguns sistemas, uma pessoa estranha à rede. Alguns franqueadores exigem que o próprio *master* franqueado realize a gestão de pelo menos uma franquia, enquanto outros preferem que o *master* franqueado seja impedido de realizar tal atividade.”

¹¹⁰ *Natureza cit.* (nota 63 supra), p. 58.

Poder-se-á, dentro do território exclusivo do franqueado, possibilitar-lhe expansão, permitindo-se que assuma (...) a dupla função de franqueado e franqueador. Isto é, poderá o franqueado repartir o seu território exclusivo em frações menores, franquiando a terceiros.

Sílvio de Salvo VENOSA¹¹¹ aponta a importância do *master franchising* na expansão internacional de uma rede:

O subfranqueador concede, assim, franquias múltiplas, operando como gerenciador de franquias, sendo um franqueado com relação ao franqueador principal, sediado no exterior. Esta empresa funciona como intermediária, selecionando possíveis franqueados em determinado país ou região, atuando como administradora e controladora. Por vezes, tratar-se-á apenas de uma filial do franqueador, que assume personalidade jurídica local.

Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR¹¹² reforça que o grande trunfo desse modelo “reside no poder de recrutar/captar franqueados no território, treiná-los e prestar serviços locais ou fornecer-lhes produtos, ou, ainda, homologar fornecedores locais para tanto.” Daí ser o *master franchising* especialmente relevante para a expansão internacional de redes.

Enfim, constitui-se uma rede entre franqueador, subfranqueador e o franqueado simples, que leva à melhoria do sistema de franquia, permitindo que a expansão se dê de forma mais organizada e eficaz. A existência de um intermediário facilita as relações comerciais e a prestação da assistência ao franqueado, possibilitando, em última instância, melhor consecução dos objetivos próprios da franquia.

No entanto, este modelo tem, também, falhas, por permitir ao subfranqueador uma autonomia talvez maior que o desejável; o franqueador transfere grande parte de sua responsabilidade, e um agir mal intencionado ou despreparado do subfranqueador pode colocar em xeque a saúde da rede como um todo. Segundo Marcelo CHERTO¹¹³, há “maior risco de perda de controle sobre as unidades que integram sua rede de franchises, especialmente no que se refere à qualidade do atendimento nelas prestado”, bem como, do ponto de vista do subfranqueador e dos franqueados, possibilidade de ocorrerem conflitos entre as partes, que acabam por diminuir seus lucros e tornar o negócio mais arriscado.

Para possibilitar as vantagens da descentralização, mas, simultaneamente, minimizar seus riscos, foi desenvolvido outro tipo de franquia, similar àquele: o *area development franchising*. A diferença básica em relação ao anterior consiste na impossibilidade de o representante de área (equivalente, neste caso, ao subfranqueador) firmar os contratos de

¹¹¹*Direito cit.* (nota 42 supra), p. 544.

¹¹²*Principais cit.* (nota 82 supra), p. 942.

¹¹³*Franchising cit.* (nota 2 supra), pp. 73-74.

franquia; ele apenas seleciona possíveis franqueados e presta alguns serviços aos franqueados já estabelecidos.

O *area rep* é, também, um franqueado – outra diferença em relação ao modelo anterior, em que o representante poderia ser independente –, contratado para ajudar o franqueador, que, no entanto, permanece com a responsabilidade por firmar os novos contratos de franquia¹¹⁴.

O terceiro subtipo é o *corner franchise*, em que se constitui um estande da franquia em estabelecimentos comerciais diversos – normalmente shoppings ou lojas de departamento – para a promoção da marca, com a venda e difusão de seus produtos. Daí o nome *corner*: trata-se de um pequeno espaço estratégico no interior de uma grande loja ou em um corredor de muito movimento, sendo que, em ambos os casos, as determinações do franqueador se farão valer nesse determinado ponto. Assim, por exemplo, o comerciante dono da loja respeitará as regras da franquia no espaço do estande, atuando como um franqueado; no caso de shoppings, o franqueado que ali atua deve, naturalmente, seguir as regras de uniformização da rede, garantindo a padronização e o reconhecimento do público consumidor.

Vale destacar que o *corner franchise* em shoppings tem a ver com a dificuldade e os elevados custos de se manter uma loja tradicional naquele espaço, de tal forma que a franquia se reduz ao estande, mas sem alterar sua formatação prévia.

Por fim, tem-se a classificação relativa à natureza do franqueamento. A **franquia de produtos** é o tipo geralmente evocado quando se pensa nesse modelo negocial, e corresponde ao modelo básico em que o franqueador se vale da franquia como forma de aprimorar a distribuição de seus produtos, já reconhecidos no mercado consumidor. Geralmente, ele mesmo atua como produtor, mas pode também terceirizar essa etapa.

Na **franquia de serviços**, por sua vez, o foco não é a venda de um produto exclusivo, mas a prestação de um serviço, também de forma diferenciada – a qual, afinal, constitui o grande trunfo do sistema de franquias. O franqueador idealiza um modo próprio de prestar determinado serviço, que caracteriza sua marca registrada e diferencial, tornando-o

¹¹⁴Ana Cláudia REDECKER (*Franquia cit.*, nota 4 supra, p. 62) esclarece que “o franqueador assume, praticamente, toda a responsabilidade no confronto com os franqueados, delegando apenas algumas ao franqueado (*area rep*). Por exemplo, o franqueado (*area rep*), além de procurar e recrutar os futuros franqueados, pode se ocupar do seu treinamento, das inspeções periódicas, da publicidade local ou regional e das reuniões periódicas.”

reconhecido pelo público consumidor; outorga, então, aos franqueados sua técnica, possibilitando-lhes também prestar o serviço, nos moldes idealizados.

Para Adalberto SIMÃO FILHO¹¹⁵, deve-se aclarar que o franqueado não é o idealizador do serviço, mas sim, pessoa treinada por ele; isso porque, em determinados casos, e a depender da especificidade do serviço prestado, pode não haver interesse do consumidor em contratar pessoa diversa, mesmo que devidamente capacitada. Isso leva também a uma necessidade de maior atenção do franqueador quanto à escolha do franqueado.

A **franquia de distribuição** se relaciona à padronização por marcas: determinada empresa (como, por exemplo, um posto de gasolina) trabalha apenas com produtos ou serviços de uma marca específica, e os franqueados se empenham em fornecer-lhe o bem determinado. O franqueador intermedeia tal processo, adquirindo os bens de fornecedores confiáveis¹¹⁶, e repassando-os aos franqueados para a distribuição final. Trata-se, então, de uma grande rede de distribuição, em que importa a marca desejada pela empresa adquirente, que deve ser sempre observada.

Tem-se, afinal, a **franquia industrial**, em que o franqueador transfere ao franqueado tecnologia, *know-how* e licenças para que este produza determinado bem, de acordo com moldes pré-determinados. Vê-se que tal modalidade demanda maior conhecimento técnico e investimento, por envolver não apenas a comercialização, mas também a fabricação de produtos; assim, as empresas envolvidas são normalmente maiores, de forma distanciada daquele modelo em que o franqueado prescinde de grandes conhecimentos, que são dominados pelo franqueador. Sílvia de Salvo VENOSA¹¹⁷ destaca a exigência de que o franqueado mantenha segredo sobre os processos de fabricação, como contrapartida à possibilidade de usar as técnicas e conhecimentos do franqueador.

Este modelo se relaciona, também, à globalização e à instalação de empresas em outros países, “para levar a unidade de produção próxima dos lugares de consumo.”¹¹⁸

Na definição de Adalberto SIMÃO FILHO¹¹⁹:

O franqueador, através do contrato, ministra ao franqueado todo o cabedal (tecnologia, *know-how* e métodos) necessário para que este industrialize o produto.

¹¹⁵ *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 45.

¹¹⁶ E “em ótimas condições de preço”, como aponta BOJUNGA (*Natureza cit.*, nota 64, p. 57).

¹¹⁷ *Direito cit.* (nota 42 supra), p. 545.

¹¹⁸ Ana Cláudia REDECKER, *Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 66.

¹¹⁹ *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 46.

Por sua vez, o franqueado se compromete a produzi-los nos termos exatos constantes do acordo firmado, para posterior comercialização, obedecendo-se a formatação existente.

BOJUNGA¹²⁰ aponta também que esse “é o modo mais oneroso de franquia, mas em contrapartida é o que estimula mais o consumo e desenvolve mais rapidamente a rede. Implica constante intercâmbio de tecnologia.”

Cabe salientar, também, que Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR¹²¹ considera possível haver franquia mista, “envolvendo geralmente produtos e serviços”. A partir disso pode-se pensar também em outras combinações, que, apesar de menos usuais, são possíveis.

Conforme já salientado, as divisões acima apresentadas não excluem outras categorias. Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR, por exemplo, traz essas subdivisões, mas as denomina, respectivamente, como relativas ao formato, à abrangência e ao objeto, além de citar mais uma, quanto aos tipos de concessão: **exclusivas e não exclusivas**, em relação à atuação do franqueado no território; **por conversão e em estado puro**, se se converte uma loja já operante do segmento em franqueada ou se se inicia a operação a partir da contratação com o franqueador, sem que houvesse já uma loja constituída; e **associativas**, em que franqueador e franqueado são ligados também por participação no capital um do outro, e não apenas pela contratação.

Quanto ao âmbito do contrato, Adalberto SIMÃO FILHO¹²² (que se refere a tal categoria como “formas”) fala também em *franchising associativo* (com participação recíproca nos capitais de cada empresa, geralmente por meio de ações em bolsa de valores, o que acaba por distanciar esse tipo do instituto em si¹²³), **financeiro** (em que o franqueado é mero investidor, que coloca outra pessoa à frente da franquia adquirida – o que não é permitido pela maioria dos franqueadores), **multi** (em que um mesmo franqueado possui várias unidades da mesma rede), **multimarcas** (um franqueado detém franquias de várias redes, gerindo-as conforme acordo dos franqueadores¹²⁴), **de nova instalação** (em que o franqueado adquire o local onde se implantará a unidade, ao invés de alugá-lo, por exemplo),

¹²⁰*Natureza cit.* (nota 63 supra), p. 57.

¹²¹*Principais cit.* (nota 82 supra), p. 942. Adalberto SIMÃO FILHO tem o mesmo entendimento (*Franchising cit.*, nota 2 supra, p. 47).

¹²²*Franchising cit.*, nota 2 supra, pp. 48-50.

¹²³Conforme Lina FERNANDES (*Do contrato cit.*, nota 84 supra, p. 105): “Existindo uma participação recíproca no capital dos contratantes, entendemos não ser essa uma forma de franquia, visto que a total independência financeira das partes, um dos requisitos essenciais à sua caracterização, não está presente.”

¹²⁴“Reúne franquias diferentes, com um único franqueado, num mesmo ponto comercial, objetivando vantagens através da integração total de atividades, desde que não haja restrição por parte dos franqueadores.” (Lina FERNANDES, *Do contrato cit.*, nota 84 supra, p. 106).

de reconversão (franqueado já exercia atividade comercial, e adere posteriormente ao modelo de franquias, reformulando seu negócio) e **itinerante** (o franqueado opera uma unidade móvel, também seguidora da formatação da rede, em zonas geralmente de difícil acesso territorial).

Lina FERNANDES¹²⁵ acrescenta, ainda, a franquia **shop a shop** (“modalidade de franchise que aproveita o atual ramo de negócios do franqueado, incluindo seu ponto comercial, para incorporar uma franquia de outro ramo”) e a franquia **domiciliar**, caracterizada por vendedores que tratam diretamente com os clientes, porta a porta, sem a necessidade de uma unidade física.

3.4 Técnicas

O *franchising* tem também técnicas próprias, relacionadas à necessidade de formatação dos caracteres empregados por todos os componentes da rede: *engineering*, *management* e *marketing*.

O *engineering* diz respeito à formatação predial, ou seja, ao tipo de construção e modelação do estabelecimento, que se relaciona, por exemplo, à dinâmica de organização e preparo dos produtos vendidos, de forma a aumentar a eficiência e a rapidez do processo. A padronização desse aspecto tem também forte influência no apelo comercial da franquia, já que os consumidores são atraídos por um esquema de cores conhecido, por exemplo, ou por um logotipo diferenciado, no que se refere ao visual externo da unidade.

Para Luiz Edmundo Appel BOJUNGA¹²⁶, “a importância do *engineering* consiste na uniformização das formas da instalação licenciada, designadas, projetadas e escritas pelo franqueador (unidade visual da rede).”

Importa destacar, também, a força das determinações do franqueador nesse aspecto: toda a estrutura física e as instalações da unidade são previamente determinadas, justamente para garantir a vital padronização entre as lojas. Senão, corre-se o risco de o consumidor não associar as unidades como parte de uma rede maior, o que prejudica todo o planejamento geral e o próprio sucesso do negócio.

O *management*, por sua vez, diz respeito ao treinamento administrativo e contábil do franqueado e dos funcionários da rede, para que haja adequação operacional aos moldes

¹²⁵Do contrato cit., nota 84 supra, p. 108.

¹²⁶Natureza cit. (nota 63 supra), p. 56.

preconcebidos. Relaciona-se, portanto, à capacitação do pessoal para saber lidar com as questões cotidianas em conformidade às regras e determinações do franqueador.

Já o *marketing* se refere às técnicas de publicidade, que devem ser também padronizadas, definidas pelo franqueador de acordo com a abrangência da rede ou de subdivisões regionais, caso em que são levadas em consideração particularidades locais. Abrange, também, de maneira mais ampla, os procedimentos de comercialização dos bens. Segundo BOJUNGA¹²⁷:

...o franqueador fornece ao franqueado os métodos, meios e técnicas de comercialização, estudos de mercado, propaganda a níveis internacionais, nacionais, regionais ou locais, vendas e eventos promocionais e constante lançamento de novos produtos ou serviços.

Por meio dessas três técnicas, como bem aponta Ana Cláudia REDECKER¹²⁸, é possível ao franqueador realizar a análise prévia de mercado, a fim de observar a viabilidade de implantação de uma unidade naquele ponto – tendo em vista fatores como concorrência, localização, facilidade de acesso e visibilidade por potenciais consumidores, apelo visual da construção, potencial de vendas e, com base em tudo isso, chances de sucesso e crescimento. Em suma, tais expedientes acabam por auxiliar sobremaneira na minimização dos riscos inerentes à abertura de um novo negócio, e que, se mal administrados, podem acabar por prejudicá-lo ou mesmo inviabilizá-lo desde o início.

Apesar da clara importância das técnicas de *engineering, management e marketing* para o estabelecimento e condução de um franquia, elas não são próprias deste modelo comercial, diferentemente de uma série de cláusulas exclusivas do contrato de *franchising*. Natural que, em conformidade aos diversos tipos de franquia acima apontados, cada contrato se adeque às especificidades do caso concreto; há, no entanto, cláusulas essenciais, comuns a todo o gênero. São elas as relativas a prazo; preço; cessão de direitos; delimitação territorial; estoque mínimo; e extinção do contrato.

3.5 Cláusulas

Quanto ao **prazo**, não há impedimentos a que o contrato o defina como determinado ou indeterminado; não obstante, a indeterminação é geralmente evitada, pois traz incertezas para ambas as partes. Ademais, deve-se sempre levar em consideração o prazo estimado para retorno dos investimentos feitos, sem o que a contratação resta inócua, ou pior, desvantajosa.

¹²⁷Natureza *cit.* (nota 63 supra), p. 56.

¹²⁸Franquia *cit.* (nota 4 supra), p. 68 e nt. 137 (pp. 68-69)

Tudo isso implica que a fixação de um prazo não é feita de forma aleatória, mas sim, deve ser calculada com base nas expectativas dos contratantes e o período mínimo necessário para que, de acordo com as previsões, haja lucro.

Com base nisto, Ana Cláudia REDECKER¹²⁹ aponta a existência de duas naturezas de cláusulas, consistentes nas que permitem renovação tácita (geralmente anual) ou expressa, sendo que, caso haja condicionantes à renovação, devem ser discriminados no contrato; e as que preveem extinção automática do vínculo quando transcorrido o prazo contratual.

Disso, vê-se, também, que este item influi na extinção do pacto, a ser analisada mais adiante.

Uma segunda cláusula essencial à constituição do contrato é a que disciplina o **preço**, que não se restringe apenas ao valor de aquisição da franquia (correspondente à taxa de filiação paga pelo franqueado para entrar no negócio), mas abrange também os royalties, pagos periodicamente, com base no lucro auferido, e outras taxas. A taxa de filiação reflete o valor econômico da franquia, determinado com base em distintas variáveis, como, por exemplo, “força mercadológica da marca (...), nível de formatação, (...) qualidade da assistência técnica a ser prestada, gastos com o desenvolvimento de produtos ou serviços, objeto do *franchise*, tecnologia desenvolvida etc”¹³⁰. Além desse aspecto, acaba também por constituir um meio de retorno financeiro do franqueador, após todo o investimento necessário não apenas para, em primeira instância, implementar sua rede e conquistar credibilidade e fama, mas também, em um segundo momento, para ampliá-la, aumentando o número de franqueados. Todo esse procedimento de oferta e escolha é trabalhoso e caro, e influi no já custoso investimento para abertura de novas unidades; natural, portanto, que seja instituída uma taxa para cobrir tais gastos.

Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR¹³¹ aponta também que a taxa inicial paga pelo franqueado tem a ver com a definição de seu território de atuação: se lhe for concedida exclusividade em certa área, o preço a ser pago é maior, tendo em vista a impossibilidade de o franqueador explorar mais a área em questão, diretamente ou por meio de mais franquias.

Por outro lado, a aquisição de uma unidade por parte de um franqueado não constitui mera compra e venda, em que não há mais vínculos entre as partes após a operação; pelo

¹²⁹*Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 48.

¹³⁰Adalberto SIMÃO FILHO, *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 68.

¹³¹*Principais cit.* (nota 82 supra), p. 943.

contrário, como já destacado, a interdependência entre franqueado e franqueador é característica básica do *franchising*, e perdura durante toda a relação contratual. Isso implica em contínua assistência ao franqueado por parte do franqueador. Ademais, a franquia é método de difusão territorial de uma rede, de forma que o franqueador não poderia simplesmente manter uma unidade sem auferir lucros constantes de sua atividade; isso iria contra a própria natureza do instituto. De tudo isso decorre que não basta a taxa de filiação para cobrir os gastos e prover suficiente vantagem econômica ao franqueador: deve haver repasses periódicos com base nos ganhos da unidade, o que constitui os royalties.

Por fim, há taxas adicionais, relativas, por exemplo, a seguro mínimo e publicidade. No que se refere a esta última, é comum que o franqueador estabeleça regras de marketing e campanhas publicitárias para toda a rede, de forma ampla. Pode ocorrer, também, que o próprio franqueado se ocupe diretamente da publicidade local, arcando com tais custos. No entanto, o pagamento da taxa ao franqueador é também “uma forma de divulgação institucional da marca” e “arrecadação para patrocinar eventos relativos à marca, institucionais e internos”, o que justifica seu pagamento em todos os casos: “o fundo de propaganda é arrecadado por todas as unidades em operação na rede, ou seja, **não só os franqueados, mas também as unidades da própria franqueadora ou de seus sócios.**”¹³².

Outro aspecto do contrato de franquia que acaba influenciando em uma cláusula essencial é a **cessão de direitos**, pois o franqueador passa ao franqueado, a depender do tipo de franquia e operações envolvidas, bens imateriais, ou seja, *know-how*¹³³, licença para uso de marcas e patentes e também de métodos originais. Ocorre que tais itens devem, naturalmente, ser protegidos, pois resultam de trabalho árduo do franqueador, e formam sua propriedade intelectual¹³⁴; daí a necessidade de se regular o modo como o franqueado poderá fazer uso de tais direitos, evitando seu desgaste ou mau uso. Impõe-se, também, o dever de sigilo, mesmo após o término da relação contratual – sem isso, seria possível, por exemplo, que o franqueado se valesse dos conhecimentos adquiridos para concorrer com o franqueador, logo após cerrar o vínculo.

¹³² AMENDOEIRA JÚNIOR, *Principais cit.* (nota 82 supra), p. 944, grifos do autor.

¹³³ De acordo com Adalberto SIMÃO FILHO (*Franchising cit.*, nota 2 supra, p. 70), “o *know-how* é formado pela universalidade de regras, conhecimentos e práticas desenvolvidas pelo franqueador, não patenteadas e derivadas da experiência pessoal deste.”

¹³⁴ REDECKER (*Franquia cit.*, nota 4 supra, p. 51): “Salienta-se esta cláusula porque a marca e o *know-how* detidos pelo franqueador correspondem ao resultado de um longo e preciso trabalho, verificado e formatado, que permitem sua validade técnica e comercial e que colocam o franqueado no mercado com uma vantagem notável em relação aos comerciantes independentes.”

Nesse sentido, Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR¹³⁵:

...é muito comum a previsão nesses contratos de cláusulas de quarentena ou de não concorrência, ou seja, diante do fato de que a franqueadora cedeu todo seu *know-how* ao franqueado não seria justo que ele, franqueado, entendendo por bem sair daquele sistema de franquia, pudesse competir com a franqueadora e seus franqueados valendo-se das técnicas e informações que a própria franqueadora lhe cedeu.

(...)

...a limitação temporal e territorial de não concorrência é perfeitamente válida e aplicável em nome da proteção que merece a franqueadora, que licenciou sua marca, prestou seus serviços, divulgou informações confidenciais sobre o sistema e, **principalmente, transmitiu eficientemente seu *know-how* à franqueada.**

Natural inferir que qualquer descumprimento em relação a tais a segredos industriais acarreta sérias consequências à rede e impõe responsabilização do franqueado.

Quanto ao **território**, pode-se estabelecer exclusividade do franqueado para atuar em uma zona delimitada. Nesse caso, a ele é definida uma área própria, em que, geralmente, nem o franqueador¹³⁶ nem outros franqueados poderão lhe fazer concorrência, de forma a preservar boas relações entre os entes da rede e não afetar as vendas de nenhuma unidade. Para Adalberto SIMÃO FILHO¹³⁷, “protege-se, desta forma, a possibilidade de uma concorrência danosa sobre o franqueado e racionaliza o processo distributivo, evitando até a saturação de pontos de mercado, quando bem aplicada.”

Ademais, “é preciso que também seja determinado, no contrato, se o franqueado terá ou não direito de preferência à aquisição de outra franquia a ser instalada em localidade próxima à sua área de atuação.”¹³⁸

Por fim, segundo Fran MARTINS¹³⁹,

Em regra também se discute a *localização*, que é o lugar onde o franqueado se estabelece. O franqueador quase sempre aprova a localização, para a fixação da qual são feitos estudos minuciosos, encarando o ponto comercial sob todos os seus aspectos: facilidade de estacionamento, vizinhança, proximidade de bancos,

¹³⁵*Principais cit.* (nota 82 supra), pp. 949-950, grifos do autor.

¹³⁶Diz-se “geralmente” porque pode tal cláusula é, naturalmente, aberta, sendo que no caso concreto é possível estabelecer, por exemplo, a possibilidade de o franqueador se ocupar de algumas vendas diretas em áreas que originalmente seriam de seus franqueados. Para Marcelo CHERTO (*Franchising cit.*, nota 2 supra, p. 84), “se houver exclusividade, é importante (...) que fique claro se a mesma diz respeito apenas a outros franchisees (franqueados) ou também ao próprio franchisor (franqueador), bem como a negócios independentes, que não integram a ‘rede’, mas aos quais ele, franchisor (franqueador), forneça seus produtos e/ou serviços, para revenda.”

¹³⁷*Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 71.

¹³⁸Lina FERNANDES, *Do contrato cit.* (nota 84 supra), p. 120.

¹³⁹*Contratos cit.* (nota 3 supra), p. 447, grifos do autor.

transportes, facilidade de acesso, até mesmo as horas em que há maior afluência de pessoas.

Discussão similar sobre exclusividade, mas do ponto de vista do franqueador, se estende às cláusulas relativas a **estoque**. Primeiramente, há que se definir o modo como se dará a **reposição** do franqueado, que depende, também, do tipo de franquia. A princípio, o próprio franqueador será o responsável, ou fornecedores por ele indicados, ou, ainda, aprovados pelo franqueador após serem selecionados pelo franqueado.

Pode-se ver, a partir de tal descrição, que as chances de abuso são grandes: de qualquer forma, é o franqueador que decide como se dará tal fornecimento, e isso pode levá-lo a impor preços abusivos, por exemplo. A opção por tal forma de controle não é, no entanto, injustificada:

...deve-se notar que o sistema de franchise exige homogeneidade na cadeia de distribuição e, para que esta ocorra, os produtos ou serviços oferecidos devem obedecer padrões de formatação somente obtidos através do provisionamento exclusivo, a ser prestado pelo franqueador, e dos cuidados deste para com seus licenciados, onde assumirá para si as responsabilidades sobre os produtos destes. Tais medidas são também necessárias para que o público possa ter o mesmo produto ou serviço em qualquer ponto de consumo da rede, não caracterizando infração às regras de concorrência.¹⁴⁰

Natural que tais vantagens não justificam práticas abusivas, que, se não forem passíveis de solução entre as partes, devem ser devidamente discutidas no Judiciário. Mas Adalberto SIMÃO FILHO¹⁴¹ aponta a importância que o reconhecimento de um erro por parte do franqueador pode ter para o fortalecimento de laços de confiança entre a rede, melhorando seus resultados também aos olhos do público consumidor.

Em relação a eventuais discussões sobre restrições à concorrência geradas por tal cláusula, esclarece Lina FERNANDES¹⁴²:

...entendemos que a cláusula de exclusividade não restringe a livre concorrência, na medida em que coloca à disposição do franqueador um instrumento que se presta à luta concorrencial.

Nesse sentido, a exclusividade na distribuição acaba por proteger e fortalecer o progresso tecnológico do franqueador e do sistema produtivo.

(...)

Há de se concluir, portanto, que o sistema de franquia tem como sustentáculo a ideia de exclusividade na distribuição e, é o que nos parece, exatamente nela repousa o êxito do sistema.

¹⁴⁰ Adalberto SIMÃO FILHO, *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 73.

¹⁴¹ Adalberto SIMÃO FILHO, *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 73.

¹⁴² *Do contrato cit.* (nota 84 supra), p.115.

Enfim, fica claro que se trata de cláusula com potencial de gerar abusos, mas que, se bem utilizada, traz muitas vantagens para a rede como um todo.

Ainda dentro deste tema, há outra cláusula, relativa ao **estoque mínimo** que o franqueado deve manter para bem conduzir suas atividades – que pode ser determinado também na forma de quotas proporcionais às vendas. “Em ambos os casos, a obrigação não se resume à aquisição dos produtos em sentido estrito; na prática, estende-se às peças de reposição e ao serviço de assistência.”¹⁴³

Essa determinação tem particular importância no planejamento geral da rede, tanto na primeira etapa de produção quanto em relação ao controle da quantidade de vendas realizadas, “bem como no cálculo do custo da mercadoria a curto, médio e longo prazos.”¹⁴⁴

Por fim, é imprescindível que haja a cláusula de **extinção do contrato**, a qual pode se dar pelo mero decurso do tempo, no caso de contrato por prazo determinado, ou por rescisão, resolução ou rescisão.

Na primeira hipótese, qual seja, fim do prazo acordado para contratação, não há descumprimentos, e o contrato termina porque atingiu seu fim, no tempo predeterminado para isso.

No entanto, pode ocorrer de as partes optarem por terminá-lo antes de decorrido tal prazo¹⁴⁵, o que caracteriza a rescisão bilateral (distrato). A rescisão pode ser também unilateral, por denúncia de uma das partes, caso o contrato tenha prazo indeterminado¹⁴⁶.

Esclarece Fran MARTINS¹⁴⁷:

É comum ser o contrato resilido por ato que não diga respeito diretamente à comercialização dos produtos, mas que, indiretamente, venha em prejuízo de uma das partes. Assim, pode o franqueador por fim ao contrato se a conduta do franqueado for tal que isso se reflita no bom conceito do franqueador. (...) isso porque o franqueado tem por obrigação zelar, em todos os sentidos, pelo prestígio do produto, e sua conduta particular se reflete na boa imagem que o franqueador deve inspirar, através de seus produtos.

¹⁴³REDECKER, *Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 55.

¹⁴⁴REDECKER, *Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 55.

¹⁴⁵“Mas pode acontecer que, por motivos que variam ao sabor dos interesses das partes, ou das injunções ambientais, ocorra a hipótese de convir que se impeça a produção dos efeitos do contrato ainda não cumprido, ou não totalmente executado.” (Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições cit.*, nota 68 supra, p. 151).

¹⁴⁶“Os contratos de *execução continuada*, quando ajustados por *prazo indeterminado*, comportam a cessação mediante a *denúncia* promovida por um dos contratantes.” (Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições cit.*, nota 68 supra, p. 153, grifos do autor).

¹⁴⁷*Contratos cit.* (nota 3 supra), p. 449.

Cabe lembrar, também, a determinação do parágrafo único do artigo 473 do Código Civil de 2002:

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeitos depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Tal dispositivo tem extrema importância no contexto de um contrato de franquia, haja vista o aporte de capital necessário para se iniciar uma unidade; não seria lógico conceber que todo esse investimento – não apenas de dinheiro, aliás – simplesmente se perdesse.

Já a resolução se relaciona a descumprimentos contratuais por uma das partes ou onerosidade excessiva superveniente. Adalberto SIMÃO FILHO¹⁴⁸ elenca inadimplementos que justificam a resolução:

...ruptura da cláusula de exclusividade, inexistência do *know-how* prometido, ruptura do sigilo, descumprimento de cláusulas relativas à assistência técnica, falta de pagamento das prestações, violação da cláusula de não concorrência, ocultação dos lucros sobre a comercialização dos produtos ou serviços, etc.

Mas destaca, também, que é recomendável, ante a ocorrência de qualquer falta por uma das partes, tentar a via conciliatória, com vistas à correção do erro e, se possível, à preservação da relação contratual. “A cautela é necessária em razão da boa fé e lealdade de conduta das partes no negócio devidamente presumida e em função do aporte financeiro efetuado na transação.”¹⁴⁹

Por fim, pode ocorrer a rescisão, relacionada a lesão ou estado de perigo – ou seja, motivos realmente graves¹⁵⁰:

...se exige a comprovação, pela parte lesada, de algo mais que a desproporção ou desequilíbrio entre as prestações do contrato, ou seja, mister a constatação de que a vantagem obtida se verificou em face da exploração da inexperiência ou necessidade do outro contratante no momento da celebração do contrato.

Adalberto SIMÃO FILHO¹⁵¹ lembra que

Em qualquer que seja a forma de término da relação de franchise entabulada, o contrato deve prever e assegurar ao interessado os direitos sobre instalações, estoques, aviamento, para que não haja ilícito locupletamento de alguém em função do término do contrato.

¹⁴⁸ *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 78.

¹⁴⁹ *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 79.

¹⁵⁰ Ana Cláudia REDECKER, *Franquia cit.*, (nota 4 supra), p. 57.

¹⁵¹ *Franchising cit.* (nota 2 supra), p. 79.

De forma geral, a extinção do contrato quase sempre traz questões polêmicas, com discussões sobre eventual má-fé ou vantagem excessiva a uma das partes.

3.6 Circular de Oferta de Franquia

Logo após se ocupar da definição do instituto, a Lei 8.955/94, em seu artigo 3º, discorre amplamente sobre a Circular de Oferta de Franquia (COF), com o escopo de conferir transparência à contratação. Isso porque tal documento contém informações indispensáveis a um conhecimento pleno da franquia, de posse das quais poderá o franqueado efetivamente avaliar se o negócio corresponde ao esperado, do ponto de vista econômico, técnico, estrutural e mesmo quanto à relação entre franqueador e franqueado. Daí se dizer que “a COF tem a função de permitir aos potenciais empreendedores avaliar o grau de risco da operação e a taxa de retorno dos investimentos.”¹⁵²

Por meio da COF, o franqueador evidencia sua posição aos olhos do mercado, o que

consiste, evidentemente, em um desafio que exige postura avançada de comunicação institucional do franqueador, pois é a circular de oferta de franquia que permitirá, pela exposição clara e objetiva do conceito de valor adicionado, uma visão completa de participação e contribuição social e econômica da empresa no seu ambiente de atividade ao franqueado em potencial.¹⁵³

São estas as informações que obrigatoriamente deverão ser prestadas, e de forma realmente ampla e esclarecedora¹⁵⁴:

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;

¹⁵²Carlos David Albuquerque BRAGA, *Contrato de franquia empresarial*, in PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge - JABUR, Gilberto Haddad (coord.), *Direito dos Contratos II*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 79.

¹⁵³Ana Cláudia REDECKER, *Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 74.

¹⁵⁴Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.

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

VII - especificações quanto ao:

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

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

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

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

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

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

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

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

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

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

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

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

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

a) supervisão de rede;

b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;

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

d) treinamento dos funcionários do franqueado;

e) manuais de franquia;

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

g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

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

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

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

b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

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

Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

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

(...)

Art. 7º A sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Tudo isso evidencia a intrínseca relação da COF com o princípio do *disclosure*¹⁵⁵, que impõe transparência, consubstanciando o dever de agir em conformidade à boa-fé objetiva. Daí os artigos 4º e 7º, em adição ao 3º, determinarem também a necessidade de as informações serem prestadas de forma clara e acessível, e com uma antecedência mínima de dez dias à assinatura do contrato ou pré-contrato, ou antes do pagamento de qualquer taxa, para que o candidato a franqueado efetivamente possa analisar todo o contexto, dirimir dúvidas e, por fim, optar pela franquia de forma consciente e ponderada, tendo-a analisado sob todos os aspectos que importam. Se o contrato for assinado sem que o prazo de dez dias tenha sido observado, ou tendo o franqueador inserido informações falsas na COF, não apenas será possível ao franqueado arguir sua anulabilidade, como também reaver quaisquer quantias já pagas – não excluída, também, responsabilidade penal do franqueador pela prestação de informações falsas.

Sobre a relação desses dispositivos com o supracitado princípio do *disclosure*, Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR¹⁵⁶:

Certamente, a necessidade entrega da COF antes da assinatura do contrato de franquia propriamente dito ou do pagamento de qualquer taxa de ingresso ao franqueador, além de importar em um mecanismo de transparência excepcional que não encontra eco nas previsões relativas a outros contratos comerciais, também decorre do basilar princípio da boa-fé contratual e da necessidade de impor a eticidade aos contratos que surgiram como modelo após a superação do modelo formalista e positivista que imperou até meados do século passado.

E, ainda, REDECKER¹⁵⁷:

A circular de oferta de franquia consiste, assim, no instrumento do *disclosure*, sendo indispensável ao candidato a determinada franquia, pois contém todas as informações relevantes sobre o negócio que está sendo proposto, permitindo-lhe uma avaliação aprofundada do mesmo.

Necessário ressaltar quão fundamental é prestar tais informações com total clareza e efetiva transparência, especialmente tendo em vista as especificidades do contrato de franquia¹⁵⁸:

¹⁵⁵De *to disclose*: revelar, tornar público.

¹⁵⁶*Principais cit.* (nota 82 supra), p. 948.

¹⁵⁷*Franquia cit.* (nota 4 supra), p. 74.

O eventual franqueado, carente com frequência de experiência comercial e ansioso por ingressar nesta cadeia já estabelecida com êxito no mercado, dentro da qual poderá manter sua independência jurídica e patrimonial, muitas vezes deixa-se seduzir pelas ofertas incompletas e enganosas nas quais se superestimam a rentabilidade e as vantagens da franquias e se ocultam as perdas.

Em razão da necessidade de se estabelecer uma disciplina preventiva para evitar que pessoas incompetentes ou maliciosas ingressem neste negócio é que se introduziu a filosofia do *disclosure*. Na franquia empresarial, assim, mais do que em qualquer outro relacionamento negocial, repousa seu sucesso na revelação, por parte do franqueador, ao franqueado potencial, de seus dados empresariais, de forma absoluta, profunda e abrangente.

Disso se vê que o franqueador também se beneficia de uma prestação de informações clara e verdadeira, que antecede a assinatura do contrato: por esse expediente, as chances de o franqueado se desiludir, na prática, com a atividade negocial, ou mesmo de alegar que foi induzido a erro ou que não teve acesso a todos os dados, arguindo, então, anulabilidade, é decididamente reduzida. Nesse sentido, José CRETELLA NETO¹⁵⁹:

A obrigatoriedade da Circular de Oferta de Franquia decorre da influência, em nosso Direito, do *Full Disclosure Act*, do Direito norte-americano, e constitui poderosa salvaguarda de interesses, tanto do franqueador – que se eximirá, no futuro, de eventuais acusações de ter ocultado informações vitais ao franqueado – quanto do franqueado, que poderá invocar, caso não seja bem-sucedido na operação, omissão de informações importantes, por parte do franqueador, se for o caso.

O dever é, portanto, de ambos¹⁶⁰:

Cautelas devem ser tomadas por ambas as partes, antes da conclusão do contrato. O franqueado deve examinar a situação do franqueador, qualidade dos produtos, sua aceitação no mercado consumidor, as imposições do franqueador para a concessão da franquia, território em que pode agir, com exclusividade, na comercialização. Por sua vez, o franqueador investigará as aptidões do franqueado, sua capacidade em comercializar os produtos, sua situação financeira, pedindo referências bancárias etc. Só depois de examinadas essas condições preliminares entram as duas partes em entendimento direto, discutindo as várias cláusulas do contrato que regulará as suas relações, cláusulas (...) que são bastante variáveis, dado o extenso campo de ação da franquia.

Ana Cláudia REDECKER conclui¹⁶¹:

Destarte, é imprescindível estabelecer um contrato que especifique a relação jurídica, entrando em seus mínimos detalhes; que defina claramente as recíprocas obrigações e estabeleça, de maneira clara, a relação franqueador/franqueado, tornando o contrato de franquia fruto de uma escolha consciente, baseada em informações amplas e abrangentes, fornecidas pelo franqueador. Estes requisitos, de forma geral, denotam função de transparência fruto da aplicação do princípio do *disclosure*, que, por sua vez, proporcionará ao franqueado manifestar a sua vontade de forma consciente e livre.

¹⁵⁸ *Franquia cit.* (nota 4 supra), pp. 82-83.

¹⁵⁹ *Manual cit.* (nota 5 supra), p. 105.

¹⁶⁰ Fran MARTINS, *Contratos cit.* (nota 3 supra), p. 444.

¹⁶¹ *Franquia cit.* (nota 4 supra), pp. 78-79.

Ademais, algumas das informações que necessariamente devem constar da COF integram, também, o próprio contrato de franquia, “ou seja, o quanto disposto em seus incisos VIII, X, XI, XII, XIII e XIV”¹⁶².

Especificamente quanto ao artigo 3º, que detalha o conteúdo da COF, deve-se salientar que os incisos II e III se prestam a demonstrar a idoneidade financeira do franqueador¹⁶³, e o VI demonstra o caráter *intuitu personae* da franquia. Nelson ABRÃO¹⁶⁴ traça a seguinte crítica ao inciso VIII, alínea *b*:

Temos para nós que essa verba já se compreende na letra anterior, correspondendo à entrada que o franqueado paga para ser admitido, ou seja, para a “aquisição da franquia”. Exige-se do franqueado, além dessa espécie de “luvas”, uma caução que possa garantir o franqueador de qualquer infração ou indevida ruptura contratual. Deveria a lei, por uma questão de equidade, prescrever igual medida em favor do franqueado, mas, lamentavelmente, deixa de fazê-lo.

Considerando o escopo legal de aprimorar a transparência na contratação, o inciso IX tem especial importância, pois permite ao candidato travar conhecimento com franqueados anteriores e atuais, questionando-os diretamente sobre particularidades daquela franquia¹⁶⁵.

Quanto ao inciso XII, as alíneas *a* e *b* se relacionam à própria natureza da franquia, vez que o franqueado “não é (...) senhor de sua política de venda”¹⁶⁶. As alíneas *c* e *d* tratam do *management*; *f* e *g*, do *engineering*, demonstrando a importância de tais técnicas para o bom desenvolvimento das atividades contratuais¹⁶⁷.

O inciso XIII traz outra determinação essencial para a decisão do candidato a franqueado¹⁶⁸:

Consistindo basicamente a franquia na cessão do uso da marca, precedida, ou não, de patente, é fundamental para o franqueado que o franqueador detenha legalmente o respectivo registro no órgão competente, que lhe assegure exclusividade a respeito.

¹⁶²Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR, *Principais cit.* (nota 82 supra), p. 944.

¹⁶³Lina FERNANDES, *Do contrato cit.* (p. 85 supra), p. 128: “Essas informações são importantes para que o franqueado possa analisar, contabilmente, a *performance* da empresa, o que contribuirá para melhor avaliação do empreendimento.” Nelson ABRÃO (*A lei cit.*, nota 40 supra, p. 30) acrescenta: “É fundamental que o proponente da franquia demonstre preliminarmente sua idoneidade financeira, ganhando, destarte, a confiança do proposto no sentido de um relacionamento sólido e duradouro.”

¹⁶⁴*A lei cit.*, nota 40 supra, p. 31.

¹⁶⁵“Possibilita-se, com este dispositivo, ao franqueado proposto conhecer o campo em que vai atuar, levando-se em conta o fator concorrência, tornando-o ciente a respeito daqueles já integrados ao sistema e com os quais deverá evitar colidência. Com aqueles que deixaram a franquia nos últimos doze meses poderá obter preciosas informações acerca da viabilidade do negócio e da idoneidade econômico-financeira do franqueador proponente.”(Nelson ABRÃO, *A lei cit.*, nota 40 supra, p. 32.)

¹⁶⁶Nelson ABRÃO, *A lei cit.*, nota 40 supra, p. 33.

¹⁶⁷Nelson ABRÃO, *A lei cit.*, nota 40 supra, p. 33.

¹⁶⁸Nelson ABRÃO, *A lei cit.*, nota 40 supra, p. 33.

Ao franqueado só interessa trabalhar com produto ou serviço a salvo de entraves concorrenciais e que confirmam uso e gozo pacíficos graças ao privilégio decorrente do registro.

Já o inciso XIV levanta a questão da manutenção do sigilo e da restrição à concorrência após o fim da relação contratual. Lina FERNANDES¹⁶⁹ tem o seguinte posicionamento:

Quanto à manutenção do sigilo do *know-how* transmitido, já nos manifestamos, e entendemos não caracterizar prática lesiva à livre concorrência. Entretanto, a cláusula que determina a proibição de o franqueado exercer atividade concorrente findo o prazo contratual nos parece, por demais, abusiva. Aliás, é inconstitucional, pois proíbe o livre exercício da profissão, direito garantido no item XIII do artigo 5º da Constituição Federal, como também fere o princípio da livre concorrência.

Não obstante, se a restrição ao exercício da atividade se limitar a um certo período, imediatamente posterior ao rompimento do vínculo, pode-se considerar que não há abusividade, pois o escopo de tal proibição seria o de impedir que o franqueado se valesse dos conhecimentos adquiridos do franqueador para se autobeneficiar, em detrimento da rede de que antes fez parte. Se tal restrição perdurar indefinidamente, no entanto, configura-se o abuso descrito acima.

Por fim, o inciso XV indica a necessidade de o contrato padrão conter todas as obrigações (“texto completo”), o que se revela, de fato, imprescindível, já que a lei não as elenca expressamente. A análise de tais obrigações constitui o escopo do capítulo seguinte.

¹⁶⁹*Do contrato cit.* (nota 84 supra), p. 136.

4. OBRIGAÇÕES DAS PARTES

Já se ressaltou, quando da discussão sobre a bilateralidade do *franchising*, que tanto franqueador quanto franqueado têm obrigações contratuais, decorrentes do escopo econômico que os une. A Lei 8.955/94 não dispôs extensivamente sobre o tema, limitando-se a impor a necessidade de o franqueador emitir Circular de Oferta de Franquia com todas as informações necessárias sobre seu negócio, dentre as quais se inclui um modelo de contrato com texto completo.

Naturalmente que a determinação de quais são, exatamente, as obrigações das partes se dá no caso concreto, a partir das especificidades de cada franquia, que impedem uma regulação legal rígida quanto a isso; de outro modo, haveria engessamento do negócio e desestímulo ao emprego do sistema no Brasil¹⁷⁰, justamente por se desconsiderar que redes de *franchising* se consubstanciam em diversas formas, analisadas no capítulo anterior. Considerando-se a classificação quanto à forma de gestão empresarial, o *business format franchising* implica em uma gama muito mais complexa de obrigações do que a franquia de marca e produto, essencialmente rudimentar; assim, será levado em consideração o primeiro formato, partindo-se do pressuposto de que, nesse âmbito, algumas obrigações são comuns a praticamente todos os contratos¹⁷¹, e sua importância na determinação de uma relação equânime entre as partes demanda análise detida.

Nesse sentido, alguns autores se dedicaram à tarefa de estabelecer um rol de obrigações básicas, que constituem o cerne do contrato, merecendo, portanto, especial atenção. Vamos a elas.

4.1 Obrigações do franqueador

De modo geral, as obrigações do franqueador decorrem de sua posição estratégica junto à empresa, no sentido de estabelecer todo o seu escopo e formas de atingi-lo, o que inclui publicidade massiva, treinamento de franqueados, técnicas para atraí-los e garantia de constante assistência. Aí se inserem obrigações específicas, com vistas à concretização dos objetivos maiores da rede.

¹⁷⁰Como já citado quando da análise sobre a evolução legislativa no Brasil.

¹⁷¹Segundo Carlos David Albuquerque BRAGA (*Contrato cit.*, nota 152 supra, p. 80): “As obrigações das partes são definidas nos respectivos instrumentos contratuais. Elas podem variar, substancialmente, segundo o tipo de franquia adotado e as circunstâncias de cada caso concreto. Não obstante, considerando os elementos essenciais do conceito de franquia empresarial (...), e considerando que tais elementos foram identificados a partir justamente da construção prática do instituto, é possível apontar algumas obrigações que normalmente estão presentes no contrato de franquia empresarial e que acabam caracterizando esse contrato.”

Assim, de um ponto de vista mais amplo, as obrigações do franqueador configuram o sustentáculo intelectual da franquia, sua própria razão de ser, já que foi justamente a partir da força criativa e empreendedora do franqueador que se originou o negócio. Cabe a ele zelar pela permanência dos padrões de qualidade e pelo constante aprimoramento da rede, buscando sempre aperfeiçoar-se e não perder o ritmo ou se deixar levar pelo sucesso momentâneo, que pode ser facilmente ultrapassado por outros players bem direcionados. O mercado é dinâmico e essencialmente predatório, e deixar-se enlevar por ações pontuais bem-sucedidas pode acabar por conduzir uma boa rede ao fracasso.

Nesse sentido, a constante vigilância do franqueador faz-se essencial. A ele cabe toda uma gama de atividades criativas que sustentam o sistema de *franchising*, ainda que seu aperfeiçoamento ao longo dos anos se baseie, naturalmente, nas experiências e no aprendizado hauridos do esforço conjunto com os franqueados, dos erros e acertos percebidos no trajeto da rede.

O franqueador tem, portanto, importância estratégica enquanto base criativa da franquia por ele idealizada. A necessidade de contínuo aprimoramento e atenção ao mercado se presta a evitar a obsolescência do escopo da rede – assentado, qualquer que seja a natureza do franqueamento¹⁷², em uma ideia inovadora e atraente. Não se pode deixar de fazer frente à concorrência, o que implica em esforço constante no sentido de sempre se destacar; daí termos dito acima que ater-se a sucessos momentâneos pode acabar por prejudicar a rede, que se acomoda frente ao mercado e deixa de levar em consideração o risco de ser passada para trás. A cada dia surgem novas ideias e players dispostos a obter reconhecimento e sucesso, de tal forma que uma rede agora vitoriosa não pode simplesmente se fiar na inércia para garantir a continuidade dos bons resultados.

Tudo isso demonstra que as obrigações do franqueador englobam a própria estrutura do negócio, apesar de, a princípio, não significarem envolvimento com atividades operacionais, que ficam essencialmente a cargo do franqueado. Nesse sentido, Sebastião José ROQUE¹⁷³:

[O franqueador] não se dedica a atividades operacionais, mas à pesquisa, ao desenvolvimento de produtos, à criatividade. Divulga de forma bem ampla suas marcas e a boa qualidade de seus produtos. Assim fazendo, valoriza o serviço que ofertará. O franqueador desenvolve toda uma tecnologia a ser usada por outrem.

¹⁷²Franquia de produtos, serviços, de distribuição ou industrial, conforme a classificação apresentada no capítulo anterior.

¹⁷³*Dos contratos cit.* (nota 63 supra), p. 216.

Para além desse aspecto primordial - a sustentação do negócio -, cabe ao franqueador prestar contínua assistência a todos os seus franqueados, o que também se relaciona à manutenção do nível técnico e repercute no prestígio da rede, em última instância. É lógico considerar que a ausência de assistência, além de desestimular os franqueados e implicar em quebra da confiança entre os entes da franquia (o que por si só já pode ser fatal), leva a uma desorganização interna, com falta de padronização entre as unidades e persistência em erros.

Por outro lado, se o franqueador se mantiver sempre a postos para dirimir dúvidas e orientar corretamente seus franqueados, fortalecerá o vínculo de confiança e a sinergia, o que se reflete nos resultados finais. Isso ultrapassa os aspectos práticos imediatos, relativos a correção de erros e orientação geral para obtenção de maior eficiência.

As determinações do franqueador se fazem presentes também quanto aos aspectos contratuais analisados no capítulo anterior. A depender da franquia, a influência do franqueador será maior ou menor em determinado ponto; as obrigações que lhe cabem se refletem, por exemplo, nas questões técnicas concernentes ao *engineering*, ao *management* e ao *marketing*, que dizem respeito à conformação predial, visual, administrativa e publicitária da nova unidade à rede, e têm um papel crucial na aceitação junto ao público local e ao sucesso da unidade, portanto. Necessário ressaltar a dificuldade de se coordenar a padronização de várias unidades, que se encontram em níveis distintos de desenvolvimento, demandando maior ou menor atenção. Assim, o franqueador deve garantir apoio ao início e à continuidade das atividades de todas as suas unidades franqueadas, de forma eficiente e proativa, para assegurar o sucesso da rede como um todo.

Some-se a isso, também, a coordenação da publicidade geral da rede – apesar de não ser excluída publicidade local, as campanhas mais rentáveis e elaboradas abrangem todas as unidades, como já discutido no capítulo anterior. O pagamento dos franqueados a título de publicidade deve reverter em campanhas sólidas e bem conduzidas, aptas a gerar lucro que compense os esforços; de outra forma, também esse se torna um fator de estremecimento dos laços de confiança, o que inevitavelmente se reflete no sucesso da franquia. Cabe ao franqueador, portanto, gerir também este aspecto, tão detalhado e determinante quanto os anteriores.

Não excluídas as obrigações específicas abaixo analisadas, fica claro, a partir dessa visão geral, que o cerne das obrigações contratuais do franqueador diz respeito à montagem e manutenção do negócio em si, enquanto conceito diferenciado no mercado, que deve ser

permanentemente aprimorado para a obtenção de reconhecimento duradouro e estabilidade. Deve-se ressaltar que um nome forte no mercado não se relaciona apenas a um sucesso abrupto e inesperado ou a um ciclo pontual de apreciação pelos consumidores, mas, antes, à construção de uma reputação sólida, que sustente um apelo no imaginário popular maior do que preferências sazonais. Daí a importância estrutural de um cuidado permanente com a rede, em todos os seus aspectos, mesmo que os benefícios de alguns investimentos não sejam óbvios ou imediatos.

Desse escopo principal derivam as obrigações específicas, que acabam por concretizá-lo; assim, por exemplo, uma obrigação maior de se agir sempre com base na transparência e na boa-fé se consubstancia, em um primeiro momento, na entrega da Circular de Oferta de Franquia. Objetivamente, essa é a primeira obrigação relevante, a ser satisfeita antes mesmo da assinatura do contrato, o que possibilita ao franqueado decidir de forma razoável se realmente fará parte do negócio. Nesse sentido¹⁷⁴,

...a principal obrigação da franqueadora é permitir que os franqueados tenham acesso a todas as informações e dados pertinentes ao sistema de franquia, propiciando não só um conhecimento amplo da organização e da história da franqueadora, como ainda suas políticas e perspectivas, além, é claro, dos termos, condições e investimentos mínimos do próprio negócio.

Já aqui se observa a necessidade de o franqueador estar à disposição do franqueado para resolução de dúvidas e orientação quanto ao *franchising*¹⁷⁵. Tal disponibilidade pode ser decisiva nessa fase de tratativas, quando o franqueado formará seu convencimento sobre as qualidades do franqueador, para além do potencial econômico da franquia. Assim, a assistência contínua prestada pelo franqueador se inicia a partir do interesse de um possível franqueado em relação ao negócio, a quem deve ser apresentada toda a estrutura, não apenas para cativar seu interesse, mas também pela necessidade de demonstrar os conhecimentos que serão demandados na prática diária e explicar como se dá o funcionamento da rede.

Não basta, portanto, apresentar a COF; o franqueador deve efetivamente orientar o franqueado sobre todos os aspectos do negócio, o que serve tanto para esclarecê-lo e ajudá-lo a se decidir quanto para o próprio franqueador verificar se o candidato corresponde às suas expectativas e ao perfil da rede.

¹⁷⁴Sidnei AMENDOEIRA JÚNIOR, *Principais cit.* (nota 82 supra), p. 936.

¹⁷⁵Sobre esse aspecto, Lina FERNANDES (*Do contrato cit.*, nota 84 supra, p. 109) considera que o franqueador deve, também, “orientar o franqueado na constituição da pessoa jurídica, se for o caso”, o que exemplifica a necessidade de a assistência ser abrangente e detalhada.

Se o contrato se efetivar, o dever de assistência do franqueador persiste, incidindo, agora, sobre os aspectos concernentes à formatação do negócio: cabe a ele auxiliar o franqueado na escolha de um ponto comercial, se for o caso, tendo em vista, também, o acordo quanto a locação ou venda. Após, deverá ser feita toda a montagem do estabelecimento de acordo com o padrão da rede, o que inclui o aspecto visual e a logística interna. Todos esses itens, já abordados no capítulo anterior, devem ser supervisionados para evitar erros ou fugas do modelo original, e essa mesma lógica se aplica a modelos de franquia com âmbito contratual diverso, independente de estabelecimentos prediais autônomos. No caso, por exemplo, de um *corner franchise*, o estande deve seguir os padrões de acordo com seu porte e aspectos formatáveis, que não incluem adaptação ou construção de um prédio; mas, qualquer que seja a franquia, será exigido certo grau de formatação e adesão aos padrões, que implica na ajuda do franqueador quando do início da negócio. Assim, ele poderá se certificar de que não houve problemas na implantação daquela unidade, e, ao mesmo tempo, auxiliar o franqueado a aprender as técnicas e o modo operacional padrão. Nesse início de atividades o vínculo de confiança deve ser cultivado; daí a importância estratégica da fase de implantação da unidade para seu sucesso futuro, embasado na boa relação entre franqueador e franqueado.

A depender da natureza da franquia, haverá, ainda, maior ou menor transferência de *know-how*, técnicas e patentes: no caso de franquia industrial, por exemplo, os segredos industriais e patentes envolvidos, bem como as técnicas próprias de fabricação, têm importância basilar – em torno deles gira todo o contrato, sendo que em uma franquia pequena de venda de produtos, por exemplo, pode nem haver segredos envolvidos. Em qualquer dos casos, sempre é necessário contratar com transparência e precisão, abordando tais aspectos de forma clara, prevenindo dúvidas e evitando rugas futuras. É dever do franqueador zelar pela precisão contratual também nesse ponto, sem que haja lesão aos direitos do franqueado.

Definida a formatação predial e a cessão de direitos, o franqueador deve garantir a formação técnica do franqueado e de sua equipe. Nesse aspecto se incluem a orientação quanto ao procedimento de reposição de estoques e compra de mercadorias, junto ao franqueador ou às empresas por ele indicadas; cabe ao franqueador intermediar as relações comerciais do franqueado. E, ainda no que se refere ao controle de operações da unidade franqueada, cabe ao franqueador instruir o franqueado sobre questões contábeis e financeiras, inclusive com uso de sistema próprio, se for o caso.

Todo esse treinamento também tem caráter contínuo, pois sempre devem ser realizados aperfeiçoamentos e atualizações, além da capacitação de novos funcionários – tarefa que, com o passar do tempo, se desloca para o próprio franqueado.

Fábio PODESTÁ¹⁷⁶ assim resume as principais obrigações do franqueador:

Básica e normalmente, sendo o franqueador titular da marca ou da designação, sua principal obrigação é o licenciamento, partindo daí o dever de prover, assistir e treinar o franqueado de modo permanente, inclusive conferindo os meios disponíveis para a implementação de toda estrutura do estabelecimento comercial por meio de técnicas de *engineering*, *management* e *marketing*. Trata-se de conferir conhecimentos técnicos bem específicos em favor do franqueado, ou seja, o chamado *know-how* (...).

Ademais, é natural que o franqueador se ocupe das questões práticas e legais atinentes à contratação, por já possuir, de antemão, os modelos contratuais que utiliza em sua rede. Isso não significa, todavia, ausência de flexibilidade sobre questões pontuais; como já defendido, o contrato de franquia não deve ser considerado de adesão, e o franqueador tem o dever de explicitar todos os aspectos e garantir que o franqueado seja esclarecido sobre o conteúdo contratual. Mesmo que se adote o contrato padrão, sem qualquer modificação, o franqueador deve apresentá-lo e discuti-lo, de forma a demonstrar sua adequação. É obrigação do franqueador, também, respeitar as cláusulas contratuais; se acordada a exclusividade territorial do franqueado em determinada área de atuação, por exemplo, o franqueador deve respeitá-la.

De modo geral, o franqueador deve sempre basear seu agir na boa-fé, auxiliando o franqueado e respeitando-o, o que beneficia sua própria rede. Se tal não for sua conduta, a superioridade técnica e a maior experiência podem levar a abusos.

Por fim, Lina FERNANDES¹⁷⁷ aponta também que é obrigação do franqueador “representar seu sistema de negócios junto ao mercado, associações de classe, poderes públicos e demais órgãos ou entidades, com o objetivo de manter a unidade corporativa da franquia.”

4.2 Obrigações do franqueado

Apesar de se admitir que “ao franqueado cabe uma gama bem maior de obrigações”¹⁷⁸, decorrente de sua posição de menor autonomia, não costuma lhes ser destinada a devida

¹⁷⁶ *Contrato cit.* (nota 78 supra), p. 413.

¹⁷⁷ *Do contrato cit.* (nota 84 supra), p. 109.

¹⁷⁸ Sebastião José ROQUE, *Dos contratos cit.* (nota 59), p. 217. Na mesma linha, Nelson ABRÃO, *Da franquia comercial (franchising)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 20, e Luiz Rodolfo Cruz e CREUZ e Bruno

atenção. Como explanado acima, é dever do franqueador a condução geral do negócio, de forma que a ele se associa todo o dinamismo presente em uma franquia; no entanto, o franqueado concretiza diariamente o escopo da rede e contribui de modo basilar para seu sucesso, porque observa, na prática, as reações e preferências do público consumidor, além de ser o responsável direto por consolidar uma imagem de bom atendimento e qualidade na prestação de serviços.

As obrigações que lhe cabem, portanto, importam diretamente na viabilização e consolidação do negócio junto ao mercado, de forma que o franqueado não se limita a meramente obedecer a determinações do franqueador. Natural que ele não possa extrapolar os limites estabelecidos, mas há, sim, uma margem de autonomia – sem o que, afinal, não seria possível conduzir o negócio. Sendo o intermediário entre franqueador e consumidores, o franqueado está em posição privilegiada quanto ao diagnóstico da reação do público a medidas tomadas pela rede; assim, tem importância fulcral na busca pelo sucesso do negócio, contribuindo de forma decisiva para sua otimização.

Segundo Luiz FELIZARDO BARROSO¹⁷⁹:

Modernamente, em matéria de estratégia empresarial, não se cogita mais de um planejamento rígido, pré-traçado, ainda que prevendo cenários diferentes. O que as mudanças, em ritmo vertiginoso, no ambiente empresarial, estão a demandar é um ajuste constante do “dispositivo de combate”, a cada movimento novo das forças adversas. Não que se abandone a estratégia em benefício da tática, mas, sem dúvida, esta tem estado cada vez mais em evidência.

Por isso a importância da figura do franqueado salta aos olhos, pois é ele que está nas trincheiras, enfrentando no dia a dia as peculiaridades do negócio e as mudanças nas preferências e nas condições financeiras do consumidor final.

Em um primeiro momento, no entanto, o franqueado ainda não dispõe de suficiente experiência no manejo do negócio, sendo que então se fazem ainda mais importantes as orientações do franqueador. Por esse motivo, as obrigações do franqueado praticamente se resumem, nessa fase, a cumprir tais determinações, em relação a todos os aspectos da franquia. Antes disso, há, também, a obrigação de diligência e cautela do franqueado na fase pré-contratual, em que ele deve se informar ao máximo sobre o negócio e sopesar aspectos

Batista da Costa de OLIVEIRA (*Indenizações cit.*, nota 39 supra, p. 80): “O franqueador concederá a licença para uso da marca, transferirá o *know-how*, vez ou outra prestará serviços e entregará mercadoria. O franqueado, por sua vez, será o responsável direto pelo desenvolvimento do negócio, desembolsará capital para aderir à franquia, arcará, enfim, com a maior parte dos ônus financeiros do negócio. Seus riscos realmente são maiores.” Aduz também José CRETELLA NETO (*Manual cit.*, nota 5 supra, p. 113): “como contrato sinalagmático, prevê o contrato de *franchising* obrigações a cargo de cada uma das partes, cabendo geralmente as mais numerosas e difíceis de cumprir ao franqueado.”

¹⁷⁹ *Representação Comercial x Franchising - As Vantagens da Franquia Empresarial*, in *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010, pp. 256-267, disponível em <http://www.iabnacional.org.br> [12-09-2012]. P. 264.

positivos e negativos, verificando, afinal, se possui o perfil, a disposição e o capital necessários para assumir tal posição. Fábio PODESTÁ aponta que tais obrigações pré-contratuais “fundamentalmente direcionam para a necessária segurança na formação do vínculo.”¹⁸⁰

Assim, como já delineado no capítulo anterior, em contrapartida à obrigação do franqueador de divulgar todas as informações necessárias na COF e colocar-se à disposição para esclarecimentos tem-se a obrigação do franqueado de ser diligente ao buscar dados e respostas às suas próprias dúvidas, demonstrando interesse e pró-atividade. O franqueador tem o dever de prestar todos os esclarecimentos possíveis, de forma clara e com antecedência, conforme dita a Lei 8.955/94; mas o franqueado não pode se quedar inerte, meramente absorvendo as informações colocadas à sua disposição. Enquanto interessado em fazer parte da franquia, deve mostrar, desde o começo, comprometimento e agilidade, características essenciais à assunção de um encargo tão oneroso. Cabe lembrar que o franqueado, embora não disponha de total independência, assume a posição de chefe de sua unidade, devendo lidar com funcionários e resolver questões que diariamente se lhe apresentam; daí a necessidade de ter um perfil adequado a esse trabalho.

Sobre isso, Marcelo CHERTO¹⁸¹ destaca a necessidade de o franqueado questionar-se sinceramente quanto à sua disposição em adquirir uma franquia, o que implica em trabalhar árdua e ininterruptamente, com retorno financeiro não imediato. Tendo isso em vista, pode-se considerar que o franqueado tem também a obrigação de analisar friamente vários aspectos fundamentais ao sucesso da contratação, apontados por CHERTO: suas próprias aspirações, sua disposição em aprender e trabalhar com afinco, a identificação que sente com aquele negócio, sua condição financeira, o quão realistas são suas expectativas, o quanto realmente conhece do mercado em que pretende atuar e até que ponto ele corresponde ao perfil de um franqueado ideal, que não se importa em sacrificar a total autonomia em nome de maior suporte e chances de sucesso. Ademais, deve se empenhar, também, em conhecer o franqueador e analisar sua empatia, que será fundamental ao longo da relação de apoio mútuo que deve imperar no *franchising*.

¹⁸⁰ *Contrato cit.* (nota 78 supra), p. 413.

¹⁸¹ *Franchising cit.* (nota 2 supra), pp. 63-64.

Na mesma linha, Luiz Rodolfo Cruz e CREUZ e Bruno Batista da Costa de OLIVEIRA¹⁸² apontam as primeiras medidas a ser tomadas por um potencial candidato a franqueado, evidenciando seu dever de diligência:

(i) focalizar os segmentos que mais se identificam com o perfil do candidato; (ii) definição da região de atuação de preferência; (iii) seleção de algumas franquias e seus franqueadores, visando conhecer a sua estrutura; (iv) acesso e análise de todos os documentos das franquias (COF, pré-contrato, contrato de franquia e demais disponibilizados); (v) pesquisa dos dados históricos da franquia (há quanto tempo existe o negócio e há quanto tempo o franqueia); (vi) estudo dos detalhes da operação; (vii) verificação e análise dos faturamentos, despesas e lucro médios; (ix) contato com os franqueados e ex-franqueados (cuja lista deve constar da COF); (x) avaliação dos critérios e custos de investimentos, retorno e risco e demais estudos financeiros e econômicos, sejam fornecidos pela franqueadora, sejam individualmente realizados pelo candidato.

Ou seja, as obrigações pré-contratuais do franqueado são fundamentais para que haja uma posterior contratação, pois se relacionam à confiança que as partes depositam uma na outra, a partir dos interesses demonstrados nesse primeiro momento. O franqueado não deve, portanto, comprometer-se com tal negócio se não estiver verdadeiramente preparado e disposto a se empenhar. A falta de lisura quanto a tais aspectos demonstra, mais que ingenuidade, má-fé, por representar no mínimo perda de tempo para o franqueador, que pode redundar em prejuízos diversos se a condução da unidade franqueada for falha. Disso se vê a importância do agir do franqueado já nesse momento.

Firmado o contrato, deve o franqueado pôr em prática as principais orientações do franqueador, como já salientado. Assim, a montagem do estabelecimento deve seguir as especificações aplicáveis à rede, como estrutura física e logotipos, sistema de controle de vendas e contabilidade, treinamento e vestimenta dos funcionários. Essas são as primeiras questões a serem atendidas, pois têm a ver com o apelo visual da unidade junto ao público - que prontamente a associa à rede e a seu padrão de qualidade - e a seu funcionamento organizado e eficiente. Ademais, geralmente o franqueado não possui experiência prévia nesse tipo de negócio - um dos grandes atrativos do *franchising*, afinal, é a possibilidade de sucesso sem conhecimentos negociais anteriores -, de forma que o cumprimento à risca das orientações, nesse primeiro momento, se presta também a ensiná-lo a lidar com as questões práticas e a se acostumar com os procedimentos-padrão.

¹⁸² *Indenizações cit.*, nota 39 supra, p. 66.

Dentre essas obrigações se inclui o cumprimento das cláusulas essenciais, como o pagamento da taxa de franquia e dos royalties ao franqueador, bem como de outras taxas, relativas, por exemplo, a publicidade. Em resumo¹⁸³:

Formado o vínculo entre as partes, impõe-se que o franqueado pague uma soma a título de ingresso no sistema e outra fixa (mensal) sobre as vendas efetuadas e estabelecidas conforme o contrato, além de seguir estritamente as instruções do franqueador acerca da produção, comercialização e administração do produto e/ou do serviço.

Para além desses aspectos técnicos, no entanto, o franqueado tem o dever maior de concorrer para o sucesso de sua unidade enquanto integrante de uma rede, buscando, então, fazer jus ao nome da marca no mercado e desenvolver suas atividades da melhor forma possível. Com isso, ele deve, no mínimo, manter a qualidade da unidade no nível das demais; se conseguir superar a média estará beneficiando não apenas a si mesmo, com o reflexo imediato nos lucros, mas também à rede como um todo, que terá um estímulo para se aperfeiçoar e um modelo a seguir para concretizar tal objetivo. Tal obrigação se relaciona à ideia de que, se os diversos franqueados de uma rede derem o melhor de si, todos os integrantes se beneficiarão. Essa é, afinal, a característica elementar do sistema de franquias: basear-se na ação sinérgica de seus membros.

Assim, enquanto ao franqueador cabe a idealização do negócio e sua primeira adaptação à realidade para torná-lo funcional, além da constante inspeção, o franqueado tem o dever fundamental de concretizá-lo diariamente, a partir dessa base, fazendo o possível para assegurar o nível de excelência. Vê-se, então, que o franqueado é peça chave do sucesso da franquia, e não mero autômato seguidor de regras. Adotar as orientações corretamente não implica em ausência de autonomia e de disposição individual para aprimorar o negócio.

A busca constante por esse aperfeiçoamento se reflete, na prática, em obrigações que ultrapassam, como já dito, a mera obediência a determinações do franqueador, e se relacionam ao cumprimento do dever maior de boa-fé e transparência nas relações comerciais. Assim, o franqueado deve sempre atentar para aspectos como sigilo de segredos comerciais e do *know-how* e respeito à livre concorrência, de tal forma que mesmo impulsionando o crescimento da rede e almejando cada vez mais lucro e sucesso, não desrespeite as demais unidades ou outras redes do mercado. A tênue separação entre busca justa de melhores resultados e abusos concorrenciais decorrentes da perseguição indiscriminada desse objetivo demonstra a necessidade de permanente atenção do franqueador e dos membros da rede, e,

¹⁸³Fábio PODESTÁ, *Contrato cit.* (nota 78 supra), pp. 413-414.

mais que isso, a importância da boa-fé enquanto parâmetro de conduta das partes. Nesse sentido, salta aos olhos o valor da análise conjunta das obrigações do franqueado: manutenção da qualidade da rede e, ao mesmo tempo, observância do sigilo e da não concorrência.

José CRETELLA NETO¹⁸⁴ destaca a necessidade de se considerar a rede como um todo:

Embora no negócio jurídico só participem diretamente o franqueador e o franqueado, as obrigações de ambos não são meramente recíprocas, isto é, de cada qual para com o outro: ambos têm obrigações *vis-à-vis* à rede de franqueados (*network*), quanto à unidade de procedimentos, ao território de atuação, à identidade visual dos produtos, dos uniformes dos empregados e à publicidade, por exemplo.

O *fair play* em relação às demais unidades da mesma rede se relaciona, como apontado, à limitação territorial¹⁸⁵. Cada franquia deve respeitar os limites geográficos de sua atuação, de forma a não incidir em abuso concorrencial por invasão de território. Diferentemente da confidencialidade, que, por dizer respeito à manutenção de segredos negociais, afeta, em primeira instância, o franqueador, a obrigação de restringir a atuação à área predeterminada tem relação direta com os demais franqueados, pois se reflete nos números de vendas e na fidelidade da clientela das unidades.

A não concorrência se desdobra também na vedação à compra de insumos de empresas outras que não as indicadas pelo franqueador, caso ele próprio não se ocupe da venda.

Em resumo às obrigações do franqueado, cabe citar o rol elaborado por Lina FERNANDES¹⁸⁶:

Ao franqueado incumbe:

- Constituir pessoa jurídica que exercerá a atividade comercial, objeto do contrato, e não transferi-lo a terceiro, sem a anuência do franqueador, no curso do prazo contratual;
- Usar a marca, nos termos estabelecidos no contrato;
- Difundir, promover e proteger a marca, utilizando-a, adequadamente, em todos os recipientes, utensílios, papeis, etc., necessários ao exercício do comércio;
- Participar de todas as promoções especiais determinadas pelo franqueador;
- Adequar o imóvel onde pretende explorar o ramo de negócio franqueado às normas e padrões estabelecidos pelo franqueador, inclusive o mobiliário, máquinas e demais equipamentos, não os alterando ou modificando-os sem a prévia e expressa anuência do franqueador;
- Contratar os empregados da empresa franqueada;

¹⁸⁴ *Manual cit.* (nota 5 supra), p. 23.

¹⁸⁵ Nas palavras de António Menezes CORDEIRO (*Manual cit.*, nota 61 supra, p. 692): “o franqueado poderá ficar adstrito (...) ao lançamento e desenvolvimento da sua actividade dentro de certa circunscrição.”

¹⁸⁶ *Do contrato cit.* (nota 84 supra), pp. 110-111.

- Utilizar o local ou imóvel única e exclusivamente para o desenvolvimento da atividade franqueada, conforme previsto no contrato de franquia;
- Participar, juntamente com seus funcionários, de todos os treinamentos e cursos determinados e ministrados pelo franqueador, cujo objetivo seja a implantação, a manutenção e o desenvolvimento do negócio;
- Acatar e cumprir rigorosamente especificações, padrões, procedimentos, recomendações e orientações transmitidas pelo franqueador, relativas à operação do negócio, sejam elas referentes a produtos ou serviços fornecidos ou prestados a clientes, ou à gerência administrativa da empresa;
- Adquirir do franqueador, ou de terceiro por ele indicado, os ingredientes e materiais para fabricação dos produtos a serem vendidos na empresa franqueada;
- Adquirir o estoque inicial para instalação do negócio, conforme orientações do franqueador;
- Manter absoluto sigilo do *know-how* transmitido pelo franqueador;
- Assumir todas as responsabilidades do negócio, não comprometendo ou envolvendo o franqueador em suas próprias operações de crédito, em qualquer tipo de compromisso financeiro ou em outras obrigações que não estejam expressamente previstas no contrato;
- Manter o estabelecimento aberto ao público nos dias e horários estabelecidos pelo franqueador;
- Aceitar a eventual permanência de um assessor do franqueador no estabelecimento para verificar o cumprimento das condições estipuladas, caso não estejam sendo cumpridas satisfatoriamente as metas ajustadas no contrato;
- Contratar os seguros determinados pelo franqueador;
- Efetuar o pagamento de todas as remunerações devidas ao franqueador;
- Suspender imediatamente, ao fim do contrato, o uso da marca do franqueador e cessar a venda de seus produtos;
- Não praticar atividade concorrente à do franqueador, utilizando o *know-how* dele adquirido, após a extinção do contrato.

Nelson ABRÃO¹⁸⁷ também delineou um extenso rol de deveres do franqueado, citando, após, sua divisão entre obrigações de fazer e não-fazer, conforme estabelecido por Jean Guyénot. Dentre as obrigações de fazer do franqueado se inserem as seguintes: i) *organização técnica*, que deve ser adequada também para um serviço de assistência pós-venda, prestado pelo franqueado para “assegurar a colocação e a revisão do material fornecido pelo franqueador”; ii) *peças avulsas*, dever relacionado à assistência pós-venda, pois há necessidade de manter peças para reposição; iii) *organização administrativa e controle financeiro*, de acordo com o padrão da rede; iv) *organização comercial*, relativa a métodos de venda e publicidade; v) *obrigação de revenda*, de acordo com a cota mínima estimada, a depender do tipo de franquia.

As obrigações de não fazer, por sua vez, seriam as de i) *não concorrência*, com o franqueador como único fornecedor, para o que também se estabelece uma cota mínima de insumos a serem adquiridos pelo franqueado; e ii) *preço de revenda*, de forma a não ultrapassar os limites contratualmente previstos.

¹⁸⁷Da *franquia cit.* (nota 178 supra), pp. 21-22.

Quanto à necessidade de se conduzir o negócio de acordo com determinações do franqueador, Nelson ABRÃO¹⁸⁸ considera que “isso, porém, não desfigura o caráter de independência de ambos, não induzindo qualquer ligação entre eles e, portanto, eventual responsabilidade do franqueador perante terceiros, por atos praticados pelo franqueado.”

Ante tais considerações sobre os deveres atinentes a cada parte do contrato de *franchising*, há que se analisar mais extensamente a questão da relação entre elas. De fato, franqueador e franqueado são pessoas jurídicas independentes, o que corrobora a citação acima; o franqueador não se responsabiliza por questões trabalhistas envolvendo unidades franqueadas, por exemplo. Considera-se que há, então, autonomia jurídica de ambos, mas subordinação econômica do franqueado, decorrente da própria estrutura do contrato, em que o franqueador tem atuação mais proeminente. Fran MARTINS¹⁸⁹ assim define tal situação:

Essa autonomia [do franqueado], na verdade, é relativa. Ela aparece como absoluta no sentido de franqueador e franqueado serem pessoas distintas, cada uma respondendo pelos atos que pratica. No entanto, as relações que ligam o franqueador ao franqueado são tão íntimas que muitas regras são impostas a esse pelo franqueador, restringindo o seu campo de ação.

Nas palavras de Ana Cláudia REDECKER¹⁹⁰:

O *franchising* consiste num contrato que combina a liberdade de atuação do franqueado – garantidora do dinamismo necessário ao sucesso de todo o negócio – com a observância, por parte deste, de regras mercadológicas indispensáveis à preservação da identidade e da reputação do sistema desenvolvido pelo franqueador. Mister esclarecer que a independência do franqueado é formal, visto que é atrelada às orientações e às imposições do franqueador. (...) Desta forma, no contrato de franquia, o franqueado renuncia, em parte, à sua liberdade de comerciante autônomo, para obter, em troca, a assistência, experiência e proteção do franqueador.

Essa é a lógica econômica do contrato de franquia: aliar partes com atuações distintas e essenciais ao negócio, que, juntas, compõem-no de forma complementar, garantindo vantagens e diminuição de riscos. Não se afigura possível o sucesso do *franchising* sem a clara distinção entre os deveres do franqueado e do franqueador, pois é justamente na divisão de tarefas e no apoio mútuo que se baseia esse contrato¹⁹¹:

O contrato implica colaboração constante entre franqueador e franqueado, tanto no campo tecnológico, como no econômico, mantendo ambos sua independência jurídica. Com essa colaboração, produz-se um crescimento acelerado de ambas as empresas. No entanto, há relevante dependência tecnológica do franqueado em

¹⁸⁸ *Da franquia cit.* (nota 178 supra), p. 21.

¹⁸⁹ *Contratos cit.* (nota 3 supra), p. 442.

¹⁹⁰ *Franquia cit.* (nota 4 supra), pp. 69-70.

¹⁹¹ Sílvio de Salvo VENOSA, *Direito cit.* (nota 42 supra), p. 545.

relação ao franqueador, sendo este o ponto mais débil do instituto, em desfavor do franqueado.

Assim, a relativa independência de que goza o franqueado não pressupõe ausência de qualquer tipo de relação vertical. De fato, o franqueador encontra-se em posição a princípio mais vantajosa, haja vista ser o detentor da técnica e quem determina, em última instância, a formatação de todo o negócio, que foi por ele idealizado. Como analisado, o franqueado deve, sim, se subordinar em relação a vários aspectos, para se adequar a essa formatação; afinal, pretende ser como que um parceiro do franqueador, de forma que é essencial que haja concordância quanto aos pontos já definidos.

No entanto, como se pretendeu argumentar acima, tal fato não implica que o franqueado seja um ente completamente dependente de determinações arbitrárias do franqueador, sem voz ou participação relevante. Deve-se salientar que a franquia é uma via de mão dupla, em que a atuação de ambas as partes é fundamental para o sucesso do negócio como um todo; não se pode partir da ingênua ideia de que o franqueado não tem importância na dinâmica contratual. Pelo contrário: como demonstrado, cabe a ele a concretização do negócio e a percepção sobre a reação do público, o que se reputa essencial ao sistema. Conforme Adriana Mandim THEODORO DE MELLO¹⁹², “o peso da dominação econômica, entretanto, torna-se menos notado à medida que a cooperação de esforços produz resultado satisfatórios para ambos.”

A estrutura contratual, apesar de favorecer certa dominância do franqueador, não impede que o franqueado também incorra em abusos, ao invés de ser sempre vítima. Pelo contrário: se ele não se pautar pela boa-fé, pode se aproveitar dos segredos e técnicas que lhe foram confiados e do *know-how* adquirido para prejudicar a rede. Trata-se, afinal, de pessoa estranha ao sistema que posteriormente foi nele introduzida, com todos os instrumentos necessários a uma participação eficaz e em equipe; não há como garantir-se, no entanto, que ele não faça uso indevido das ferramentas que lhe são disponibilizadas, buscando beneficiar-se em detrimento dos demais elementos da rede.

Tal atitude acaba por prejudicar não somente os demais franqueados e o franqueador, mas também os consumidores, que se veem enganados na medida em que pagam por um serviço de qualidade inferior ao anunciado ou mesmo ao obtido em outras unidades da mesma rede. Há, portanto, quebra da confiança em diversos níveis, o que lesa a rede de maneira

¹⁹²*Franquia cit.* (nota 75 supra), p. 49.

duradoura e por vezes fatal, a depender do tempo e do nível com que é perpetrado o abuso, afetando também a higidez do mercado.

Dáí se vê que, apesar de ocupar posição de menor autonomia no *franchising*, o franqueado pode causar enormes danos se agir de modo lesivo, não figurando apenas como vítima de desmandos do franqueador. A necessidade de se analisar mais detidamente tal postura do franqueado constitui o escopo do próximo capítulo.

5. DESCUMPRIMENTOS POR PARTE DE FRANQUEADOS

Conforme introduzido no final do capítulo anterior, há que se dimensionar devidamente os abusos cometidos por franqueados, que não figuram apenas como parte estruturalmente mais fraca do contrato de franquia. O fato de terem acesso a segredos comerciais e *know-how* próprio da rede lhes possibilita agir de forma lesiva ao franqueador, aos demais franqueados e ao mercado consumidor.

Nesse sentido, diversas atitudes do franqueado podem configurar abuso, em todas as fases contratuais. De início, quando da apresentação da Circular de Oferta de Franquia, o franqueado tem o dever de agir com diligência e pró-atividade, dirimindo suas dúvidas e tentando obter o maior número possível de informações sobre o negócio em que pretende tomar parte. No entanto, essa postura inicial de humildade e abertura a novos conhecimentos pode posteriormente dar lugar a certa prepotência e tentativa de se beneficiar a todo custo, como aponta Luiz Edmundo Appel BOJUNGA¹⁹³:

Vale dizer, mesmo sendo contrato por adesão, [o *franchising*] comporta margem de negociação e, quando da contratação, o franqueado para obter as excelências do negócio (prestígio da marca consagrada, treinamento operacional, suporte e fornecimentos variados) subordina-se ao ajuste sem qualquer ressalva. Todavia, depois de adquirir o *know-how* fornecido muitas vezes gratuitamente pelo franqueador, passa o franqueado a questionar a validade de cláusulas que designa “abusivas” ou que “impedem a livre concorrência”. Vale lembrar, que através do pagamento de *royalties* contínuos é que o franqueador, após longo tempo, irá parcialmente recuperar seus custos e investimentos na elaboração, manutenção, melhorias etc., do produto ou serviço oferecido ao mercado através da rede de franquia. Nestes casos, deve o operador do direito sopesar as vantagens e desvantagens conferidas pelas cláusulas reputadas “excessivas”, *desde a contratação*, sob pena de cometerem-se enormes injustiças ao tentar-se reduzi-las ou torná-las inválidas.

Ou seja: apesar de, inicialmente, a hipossuficiência do franqueado ser maior, considerando que geralmente há inexperiência e desconhecimento sobre o mercado, isso não pode servir de justificativa para que ele aceite se submeter a cláusulas abusivas, para posteriormente denunciá-las. O que acaba ocorrendo, às vezes, é a má-fé posterior, que o leva a ver com maus olhos cláusulas perfeitamente cabíveis. Assim, determinações úteis para facilitar a aprendizagem e diminuir erros passam a soar simplesmente como impeditivas de maior lucro e cerceadoras de atuação, refletindo o que se supõe ser mero orgulho do franqueador, que pretende dominar todos os aspectos para controlar ferrenhamente seu negócio. Como já analisado, o que se tem é, na verdade, formatação dos aspectos da franquia

¹⁹³ *Natureza cit.* (nota 63 supra), p. 63.

para evitar descaracterização, alteração da qualidade dos serviços e problemas concorrenciais. Desconsideradas tais cláusulas, as dificuldades que se pretendia com elas evitar acabam se manifestando.

Nesse sentido, revela nítida má-fé o franqueado que se diz hipossuficiente em relação ao franqueador e ignorante quanto a itens contratuais mesmo depois de analisar o instrumento contratual detidamente e dirimir dúvidas, conforme a exigência legal, ou, ainda, após renovar o contrato diversas vezes. Ora, se quando da análise minuciosa, geralmente acompanhada da orientação de um advogado, não houve questionamento sobre a licitude de cláusulas, e se a execução se deu de forma pacífica a ponto de ensejar renovação do acordo, causa estranheza que o franqueado alegue, depois de tudo, ter sofrido abuso. Caso similar ocorre quando o franqueado tem experiência no ramo de negócio, de tal forma que apenas o funcionamento particular daquela empresa lhe é desconhecida; como já dispõe de conhecimentos técnicos, naturalmente que a ajuda que demandará será menor.

No decorrer da execução contratual, os abusos passíveis de serem cometidos pelo franqueado dizem respeito, na maior parte das vezes, a descumprimento de determinações do franqueador, rompendo com a formatação da franquia. Tendo em vista que a formatação incide até nos mínimos detalhes do negócio, é válido considerar que o franqueado pode facilmente descumprir determinações, mesmo que de forma não intencional. O problema maior ocorre quando ele deliberadamente se furta a cumprir deveres, evitando gastos e então obtendo maior lucro, de forma ilícita e danosa não só ao franqueador, como também aos demais franqueados, de forma por vezes mais direta.

Outro abuso durante a execução do contrato se refere à falta de pagamento de taxas, mesmo que se usufrua dos benefícios a ela relacionados, como, por exemplo, publicidade regional ou nacional. Considerando o enorme investimento envolvido na venda de uma franquia, entende-se que o franqueador custará a rescindir um contrato devido a atrasos no pagamento, o que dá margem a um comportamento desonesto do franqueado, no sentido de retardar quitações, efetuá-las parcialmente quando a relação com o franqueador sinaliza estar muito estremecida, e depois simplesmente voltar a agir dessa forma danosa. Trata-se, essencialmente, da figura do mau pagador, que muitos danos e desgastes traz. No entanto, seus resultados junto ao público podem ser bons, a ponto de o franqueador considerar mais vantajoso aturá-lo do que optar por encerrar a relação contratual, com todos os custos e complicações envolvidos.

Geralmente, franqueados que incorrem em descumprimentos dolosos ao longo da execução contratual desconsideram o fato de que as obrigações que lhes cabem não constituem arbitrariedade do franqueador, mas contraprestação pela participação no sistema e pelo acesso a suas vantagens, sendo que todos investem para poder participar nos ganhos. Seus descumprimentos afetam também os demais franqueados, que podem enfrentar perda de clientes em favor da unidade que oferece produtos ou serviços por menor preço (o que é possível se o franqueado se furta a adimplir suas obrigações), e, em última instância, passam a desconfiar do controle do franqueador sobre a rede, pois observam o sucesso de um ente que flagrantemente descumpra seus deveres. A quebra de confiança que se opera a partir de tal quadro é de veras danosa, pois afeta a sinergia essencial à concretização harmoniosa de um negócio que envolve tantas partes e interesses.

Já os abusos perpetrados por ex-franqueados após o término da relação contratual acabam por afetar especialmente o franqueador, pois dizem respeito, em geral, ao mau uso de seus bens imateriais e desrespeito a cláusula de barreira. Natural que um prejuízo imaterial à rede afeta todos os seus componentes, mas em um período maior de tempo, quando geralmente o abuso já foi identificado e coibido; no caso, contudo, de franqueados que atuem próximo à unidade problemática, os danos à imagem e à concorrência são sentidos de forma mais imediata, o que demonstra também a necessidade de a rede agir rapidamente para evitar maiores problemas – o que acaba por ocorrer quando o franqueado atua ilícitamente por um período longo, captando clientes e desvirtuando, no imaginário popular, a associação da marca à qualidade da rede.

A necessidade de se coibir tais práticas demanda atenção judicial, pois sem tutela nesse sentido o franqueado se vê quase que estimulado a descumprir obrigações; perceberia benefícios maiores, sob o manto da proteção à parte hipossuficiente. Felizmente, pode-se observar na prática que alegações infundadas de hipossuficiência com o fito de se locupletar ilícitamente, com base na ideia de que o franqueador age com tirania, não têm obtido respaldo judicial. Averiguada a situação fática, o abuso do franqueado se faz evidente, conforme demonstram os casos a seguir.

5.1 Casuística

5.1.1 Franqueado já experiente

Uma das situações de abuso no início da relação contratual se dá quando o novo franqueado já é experiente no ramo e tenta tirar proveito de disposições que se prestam a tutelar os inexperientes. Neste caso¹⁹⁴, por exemplo, o franqueado pleiteou anulação do contrato em decorrência de não apresentação da Circular de Oferta de Franquia pelo franqueador, mas havia prosseguido em suas atividades profissionais sem qualquer prejuízo, pois já possuía experiência no ramo – antes de usarem o *franchising* para intermediar seus negócios, as partes já trabalhavam juntas. Vê-se, portanto, que ele tentou se valer da falha do franqueador para beneficiar-se, apesar de, na prática, não ter tido qualquer problema a ela relacionado.

O TJ/SP, apreciando apelação do franqueado contra sentença de 1º grau que julgou improcedentes seus pedidos, aduziu que a ausência de Circular de Oferta de Franquia enseja anulabilidade do contrato, e não nulidade. No caso concreto, não se verificou prejuízo à atividade empreendida pelo franqueado, justamente pela especificidade de ser ele já experiente no ramo; ademais, o fato de ter aceitado trabalhar sob tais condições, ciente do vício que posteriormente veio a alegar, implicou em convalidação do ato. É evidente a má-fé do franqueado: a ausência de COF tanto não lhe causou transtornos, que ele continuou a exercer a atividade normalmente, e o contrato de franquia somente foi encerrado por desejo do franqueador.

Outra evidência de má-fé é a tentativa de caracterizar a exclusividade de abastecimento do franqueador como abusiva, sendo que tal cláusula também era anterior à adoção, pelas partes, do sistema de franquia. Sempre houve vinculação nesse aspecto, com o objetivo de garantir a qualidade dos serviços ofertados, e o franqueado nunca se insurgiu contra isso. Nem poderia ser possível outro tipo de avença, por se tratar de franquia relativa a posto de gasolina, setor sujeito a regulação específica. Conforme dispôs o acórdão (grifos no original):

Na realidade, a exclusividade atendia ao interesse das partes.
A distribuidora investia no posto, patrocinava as instalações necessárias a estruturação do comércio, visando obter exclusividade, e garantir a venda de seus produtos.

¹⁹⁴TJ/SP, 19ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0103401-40.2008.8.26.0000, rel. Mario de Oliveira, julg. 27/05/2013.

O posto, em função da exclusividade, obtinha os equipamentos necessários ao seu funcionamento, tinha assegurado o fornecimento do combustível e contava com a “bandeira” da distribuidora e a aparente confiabilidade de sua marca para atrair a clientela.

Ora, não se afigura razoável permitir ao revendedor ostentar uma marca e revender combustível de outra distribuidora, conduta que prejudicaria o consumidor final.

Daí a existência de regramento da matéria, mediante Portaria da ANP n. 116, de 05.07.00, alterada pela Resolução 15/2007 dispoendo:

“Art. 11. O revendedor varejista deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado.

(...)

§2 Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível, biodiesel, mistura óleo diesel/biodiesel especificada ou autorizada pela ANP, e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida”.

Desta feita, a exclusividade, no caso dos autos, não representa arbitrariedade da ré, mas sim dever legal do varejista.

Ademais, o franqueado alegou que os preços impostos pelo franqueador eram abusivos, sendo que constava do contrato cláusula explícita sobre a necessidade de os preços serem maiores do que os praticados em relação a postos não franqueados, em decorrência dos investimentos extras que são dispensados aos que optam pelo *franchising*. Ficou provado, também, que não havia diferenciação de preços entre postos franqueados, nem imposição de preço final ao consumidor.

Por fim, outro argumento do franqueado para evidenciar possível abuso do franqueador consistiu na suposta não transferência do *know-how* essencial ao bom desempenho de sua atividade. No entanto, além de o franqueador ter lhe repassado o “Manual de Operação do Posto”, já se ressaltou que o franqueado atuava no mercado há mais tempo, sendo descabido imaginar que padecesse de falta de conhecimentos técnicos.

Vê-se, portanto, que as sucessivas tentativas de responsabilizar o franqueador por pretensos abusos perpetrados em decorrência de sua posição de dominação não passaram de alegações infundadas nesse caso concreto. É evidente a importância das circunstâncias para a caracterização de condutas abusivas das partes: considerando-se que o franqueado geralmente é inexperiente e iniciante no ramo, a falta de entrega de COF no prazo avençado costuma causar grandes transtornos, realmente suscitando anulação do contrato. Aqui, por sua vez, não houve qualquer prejuízo, podendo-se considerar que o franqueador deixou de apresentar o documento justamente porque já tinha relação contratual anterior com o franqueado; e restou demonstrada a má-fé do franqueado não apenas nesta, como também em todas as outras alegações infundadas feitas no intuito de responsabilizar o franqueador por condutas que, na verdade, nada tinham de lesivas.

5.1.2 Descumprimento do dever de sigilo e concorrência desleal

Aqui¹⁹⁵, as partes efetuaram pré-contrato de franquia, ao fim do qual houve regular distrato. No entanto, o franqueado continuou a usar a marca e o *know-how* repassados pelo franqueador mesmo após a rescisão do vínculo contratual, sem descaracterizar a unidade ou devolver materiais. Apesar de ter alterado o nome, passou a prestar idênticos serviços com todo o aparato técnico e mercadológico havido do franqueador, inclusive o software exclusivo da marca. Em vista disso, o franqueador valeu-se de ação de rescisão contratual cumulada com obrigação de não fazer, objetivando que o franqueado se abstinhasse de continuar a fazer uso indevido dos conhecimentos repassados. Requereu, ainda, pagamento de multas contratuais, perdas e danos e lucros cessantes pelo período em que o franqueado desenvolveu ilicitamente a atividade e devolução de todos os materiais e equipamentos que lhe pertenciam, bem como autorização para iniciar nova franquia na mesma zona territorial.

Em sua defesa, o franqueado alegou que seria, na verdade, vítima de abusos do franqueador, que teria condutas condenáveis, como improbidade, ingerência e apropriação indevida de recursos, as quais teriam se revelado concretamente por meio de prestação de falsas informações na COF, atraso na entrega de equipamentos e malversação de verbas do fundo de propaganda. Não obstante a gravidade de tais acusações, nenhuma delas foi devidamente provada.

Por outro lado, o franqueador logrou provar que o franqueado descumpriu obrigações ao longo do pré-contrato de franquia, e que, notificado extrajudicialmente, afirmou seu interesse em descontinuar a relação – daí a não celebração de contrato definitivo.

A sentença de 1º grau, mantida em segunda instância, considerou que a rescisão bilateral descaracteriza alegações de perdas e danos, já que não houve resolução por inadimplemento de uma das partes, mas não veda a subsistência de deveres pós-contratuais, como o de sigilo e de vedação à concorrência. No caso, havia cláusula prevendo a proibição, ao franqueado, de exercer a mesma atividade ou congêneres até um ano após o fim da relação contratual, o que foi evidentemente descumprido. Ademais, considerou-se que os alegados abusos na fase de execução contratual não eximem o franqueado de seus deveres pós-contratuais – mesmo porque, novamente, não houve qualquer denúncia de problemas quando do cumprimento do contrato. Asseverou-se que a cláusula que veda ao franqueado exercer a

¹⁹⁵TJ/SP, 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9185234-87.2009.8.26.0000, rel. Salles Vieira, julg. 27/06/2013.

mesma atividade por um ano após o fim do contrato configura meio de coibir seu enriquecimento sem causa, e não abuso do franqueador; da mesma forma, o franqueador pode, findo o contrato, estabelecer nova unidade franqueada na mesma zona territorial, a fim de continuar suas atividades.

Vê-se que o franqueado incorreu em abusos pós-contratuais, na medida em que se valeu de esforços do franqueador para impulsionar negócio próprio, alterando de forma mínima a estrutura que lhe fora anteriormente repassada no âmbito do pacto de confiança do *franchising*. Restou evidente, portanto, o abuso cometido – o suporte do franqueador foi usado como trampolim para o início de um negócio já plenamente organizado por parte do ex-franqueado. Foi determinada, portanto, a devolução dos materiais referentes à marca e a cessação de atividade similar à do franqueador, bem como pagamento, pelo franqueado, de multa contratual devido à concorrência desleal exercida. Declarou-se, também, o direito do franqueador de estabelecer nova unidade franqueada na área, e, por fim, condenou-se o franqueado também a respeitar o dever de sigilo quanto aos conhecimentos obtidos em função do vínculo contratual.

5.1.3 Falta de diligência

Neste outro caso¹⁹⁶, o franqueado alegou vício da vontade quando da assinatura do contrato, uma vez que o franqueador não lhe teria dado acesso a todas as informações necessárias para uma análise completa sobre o negócio. Ao contrário do que afirmou, no entanto, restou provado que houve entrega da COF, de modo que as informações gerais efetivamente lhe foram repassadas. O que se verificou foi ausência de diligência do franqueado, no sentido de buscar se inteirar dos aspectos práticos da rede, para além de questões contratuais; nesse sentido, houve inércia de sua parte, o que não justifica a alegação de abuso do franqueador.

Conforme examinado no capítulo anterior, tais fatos demonstram a importância da obrigação pré-contratual do franqueado de agir com pró-atividade e zelo, buscando todas as informações possíveis sobre a rede em que tem interesse, de forma a analisar objetivamente se tem condições para assumir tal encargo. Aqui, houve falha nesse aspecto, e o franqueado, insatisfeito, tentou responsabilizar o franqueador pelo próprio risco do negócio, o que naturalmente foi rechaçado pelo julgador. Conforme a sentença de 1º grau:

¹⁹⁶TJ/SP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação nº 0135091-39.2012.8.26.0100, rel. Maia da Cunha, julg. 21/05/2013.

Pelo que se depreende da leitura dos fatos articulados na inicial e reiterados em réplica, a autora pretende o ressarcimento de prejuízos que não tem relação com atos praticados pela ré, isto porque o elemento risco é ínsito a toda e qualquer atividade econômica exercida, sendo que a ré advertiu a autora do tempo necessário à consolidação dos negócios, o que não foi refutado especificamente pela autora.(...) Pretende a autora, na verdade, criar com chancela judicial uma nova modalidade de seguro: o “seguro-franquia”, consubstanciado na garantia de que os insucessos dos franqueados e seus prejuízos serão integralmente ressarcidos pela franqueadora, desfigurando o contrato de franquias e transformando-o em contrato de seguro.

Cabe recordar que tratamos, aqui, de direito comercial, em que as partes assumem o risco da atividade econômica que se prestam a desenvolver; apesar de esse tipo contratual comportar certo desequilíbrio, tanto franqueado quanto franqueador são empresários, e menor nível de experiência não justifica falta de diligência no início do empreendimento. O acórdão ressaltou tal entendimento:

Assim, a verificação das condições gerais da franquias a ser adquirida é uma diligência normal que se espera de empresários e investidores. Através da análise da receptividade do produto junto ao mercado, a autora teria como saber se o negócio ensejado tinha condições de lhe proporcionar o retorno almejado.

A pretensão do franqueado de obter anulação do contrato de franquias e danos materiais e morais por prejuízos sofridos restou, portanto, totalmente improcedente, por evidenciar não descumprimentos do franqueador, mas sim, falta de preparação do próprio franqueado para lidar com o negócio em que escolheu tomar parte.

5.1.4 Concorrência desleal

Neste caso¹⁹⁷, o descumprimento por parte do franqueado se deu no curso da execução contratual. A partir dos conhecimentos adquiridos e do maquinário colocado à sua disposição em função do contrato de franquias, o franqueado desenvolveu produto igual ao comercializado pelo franqueador, e chegou a pleitear seu registro no INPI; houve, portanto, evidente desrespeito à cláusula de exclusividade. *In verbis*:

[O franqueador] sustenta que o desrespeito a tal regramento se deu porque a requerida vem comercializando produto similar ao franqueado, sendo que para a comercialização deste estaria se utilizando do conhecimento adquirido durante o franqueamento, além de estar usando a rede de distribuição e clientes adquirida durante a franquias, bem como de estar se utilizando do maquinário fornecido pela autora.

Para comprovar suas assertivas a parte autora juntou aos autos o documento de fl. 334, que comprova que a requerida protocolou pedido de registro da marca "Soda Floripa" no INPI, sendo que o produto se trataria de água de soda, o mesmo produto ofertado pela autora, bem como as fotografias de fls. 112-113, demonstram de maneira irrefutável que a ré utilizava da estrutura existente para envase e distribuição da Soda Cachoeirinha para facilitar a comercialização de seu produto.

¹⁹⁷TJ/SC, Apelação Cível nº 2011.028690-3, rel. Eduardo Mattos Gallo Júnior, julg. 21/08/2012.

Ressalte-se a grande quebra de confiança operada no presente caso, pois o franqueado, a quem o franqueador outorgou *know-how* e técnicas específicas visando à fidelização da clientela, fez uso de tais meios para se autopromover, valendo-se de todas as facilidades já estabelecidas para concorrer com o franqueador.

Com base nisso, foi deferida a rescisão contratual, sendo o franqueado obrigado a restituir bens e insumos, em especial a máquina própria para a confecção do produto que ele passou a imitar, bem como parar de usar o nome do franqueador e quitar dívidas referentes a royalties e uso de software.

5.1.5 Concorrência desleal

Este caso¹⁹⁸ se assemelha ao anterior pelo fato de o franqueado ter, também, se valido de conhecimentos adquiridos em função do contrato de franquia para estabelecer concorrência desleal em relação ao franqueador. Trata-se de ex-franquia da conhecida rede de ensino de idiomas Wizard, que, em evidente plágio ao material didático cedido pela franqueadora, estabeleceu outra rede, Wisdom, baseada na mesma metodologia, e ainda durante a vigência do contrato de *franchising*.

Em sede de embargos infringentes, o TJ/PR considerou:

Havendo semelhança na grafia, fonética e significados dos nomes atribuídos aos estabelecimentos das escolas de idiomas e tendo sido comprovado por laudo pericial que houve plágio do material didático produzido pela embargante, configurada ficou a prática de concorrência desleal, que se concretiza quando os atos praticados por um ou mais empresários atentam contra a moralidade e são tendentes a confundir os consumidores.

Ora, o abuso não poderia ser mais óbvio. Assim como no caso acima, o franqueado não empreenderia o novo negócio se não tivesse tido acesso a todas as informações e materiais que lhe foram repassados pelo franqueador, e é patente o abuso de confiança quando uma das partes deliberadamente se utiliza de elementos que outra lhe confia, de boa-fé, na crença de que estabelecerão parceria benéfica a ambos.

Em que pese o Recurso Especial não ter sido conhecido, por questões processuais, o TJ/PR já havia condenado o franqueado a não mais usar a marca e os materiais didáticos e de propaganda, além de ressarcimento pelos danos causados, a serem fixados em fase de liquidação.

¹⁹⁸STJ, Recurso Especial nº 695.792 - PR (2004/0156107-9), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julg. 01/10/2009.

5.1.6 Descumprimento de obrigações e concorrência desleal

Também aqui¹⁹⁹ nos deparamos com a apropriação, pelo franqueado, de técnicas e materiais idealizados pelo franqueador para fundamentar outro negócio. Trata-se do típico caso em que a relação entre as partes era, de início, harmoniosa, tanto que o mesmo franqueado adquiriu cinco outras unidades da rede; todavia, passou a considerar abusivas as condições em que operava, incidindo, então, em descumprimentos contratuais, que redundaram em rescisão. Após, o franqueado se valeu dos conhecimentos adquiridos durante a vigência do contrato para abrir novo negócio, idêntico ao anterior, caracterizando evidente abuso.

O franqueado não se dedicava ao negócio antes do contrato, tendo recebido treinamento do franqueador para aprender a lidar com o sistema próprio da empresa. Após um período de boas relações, o franqueado passou a descumprir condições, deixando de adquirir o material didático específico do curso, de pagar a taxa de publicidade e de reembolsar as despesas do franqueador quanto à manutenção do software. Notificado do alto valor de seu débito, o franqueado, de início, não firmou termo de confissão de dívidas, e o valor devido aumentou cada vez mais; o franqueador, no entanto, continuou a cumprir suas obrigações, o que possibilitou ao franqueado manter suas atividades em funcionamento.

O débito das seis unidades do franqueado ultrapassou um milhão de reais, prejudicando toda a rede, haja vista o não pagamento da taxa de publicidade nacional e regional por longo tempo, e por mais de uma loja. Apenas na terceira notificação o franqueado aceitou firmar "Termo de Confissão de Dívida com Alienação Fiduciária de Bens Móveis em Garantia e Outras Avenças", sendo acordado que o atraso no pagamento de duas parcelas implicaria em vencimento antecipado da dívida e rescisão automática dos contratos de franquia.

O franqueado descumpriu o acordo, e, além disso, passou a operar simultaneamente uma nova marca, dedicada à mesma atividade, e com uso da tecnologia e do *know-how* que o franqueador lhe repassara. Com isso, descumpriu cláusula que vedava concorrência desleal não apenas no curso da execução contratual, como também nos dois anos após seu término. Ademais, não bastasse o descumprimento em si, ele se valeu de empresas sucessoras a fim de

¹⁹⁹TJ/SP, Fórum João Mendes Júnior, 14ª Vara Cível, 583.00.2004.054891-4/000000-000 - nº ordem 863/2004 – Procedimento Ordinário – Juiz Aux. Alexandre Bucci, julg. 19/10/2010.

maquiar a violação da cláusula, agindo, portanto, de forma ainda mais torpe e evidentemente dolosa.

Segundo notícia veiculada pelo site da *Revista Consultor Jurídico*, o advogado da empresa franqueadora assinalou que “o caso provocou impacto negativo entre outros franqueados da S.O.S., que questionavam por que tinham que cumprir obrigações se outro franqueado não estava cumprindo as dele.”²⁰⁰ Daí se vê como a atitude abusiva de um franqueado se reflete negativamente na rede como um todo, não apenas por influir no comportamento do mercado consumidor e afetar a clientela das outras unidades, mas também por induzir um sentimento generalizado de desconfiança, que contamina a sinergia necessária para o funcionamento harmonioso da rede.

Em sua defesa, alegou ter sofrido abusos pelo franqueador, o que não se verificou. Conforme a sentença:

O arrependimento tardio e ineficaz dos réus não poderia ser convalidado sob o rótulo de anulabilidade ou nulidade das obrigações livremente pactuadas. Os pálidos argumentos em torno da ausência de circular de oferta de franquia e ausência de um contrato padrão não poderiam vingar, sob pena de corroborarmos odioso enriquecimento sem causa, idêntico raciocínio se aplicando à propalada e não demonstrada existência de cláusulas que entendiam os réus serem inconstitucionais. Assim afirmo, posto que não se vislumbrava, na espécie, ausência de clareza nas disposições contratuais concernentes à remuneração da franqueadora. No que se refere ao tema da cobrança de royalties, na verdade, os réus insistiam em ignorar o fato de que os royalties não eram cobrados da forma usual no mercado, o que, contudo, não significava prática contratual irregular, na medida em que a forma e o percentual de remuneração foram expostos de maneira clara à franqueada. Nem mesmo sob a vertente da propalada propaganda enganosa se poderia acolher as lamentações veiculadas pelos réus. Nada se provou de maneira idônea, documentalmente falando, quanto às críticas feitas ao método do ensino e à suposta falta de clareza quanto ao valor do material didático. Demais disso, conforme ressaltou a autora em determinado momento, o chamado material "extra-didático" poderia ser adquirido de outros fornecedores, desde que houvesse adequação ao padrão da franquia. Ainda no que se refere à circular de oferta de franquia, forçoso concluir que a mesma foi efetivamente entregue aos réus, de forma regular, conforme declaração de recebimento constante no contrato, convalidando-se possível vício, pela prolongada exploração da atividade comercial. Mesmo que assim não o fosse, incrível que uma empresa bem representada e um empresário experiente tivessem sido coagidos ou de algum modo obrigados a assinar um Termo de Confissão de Dívidas que implicava no reconhecimento de débito fundado em legítimas e não honradas obrigações contratuais. Em outras palavras, nada de irregular havia no contrato de franquia empresarial, o mesmo aplicando-se ao Termo de Confissão de Dívidas e outras avenças que foi posteriormente firmado entre os interessados.

²⁰⁰“Ex-franqueada não pode concorrer com franqueador”, por Gabriela Rocha, 30 de abril de 2011, disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-abr-30/ex-franqueada-indenizar-franqueador-concorrencia-desleal> [02-08-2013].

Ficou claro, portanto, que as alegações de abusos sofridos não passaram de tentativas de se furtar à responsabilização pelas violações praticadas. Se ainda restassem dúvidas, o uso de sucessores como forma de despistar o abuso concorrencial tornou cristalina a intenção lesiva do franqueado:

Pois bem, fixadas tais premissas, digno de nota o fato de que os réus deram efetiva e indevida continuidade às atividades, mesmo depois da notificação de rompimento do contrato em data de 10/03/2004. De tal sorte, impossível ignorar que os réus tacitamente concordaram com os termos da Notificação que lhes fora encaminhada pela autora, mostrando-se lícita a cláusula de proibição do exercício de idêntica atividade. A referida cláusula - é bom que se ressalte - não impedia que os réus continuassem a prestar serviços no prazo de seis meses, de modo a cumprirem as obrigações assumidas perante os consumidores. Contudo, válido destacar também, o fato de que os elementos de prova colhidos por meio de prova emprestada - aceita como tal nestes autos - apontavam no sentido de que os réus se utilizaram de terceiros, inclusive via sucessão informal e até mesmo constituição de empresa (XYZ) para que pudessem indevidamente dar continuidade às atividades outrora desempenhadas quando da vigência do contrato de franquia, frise-se, valendo-se de todos os elementos da autora SOS. Absolutamente legítima, destarte, a cláusula de barreira, forçoso concluir que o expediente fraudulento utilizado pelos réus não merecia guarida.

Com base em todos esses elementos, foi dado ganho de causa ao franqueador, com a condenação do franqueado a descaracterizar suas unidades e devolver materiais, pagar multa contratual pela concorrência desleal, se abster de desenvolver atividade similar por dois anos, obedecer ao dever de sigilo e indenizar o franqueador por perda de clientela e lucros cessantes.

Mais uma vez, restou demonstrado como o franqueado pode se valer do acesso que tem a dados e técnicas para se beneficiar ilicitamente, às custas do franqueador e dos demais componentes da rede. Tais casos demonstram como uma análise detida e crítica das relações contratuais e das características das partes são decisivas para a correta apreciação de ilícitos contratuais no âmbito do *franchising*.

6. CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho, analisou-se o contrato de franquia não apenas sob os aspectos mais comumente discutidos, como também por entendimentos menos usuais. Nesse sentido, os julgados pesquisados demonstram como os franqueados podem figurar com os causadores de danos à rede e à concorrência, perpetrando abusos com base em elementos a que tiveram acesso em decorrência da relação contratual.

Muitos franqueados agem dessa forma como maneira de iniciar negócio próprio, sem superiores, tendo mais independência e controle sobre os rumos que se pretende tomar. No entanto, tais medidas são tomadas a partir de materiais, conhecimentos e técnicas desenvolvidos pelo franqueador, o que constitui clara apropriação indevida de subsídios de outra rede, com quebra de confiança. O contrato de franquia é firmado entre partes que se dispõem ao objetivo maior de fortalecer e aprimorar a rede, sustentando seu crescimento territorial e também em popularidade e apelo comercial; assim, fazer uso das bases em que se assenta o negócio constitui abuso quase que imensurável, a depender de sua duração e dos danos não objetivamente auferíveis causados à imagem da franquia.

Tais problemas têm a ver com o próprio perfil do franqueado, que, não contente com o modelo de negócio em que tomou parte, busca formas de burlar as regras estabelecidas pelo franqueador. No entanto, isso não ocorre, em geral, com iniciantes, que veem vantagem no apoio prestado e na desnecessidade de se lançar a uma empreitada a partir do zero, sem qualquer tipo de alicerce provido por um player experiente – o grande diferencial do *franchising*, afinal, é justamente fornecer tais bases para quem pretende iniciar novo negócio, mas não tem grandes conhecimentos. O que se verifica em tais casos de abusos é que o franqueado já adquiriu experiência no ramo e passa a ver com maus olhos as regras de formatação, que antes o ajudaram; daí a tentativa de fugir ao controle do franqueador e se estabelecer de forma autônoma.

No entanto, a maior habilidade para lidar com negócios, adquirida com a prática, certamente não é justificativa para atitudes lesivas ao franqueador e à rede. Daí se vê a importância basilar da análise do candidato a franqueado sobre seu perfil, conforme analisado anteriormente: a obrigação pré-contratual de reunir informações sobre a franquia e de se questionar sinceramente sobre sua própria disposição para tomar parte em um negócio em que não haverá tanta liberdade tem reflexos enormes ao longo da execução, e mesmo na fase pós-contratual, como bem demonstraram os casos analisados.

Assim, fica evidente que o contrato de franquia de fato não deve ser entendido sob a ótica da possibilidade de excessos apenas por parte do franqueador. O franqueado tem, sim, meios de se valer ilicitamente dos elementos a que tem acesso, e se podemos falar em condições estruturalmente mais favoráveis a desmandos do franqueador, não se deve esquecer que as mesmas condições também possibilitam abusos pelo franqueado, uma vez que a ele são disponibilizados dados confidenciais e sistemas técnicos próprios da rede. Uma atitude contrária à boa-fé se beneficia dessa facilidade de acesso, ocasionando quebra de confiança e lesões a franqueados, franqueador e consumidores.

Vê-se, então, a necessidade de se analisar o *franchising* sob perspectiva mais crítica, enquanto legítimo contrato empresarial, firmado entre partes em posição nem sempre tão discrepante – a depender, naturalmente, da caracterização do caso concreto.

7. Bibliografia

Livros e artigos

ABRÃO, Nelson, *A lei da franquia empresarial (nº 8.955, de 15/12/1994)*, in *Revista dos Tribunais*, v. 722, São Paulo, ano 84, dez. 1995, pp. 25-39.

_____, *Da franquia comercial (franchising)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.

ANDRADE, Jorge Pereira, *Contratos de franquia e leasing*, São Paulo, Atlas, 1993.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei, *Principais características dos contratos de franchising*, in BRUSCHI, Gilberto Gomes *et al.* (org.), *Direito Processual Empresarial*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

AZEVEDO, Paulo Furquim, *Contratos – uma perspectiva econômica*, in ZYLBERSZTAJN, Decio - SZTAJN, Rachel (org.), *Direito e economia – análise econômica do direito e das organizações*, 2ª reimpressão, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

BARROSO, Luiz Felizardo, *Representação Comercial x Franchising – as vantagens da franquia empresarial*, in *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010, pp. 256-267, disponível em <http://www.iabnacional.org.br>, acesso em 12/09/2012.

BERTOLDI, Marcelo M. - RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *Curso avançado de direito comercial*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto, *Contratos comerciais*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel, *Natureza jurídica do contrato de franchising*, in *Revista dos tribunais*, v. 653, São Paulo, ano 79, mar. 1990, pp. 54-66.

BULGARELLI, Waldirio, *Contratos mercantis*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1988.

BRAGA, Carlos David Albuquerque, *Contrato de franquia empresarial*, in PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge - JABUR, Gilberto Haddad (coord.), *Direito dos Contratos II*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

CHERTO, Marcelo, *Franchising: revolução no marketing*, 2ª ed, São Paulo, McGraw-Hill, 1988.

COELHO, Fabio Ulhoa, *Manual de direito comercial*, 11^a ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

_____, *Considerações sobre a lei da franquia*, in *Revista da ABPI*, nº 16, mai/jun 95, pp. 15-21.

COMPARATO, Fabio Konder, *Franquia e concessão de venda no Brasil – da consagração ao repúdio?*, in *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 18, São Paulo, Nova Série, ano XIV, 1975, pp. 53-65.

CORDEIRO, António Menezes, *Manual de direito comercial*, 2^a ed., Coimbra, Edições Almedina, 2009.

_____, [Do contrato de franquia \('franchising'\) - Autonomia privada versus tipicidade negocial](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro88.pdf), in *Revista da Ordem dos Advogados*, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro88.pdf, acesso em 12/08/2012.

CRETILLA NETO, José, *Manual jurídico do franchising*, São Paulo, Atlas, 2003.

_____, *Do contrato internacional de franchising*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz - OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa, *Indenizações no sistema de franquia empresarial*, in *Revista dos Tribunais*, v. 852, São Paulo, ano 95, out. 2006, pp. 54-84.

CRUZ, Glória Cardoso de Almeida, *Franchising*, 2^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 23^a ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

_____, *Tratado teórico e prático dos contratos*, V. 4, 6^a ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

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

FORGIONI, Paula, *Teoria geral dos contratos empresariais*, 2^a ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Orlando, *Contratos*, 26^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado*, in *Revista dos Tribunais*, v. 719, São Paulo, ano 84, set. 1995, pp. 81-96.

LUZ, Rodrigo Rodrigues, *A boa-fé objetiva como parâmetro dos contratos de franchising*, Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2010.

MARTINS, Fran, *Contratos e obrigações comerciais*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro, *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

PAES, Paulo Roberto Tavares, *Obrigações e contratos mercantis*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1999.

PAOLA, Leonardo Sperb, *Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia*, in *Revista Forense*, n. 343, Rio de Janeiro, ano 94, jul./set. 1998, pp. 115-148.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil, Vol. III: Contratos*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007.

PODESTÁ, Fábio, *Contrato de franquia (franchising)*, in HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (or.), MORRIS, Amanda Zoe - BARROSO, Lucas Abreu (coord.), *Direito Civil 3 – Direito dos contratos*, São Paulo, RT, 2008.

REDECKER, Ana Cláudia, *Franquia empresarial*, São Paulo, Memória Jurídica, 2002.

REQUIÃO, Rubens, *Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas*, in *Revista dos Tribunais*, v. 513, São Paulo, ano 67, jul. 1978, pp. 41-62.

RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

ROQUE, Sebastião José, *Dos contratos civis-mercantis em espécie*, São Paulo, Ícone, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Regulação e concorrência – estudos e pareceres*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

SILVEIRA MARCHI, Eduardo. *Guia de Metodologia Jurídica - Teses, Monografias e Artigos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

SILVEIRA, Newton, *O contrato de “franchising”*, in BITTAR, Carlos Alberto (coord.), *Novos contratos empresariais*, São Paulo, RT, 1990.

SIMÃO FILHO, Adalberto, *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil – contratos em espécie*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

Sites, leis e jurisprudência

Revista Valor Econômico Setorial – Franquias, abr. 2013.

Franquia comercial - Cadernos Técnicos nº 2 do Conselho de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e do Comércio (*apud* Rubens REQUIÃO, *Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas*, in *Revista dos Tribunais*, v. 513, São Paulo, ano 67, jul. 1978, P. 43)

Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.

Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<http://heritage.coca-cola.com/>

<http://www.aboutmcdonalds.com/>

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

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

<http://www.mte.gov.br/>

<http://www.biblioteca.sebrae.com.br/>

<http://emarket.franchise.org/>

<http://www.thebfa.org/>

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

<http://www.tjsp.jus.br/>

<http://www.tj.sc.gov.br/>

<http://www.stj.jus.br/>

TJ/SP, Fórum João Mendes Júnior, 14ª Vara Cível, 583.00.2004.054891-4/000000-000 - nº ordem 863/2004 – Procedimento Ordinário – Juiz Aux. Alexandre Bucci, julg. 19/10/2010.

TJ/SP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação nº 0135091-39.2012.8.26.0100, rel. Maia da Cunha, julg. 21/05/2013.

TJ/SP, 19ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0103401-40.2008.8.26.0000, rel. Mario de Oliveira, julg. 27/05/2013.

TJ/SP, 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 9185234-87.2009.8.26.0000, rel. Salles Vieira, julg. 27/06/2013.

TJ/SC, Apelação Cível nº 2011.028690-3, rel. Eduardo Mattos Gallo Júnior, julg. 21/08/2012.

STJ, Recurso Especial nº 695.792 - PR (2004/0156107-9), Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julg. 01/10/2009.