

CENTRO UNIVERSITARIO SALESIANO DE SÃO PAULO
ELIZABETH SOARES BARROZO

O CONTRATO DE FRANQUIA NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO E A FRANGILIDADE DO FRANQUEADO

São Paulo
2010

ELIZABETH SOARES BARROZO

O CONTRATO DE FRANQUIA NO DIREITO CIVIL
BRASILEIRO E A FRANGILIDADE DO FRANQUEADO

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação
Latu Sensu, Especialização em Direito Civil e Processo
Civil, como parte dos requisitos para obtenção do título
de Especialista em Direito Civil e Processo pelo Centro
Universitário Salesiano de São Paulo.

SÃO PAULO-SP
2010

Dedico essa Monografia a minha família, sem os quais eu não poderia realizar esta etapa da minha vida.

Agradeço ao Pai Supremo, pela oportunidade a mim ofertada.

“Se a lei é justa traz tranqüilidade, ordem, piedade, justiça, liberdade e prosperidade a um povo, então é uma lei boa e merece a nossa obediência cega. Porém, se ela traz sofrimento, encargos insuportáveis, injustiças, ansiedade, insônia e medo da escravidão a um povo, então é uma lei má, promulgada por homens maus, que odeiam a humanidade desejam subjulgá-la e controlá-la.

Marco Antonio Túlio

RESUMO

Primeiramente serão abordados alguns aspectos históricos sobre a franquia até a entrada em vigor da lei 8.955/94 na legislação brasileira. Posteriormente será demonstrado o conceito de franquia não só pelos diversos autores, como também o conceito trazido pela própria que regula a franquia. Seguindo adiante o presente trabalho apresentará a natureza jurídica do contrato de franquia, que por muitas vezes pode ser considerado igual a qualquer outro contrato, quando na verdade trata-se apenas uma semelhança. Quanto às características dessa espécie de contrato, estas surgem principalmente em decorrência da obrigatoriedade do cumprimento da Circular de Oferta de Franquia – COF por parte do franqueador, e que antes de tudo deve ter como objetivo primeiro o dever de informação e transparência nas suas negociações. Serão destacadas às espécies e formas de franquia atualmente existem no mercado e os meios de proteção que o franqueado pode estar se utilizando quando se deparar com as cláusulas contratuais abusivas. A proteção do franqueado em nosso ordenamento jurídico estão dispostas na própria lei nº 8.955, como também na Constituição Federal, Código Civil, e o Código de Defesa do Consumidor, sendo que esse último é possível exigir desde a anulação das cláusulas contratuais, como também a desconsideração da personalidade jurídica do franqueador para os casos de desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, invocando ainda os princípios da liberdade contratual, boa-fé e bons costumes que se encontram no Código Civil de 2002.

Palavra - chave: Contrato. Franquia. Franqueador. Franqueado. Vulnerabilidade do franqueado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1.....	13
1. FRANQUIA – BREVE CONTEÚDO HISTÓRICO	13
CAPÍTULO 2	15
2 CONTRATO DE FRANQUIA - CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	15
2.1 Conceito.....	15
2.2 Natureza Jurídica.....	17
CAPÍTULO 3.....	21
3 ESPÉCIES E FORMAS DE FFRANQUIA.....	21
3.1 Espécies de franquia.....	21
3.2 Formas de franquia.....	21
CAPÍTULO 4.....	24
4 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE FRANQUIA.....	24
4.1 O dever de informação no contrato de franquia.....	24
4.1.1 Efeitos do dever de informação da Franquia.....	25
4.2 Fase Pré-contratual.....	25
4.3 Franqueador.....	26
4.4 Circular de Oferta no Contrato de Franquia.....	27
4.4.1 Conteúdo obrigatório da Circular de Oferta de Franquia.....	28
a) Identificação do franqueador.....	29
b) Balanço e demonstrações financeiras.....	30
c) Identificação de pendências judiciais.....	31
d) Descrição da franquia e das atividades do franqueado.....	32
e) Perfil do franqueado ideal.....	33
f) Envolvimento do franqueado.....	33
g) Investimentos para abertura da unidade franqueado.....	33
h) Investimentos para a manutenção da unidade franqueada.....	34
l) Relação de componentes da rede de Franquia.....	36
j) Território.....	37
l) Relação de fornecedores.....	38
m) Suporte oferecido pelo franqueador.....	38

n) Situação das marcas licenciadas perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI.....	40
o) Sigilo e não concorrência do franqueado após expiração do contrato de franquia	40
p) Anexo à circular de Oferta de Franquia.....	41
4.5 Candidato a franqueado.....	42
4.6 Fase contratual.....	42
4.6.1 Franqueador.....	42
4.6.2.Franqueado.....	44
4.6.3.Dever de sigilo do franqueador.....	45
4.6.4 Dever do franqueado.....	46
4.6.5 Dever de não concorrência do franqueado.....	46
CAPÍTULO 5.....	48
5 A DEFESA DO FRANQUEADO.....	48
5.1 Princípios gerais do direito na Constituição e a proteção ao franqueado.....	48
5.2 À vulnerabilidade contratual e a aplicação do Princípio da Solidariedade.....	49
5.3 Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis a defesa do franqueado.....	51
CAPÍTULO 6.....	56
6 PROTEÇÃO DO FRANQUEADO NO CODIGO CIVIL.....	56
6.1 Contratos de adesão.....	59
6.2 Abuso de direito, Cláusulas penais excessivas e a Desconsideração da personalidade jurídica.....	59
6.3 Contrato de franquia – Pré contrato e o Código civil.....	61
CONCLUSÃO.....	63
BIBLIOGRAFIA.....	65
PESQUISAS ELETRÔNICAS.....	68
LEGISLAÇÃO.....	69

INTRODUÇÃO

Na atualidade o sistema de franquia representa um fator importante no cenário econômico brasileiro, pois além de contribuir para o crescimento dos negócios, gerar empregos e criar riquezas sem a necessidade de investimentos vultosos, é um atrativo para as empresas estrangeiras atuarem no Brasil.

Não difícil explicar interesse dos franqueadores no sistema de franquia:

Primeiro trata-se de um método pouco oneroso e, quando bem formatado e administrado, se demonstra bastante eficaz no sistema de distribuição de produtos, serviços e tecnologia no mercado consumidor e o retorno objetivado é praticamente certo.

E segundo é a razão das facilidades que traz ao investidor, pessoas físicas ou jurídicas, interessadas em abrir um próprio negócio, e que, em outra situação, enfrentaria dificuldades e altos custos financeiros em seu empreendimento realizado sem embasamento comercial e legal prévio.

O investidor que se torna franqueado busca, acima de tudo, reduzir os custos e suavizar os riscos do seu negócio, o que depende, em larga escala, da atuação do franqueador.

Isto porque, enquanto o franqueador tem conhecimento sobre o seu negócio e sobre a franquia, o franqueado apenas submete-se ao sistema formatado pelo franqueador, uma vez que, muitas vezes, não é necessário nem mesmo que o franqueado possua experiência e prática anterior nas atividades que irá desenvolver.

No sistema de franquia, cumpre ao franqueador desenvolver e transmitir ao franqueado a sua metodologia operacional.

Deste modo, o franqueador detém informações importantes que devem ser transmitidas ao franqueado antes e durante a vigência do contrato de franquia, como forma de garantir o retorno do investimento realizado pelo franqueado.

É importante notar que o franqueador também investe seu capital na formatação e no desenvolvimento de sua franquia, devendo, em contrapartida, aumentar sua lucratividade mediante o crescimento da cadeia de distribuição de seus produtos e serviços e do recebimento de remuneração de seus franqueados.

Para que isso ocorra, o franqueador necessita de informação sobre o franqueado e o seu negócio que somente podem ser fornecidas pelo próprio franqueado, tanto na fase pré-contratual, quanto na fase contratual da franquia.

Deste modo, cada parte do contrato de franquia encontra-se em posição desfavorável em relação à outra no que tange às informações elementares para o desenvolvimento do seu negócio.

Informação é instrumento de poder em uma relação de franquia, sendo o princípio da transparência um modo de equilibrar franqueador e franqueado, mediante a instituição do dever de informar das partes.

O presente trabalho visa estudar o contrato de franquia bem como os efeitos do dever de informação do franqueador e do franqueado, especialmente no que diz respeito à Circular de Oferta de Franquia e seus requisitos obrigatórios, e os desequilíbrios dos contratos praticados em desfavor do franqueado.

Verificando inclusive as conseqüências legais e contratuais do descumprimento destes deveres para cada uma das partes envolvidas na relação de franquia.

CAPÍTULO 1

1 FRANQUIA - BREVE CONTEÚDO HISTÓRICO

A palavra *franchising* veio da expressão inglesa, em nosso dialeto significa franquia, derivando etimologicamente da expressão francesa *franchise*. A franquia surgiu por volta de 1850-1860, nos Estados Unidos, com a *Singer Sewing Machine*. E anos depois (1898 e 1899) surgiram a General Motors com a expansão de revenda de carros, a Coca-Cola com o engarrafamento e distribuição dos refrigerantes, e a Hertz grande locadora de veículos. Além dessas outras grandes redes de franquia se firmaram pelo mundo como a Burger King, McDonald's, Dunkin' Donuts.

Apesar de ser mundialmente conhecida, a franquia criou força no Brasil a partir das décadas 60 e 70, a exemplo são a Casa do Pão de Queijo em 1967¹, Água de Cheiro em 1976², e O Boticário em 1977³. Quanto à entrada de empresas estrangeiras isso só ocorreu na década de 90 com a chegada das redes McDonalds e Bob's, seguido posteriormente de outras grandes marcas.

¹ Casa do Pão de Queijo. A primeira loja a ser fundada foi em 1967, pelo Engenheiro Mário Carneiro, atualmente é inaugurada mais de 50 lojas por ano. Disponível em: < <http://www.casadopaodequeijo.com.br>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

² Água de Cheiro. Os produtos da Água de Cheiro são fabricados pela Fanape - Fábrica Nacional de Perfumes Ltda., em Belo Horizonte, e distribuídos em mais de 600 lojas franqueadas no Brasil. Disponível em: < <http://www.aguadecheiro.com.br>> Acesso em: 19 nov. 2009.

³ O Boticário. Miguel Krigsner, fundador do Boticário, transformou uma pequena farmácia de manipulação aberta em 1977, no Centro de Curitiba (PR), na maior rede de franquias de perfumaria e cosméticos do mundo. Atualmente a rede possui cerca de mais de 2.700 lojas no Brasil e presença em mil pontos de venda e 73 lojas exclusivas de outros 15 países. A aceitação no mercado foi tão favorável que em 1982 foi inaugurada a fábrica em São José dos Pinhais, na Grande Curitiba. Hoje, ela emprega 1.400 funcionários e tem área construída de 39 mil m². A linha que começou na década de 70 com dois produtos – um creme hidratante e um shampoo à base de algas marinhas – conta hoje com cerca de 600 itens, divididos em perfumaria, maquiagem, cuidados para o corpo, cuidados faciais, protetores solares, desodorantes, sabonetes e *shampoos*. Disponível em:< <http://internet.boticario.com.br>> Acesso em: 21 nov. 2009.

No mesmo período foi criada a “Associação Brasileira de Franchising, uma entidade sem fins lucrativos, de grande prestígio e imagem consolidada no mundo dos negócios, com objetivo contribuir para o crescimento da franquia no Brasil⁴.”

E ainda no ano de 1994, foi aprovada a lei de franquia nº 8.955 e uma nova era de empreendimentos começou a surgir como também os novos desafios, como por exemplo, a importância de se construir e manter empresas idôneas no mercado, os cuidados com os contratos abusivos, e diversos cuidados para que o franqueado não se torne vulnerável nas negociações.

A entrada em vigor da lei de franquia sem dúvida proporcionou maior segurança entre as partes, mas principalmente ao franqueado, uma vez que as determinações inseridas na Circular de Oferta de Franquia obrigam o cumprimento das mesmas por parte do franqueador, assim prevalece o princípio da transparência nas operações contratuais de franquia.

⁴ Associação Brasileira de Franchising - ABF. Atualmente a ABF possui cerca de 700 associados, divididos entre franqueadores, franqueados e prestadores de serviços que, nos últimos anos, vêm participando de diversas ações para o crescimento e desenvolvimento do sistema no Brasil. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

CAPÍTULO 2

2 CONTRATO DE FRANQUIA – CONCEITO E NATUREZA JURIDICA

2.1 Conceito

Originária dos Estados Unidos e com um sistema de distribuição de produtos e serviços de forma pouco onerosa para o franqueador, a franquia anteriormente denominada de *franchising* possui sua definição legal no artigo 2º da Lei 8.955, de 15, de dezembro de 1994:

Artigo 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Muito embora a lei seja clara quanto ao conceito de franquia diversos doutrinadores também o apresentam, como por exemplo, Fran Martins⁵, afirmando que o contrato de franquia é um:

(...) 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 essas estejam ligadas por vínculo de subordinação.

Na concepção de Arnaldo Wald⁶ o mesmo conceito pode ser apresentado como:

(...) um acordo pelo qual um dos contratantes (franqueador) concede ao outro (franqueado) o direito de usar a marca de produto ou

⁵ Fran Martins, *Contratos e obrigações comerciais*, p. 578.

⁶ Arnaldo Wald, *Obrigações e contratos*, p. 546.

insígnia, com fornecimento de mercadorias e prestação de serviços, mediante remuneração.

De acordo com os conceitos apresentados de Fran Martins e Arnaldo Wald, fica evidenciado duas características importantes no contrato de franquia, uma delas trata-se da cessão de marca e outra do fornecimento de mercadorias e prestação de serviços.

Orlando Gomes⁷ complementa o entendimento acima afirmando que:

(...) a franquia é o direito de usar a marca de um produto, concedido por um empresário a outro, com assistência técnica para sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração.

No entendimento de Waldirio Bulgarelli⁸, o contrato de franquia é uma:

(...) operação pela qual um comerciante, titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O benefício da operação assume integralmente o financiamento da sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma porcentagem calculada sobre o volume do negócio. Repousa sobre a cláusula de exclusividade, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade.

E finalmente a posição de Maria Helena Diniz⁹ que se destaca por acrescentar em seu conceito a exclusividade e a territorialidade:

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

Reunindo todos os conceitos aqui apresentados conclui-se que o contrato de franquia é o contrato pelo qual uma pessoa jurídica (sociedade empresaria),

⁷ Orlando Gomes, *Contratos*, p. 467.

⁸ Waldirio Bulgarelli, *Contratos mercantis*, p. 529.

⁹ Maria Helena Diniz, *Tratado teórico e prático dos contratos*, p. 43.

chamada de franqueador, concede a outra pessoa jurídica ou mesmo física (franqueado), o direito de usar sua marca, bem como o direito de distribuição de produtos e/ou serviços, por certa área geográfica determinada em contrato, mediante o pagamento de uma remuneração, mas sem que ocorra qualquer vínculo de subordinação entre as partes contratantes. Por isso é correto afirmar que o contrato de franquia também se torna um contrato de parceria, e como tal deve ser tratado de acordo com os preceitos legais observando o princípio da função social do contrato, da probidade e boa-fé, amparados pelos artigos 421 e 422 do Código Civil.

2.2 Natureza Jurídica

O contrato de franquia é um contrato autônomo, personalíssimo. Formado, entretanto, pela união de elementos de outros contratos distintos, como nos ensina Fernando Edmundo Appel Bojunda¹⁰:

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

Para Adalberto Simão Filho, a natureza jurídica do contrato de franquia:

(...) é um contrato inominado ou atípico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e formas previstos em contrato de adesão.

A partir das cláusulas contratuais inseridas no contrato de franquia é o que faz dele um contrato com diversos elementos, podendo ser de certa forma adequado a

¹⁰ Luiz Edmundo Appel Bojunga, *Natureza Jurídica do contrato de franchising* p. 54-68.

necessidade das partes, e assim possuindo características do contrato compra e venda, comodato, comissão mercantil, além da transferência de tecnologia e utilização da marca.

Comparando os entendimentos de Luiz Felizardo Barroso e Fabio Ulhoa Coelho, o primeiro entende que o contrato de franquia:

(...) agrega em uma só relação obrigacional bilateral uma licença ou cessão para uso de marca, uma transferência de patente, de tecnologia ou método (*Know-how*) ou mesmo um segredo de negócio, eventualmente um contrato de distribuição exclusiva, um mandato, uma representação comercial e mais modernamente um comodato (imóvel, ponto comercial ou móveis para suporte de atividade franqueada)¹¹.

Para o professor Fabio Ulhoa Coelho¹², basta apenas que esse contrato seja considerado uma “conjunção de outros contratos empresariais, de um lado a licença de uso de marca, e de outro, a prestação de serviços de organização de empresa”.

Dessa forma é possível afirmar que o contrato de franquia vai ao encontro de outras espécies de contrato, como é o caso, por exemplo, do contrato de concessão, o contrato de fornecimento, e o contrato de prestação de serviços.

No caso do contrato de concessão comercial em relação ao contrato de franquia, existe um elemento em comum: a distribuição. Lembrando que no contrato de concessão, o concessionário irá distribuir apenas os produtos pertencentes ao concedente e no contrato de franquia o franqueado pode comercializar também os serviços do próprio franqueador. E essa situação também foi observada por Fábio Konder Comparato¹³ onde afirma que:

Não se costuma fazer, entre nós, a distinção entre a franquia e a concessão de venda com exclusividade. O discernimento, no entanto, se impõe, como condição indispensável à justa aplicação do sistema normativo. A confusão conceitual, nesta matéria, pode conduzir a soluções injustas e desarmônicas.

¹¹ Luiz Felizardo Barroso, *Franquia da atividade securitária*, p. 183.

¹² Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, p. 125.

¹³ Fabio Konder Comparato, *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, p. 373-374.

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 ao 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 da distribuição da franquia 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.

Apontado algumas considerações sobre o contrato de concessão comercial, outra espécie de contrato que deve ser analisada com cautela em relação à franquia é o contrato de fornecimento. Nesse contrato o que se busca é “o abastecimento ou provisão do fornecimento de determinadas de coisas de forma continuada ou periódica¹⁴”. Assim, ao fornecedor, cabe entregar as coisas a que se obrigou dentro do prazo determinado no contrato. E nesse caso vale lembrar que para o franqueado não existe a possibilidade de contratar outro fornecedor ou senão aquele indicado pelo próprio franqueador (artigo 3º da lei 8.955). Portanto o contrato de fornecimento pode ser acessório, mas não o item essencial à formação do contrato de franquia.

Já no que diz respeito o contrato o de prestação de serviços Caio Mário da Silva Pereira¹⁵ afirma que “esse contrato é aquele em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhes a prestação de sua atividade, mediante remuneração”. No caso do contrato de franquia cabe ao franqueador assumir as obrigações que estão dispostas em lei, como no caso a de prestar auxílio na publicidade, promoções e lançamentos dos produtos.

Note que em ambos os contratos estão presentes a prestação de serviços e a remuneração, sendo que enquanto no primeiro existe a obrigação de fazer no segundo tem-se a obrigação de dar. Entendimento inclusive que foi apontado por Arnaldo Rizzardo¹⁶:

¹⁴ Silvio de Salvo Venosa, *Manual dos contratos e obrigações unilaterais de vontade*, p. 329.

¹⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições do direito civil*, p 240.

¹⁶ Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, p. 644-645.

Nas mais diferentes profissões liberais, em que prestam serviços por simples solicitação de pessoas interessadas, não ocorre a subordinação do locador ao locatário. Em outros termos, quem presta o trabalho contratado não o executa sob a direção ou administração da pessoa obrigada a remunerá-la. Há uma posição de independência quanto aos métodos e às técnicas que se julga convenientes. Acrescenta Orlando Gomes: Na realização do trabalho, a parte não está subordinada a critérios estabelecidos pela outra parte. O cirurgião, por exemplo, opera como lhe parece mais adequado. Não é o paciente quem dita à orientação técnica a ser observada ou o momento em que deve ser feita. A atividade profissional é exercida com total liberdade quanto aos requisitos técnicos e científicos. Esta independência sobressai no tocante ao modo de execução do trabalho.

Diante do exposto percebe-se que o contrato de franquia possui suas próprias peculiaridades, dentre elas a autonomia, portanto não se pode afirmar que ele seja igual a qualquer outro, mas apenas semelhante.

CAPITULO 3**3 ESPÉCIES E FORMAS DE FRANQUIA****3.1 Espécies de franquia**

A franquia encontra-se dividida em franquia de serviços, a franquia de distribuição, e, a franquia de produção.

A franquia de serviços é aquela em que o franqueador passa a fornecer serviços ao franqueado, e esse por fim passa a oferecer o produto e/ou serviços ao consumidor final.

Na franquia de Distribuição o franqueador irá produzir os próprios bens a serem comercializados ou irá selecionar terceiros fornecedores, para fabricar sob sua marca ou insígnia, devidamente selecionados e testados.

Na franquia de produção ocorre a transferência de todo o *know-how* e as informações que forem necessárias para a industrialização dos produtos a fim de serem distribuídos no mercado. Por isso que se contratar uma franquia o franqueado se obriga a fabricá-los exatamente de acordo com as determinações do franqueador.

3.2 Formas de Franquia

Existem várias formas de franquia empresarial através das quais podem ser desenvolvidas as espécies anteriormente apresentadas.

Muito embora a doutrina apresente algumas divergências quanto ao número exato e a nomenclatura das formas a que se pode ser apresentada no contrato de

franquia, tanto a experiência americana quanto a europeia apontam em média doze formas de franquia: Franquia mista, Franquia máster, Franquia corner, Franquia modo associativa, Franquia financeira, Multifranquia, Multimarcas, Franquia de nova instalação, Franquia de reconversão, Franquia de desenvolvimento de área, Franquia itinerante, Franquia de controle de área.

O mesmo entendimento também foi destacado por Adalberto Simão Filho¹⁷, onde dissertou cada uma delas:

- 1) Franquia mista: aquela em que prepondera mais de uma espécie de franquia. Assim, podemos ter um contrato envolvendo serviços e distribuição de produtos, ou de produção e de indústria ou quaisquer outras combinações dentro daqueles quatro tipos já descritos.
- 2) Franquia master: por meio dessa forma, o franqueador contrata um franqueado específico para que ele subfranquie a terceiros, fazendo surgir a figura dos subfranqueados.
- 3) Franquia córner: é aquela em que será desenvolvida dentro de pequenos espaços comerciais de grande movimento, principalmente shopping centers. O negócio, assim, é normalmente operado em pequenos espaços, com menores custos de instalação.
- 4) Franquia modo associativa muito comum nos Estados Unidos, o franquia associativo representa a participação conjunta do franqueador no capital do franqueado e vice-versa. Há uma mútua colaboração nos lucros e dividendos. Essa forma de franquia empresarial fere a noção caracterizadora da franquia, pois macula a independência jurídica e financeira dos participantes, por força da aproximação deles no negócio.
- 5) Franquia financeira: o franqueado, detentor de capital para investimento, adquire um pacote de franquia, colocando terceira pessoa de sua confiança na gestão do negócio. Essa medida afasta certos franqueadores por preferirem esses que seus franqueados dirijam pessoalmente o negócio.
- 6) Multifranquia: o franqueado possui mais de um pacote de franquia, da mesma rede, em pontos diversos.
- 7) Multimarcas: o franqueado possui mais de um pacote de franquia, com distintos franqueadores, em consonância com os respectivos instrumentos contratuais.
- 8) Franquia de nova instalação: o franqueado adquire ou se obriga contratualmente a adquirir o local em que será desenvolvida a atividade comercial.
- 9) Franquia de reconversão: ela ocorre quando o franqueado já possui um ponto comercial, onde desenvolve certa atividade e, após a aquisição de um pacote de franquia, converte essa atividade nos moldes preestabelecidos pelo franqueador.
- 10) Franquia de desenvolvimento de área: o franqueado contrata um franqueado para que este, por si, desenvolva pontos de comércio a

¹⁷ Adalberto Simão Filho, *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 45.

serem também franqueados em áreas determinadas de um estado ou país. Esta forma diferencia-se do franquia master, vez que não admite a subfranquia. Compete unicamente ao franqueado desenvolver as franquias numa determinada região.

11) Franquia itinerante o franqueador cede seu sistema para ser operado pelo franqueado através de uma unidade móvel, como ônibus, caminhão, trailer, etc.

12 Franquia de controle de área o franqueador original delega a várias empresas subcontratadas o direito de controlar a marca franqueada em determinada área.

Além dessas, existe ainda a chamada franquia formatada sendo conceituada por Roberto Cintra Leite¹⁸ como aquela em que:

(...) o franqueador transfere técnicas industriais, de administração e de comercialização, além da marca e um conjunto de direitos de propriedade incorpórea ao franqueado, para que este opere sob a supervisão daquele em troca de uma compensação financeira.

Como foi pode ser observado foram encontradas diversas formas de franquia, o que de certa forma acaba facilitando para o interessado em adquirir este sistema uma análise mais aprofundada em ver qual das delas melhor se adéqua a suas necessidades.

¹⁸ Leite, Roberto Cintra. *Franchising. Na criação de novos negócios*. p. 18. pp. 29-37. (Maria Aparecida Gouvêa e Andréa Okasaki. Outubro 1999). Também Disponível em: <www.ead.fea.usp.br/semead/4semead/artigos/Adm_geral/Gouvea_e_Okazaki>.

CAPITULO 4

4 CARACTERISTICAS DO CONTRATO DE FRANQUIA

4.1 O dever de informação no contrato de franquia

O dever de informação deriva do dever de boa-fé, que visa alcançar a honestidade, confiança, lealdade e a sinceridade entre as partes contratantes como forma de evitar as desigualdades contratuais decorrentes, por exemplo, do monopólio das informações por um dos contratantes.

Esse dever encontra-se historicamente ligado ao mercado de capitais americano é o chamado *full disclosure*, que nasceu para impedir as fraudes nas negociações de títulos mobiliários. Trata-se do dever de divulgação de informações relativas aos negócios em que uma sociedade, seus controladores ou administradores estejam envolvidos e que possam atingir os valores mobiliários que serão emitidos por eles.

O *full disclosure* desenvolveu-se de tal forma que também passou a ser utilizado em outros países, sendo aplicado principalmente nas relações contratuais em defesa da parte mais fraca no contrato.

No caso do contrato de franquia quem detém toda a expertise, tecnologia e o poder de determinação (franqueador), encontra-se automaticamente em larga vantagem frente à parte contrária (franqueado). Pensando em situações como essas é que surgiram no Brasil diversas disposições legais a fim de se buscar o equilíbrio entre as partes, é o que determina Nossa Carta Magna no artigo 5º, inciso XIV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Nossa legislação se tornou bastante rica nesse sentido, pois além da Constituição da República Federativa do Brasil, o dever de informação também se encontra amparado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), onde traz diversas disposições sobre a obrigação do fornecedor para com o consumidor, principalmente no que diz respeito as tratativas contratuais:

Artigo 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Artigo 31 - A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Através desses dispositivos percebe-se que não basta apenas informar a parte contrária é necessário que esta informação seja absolutamente clara e inequívoca, e de fácil compreensão mesmo por aqueles que nem tenham tanto conhecimento. A própria entrada em vigor da Lei nº 8.955/94 quando trata da Circular de Oferta de Franquia - COF destaca o dever de informação e transparência nas negociações, devendo ser cumprido por ambas às partes, mas principalmente pela aquela de detém maior poder de mando nos negócios.

4.1.1 Efeitos do dever de informação da Franquia

O sucesso do sistema de franquia repousa na revelação de informações pelo franqueador e pelo franqueado, tanto em sua fase pré-contratual como na contratual.

4.2 Fase pré-contratual

O dever de informação tem aplicação no contrato de franquia desde a fase pré-contratual, na qual há o contrato de franquia assinado entre as partes. A fase pré-contratual inicia-se no primeiro contato entre franqueador e o candidato a franqueado, nesse momento está incluído todas as reuniões realizadas, a apresentação do franqueador (pessoa física e jurídica) ao franqueado e vice-versa, a entrega e a análise da Circular de Oferta de Franquia, a solicitação de esclarecimentos adicionais pelo franqueado, a assinatura e a vigência do pré-contrato de franquia, bem como em todas as negociações realizadas até a efetiva assinatura do contrato.

Trata-se de uma fase de seleção recíproca, na qual o franqueador escolhe o candidato que mais se adapta à sua franquia e o candidato escolhe a franquia que melhor reflete o seu perfil.

4.3 Franqueador

O franqueador, na fase pré-contratual, tem o dever de apresentar ao franqueado o funcionamento de sua empresa. A importância dessa transparência é tão relevante que a legislação brasileira (Lei nº 8.955/94) criou a figura da Circular de Oferta de Franquia, muito embora esse não deve ser considerado o único momento como forma de transparência do franqueador, mas sim em toda a fase negocial.

As exigências nas tratativas negociais devem ser recíprocas, não apenas por parte do franqueador, o franqueado também deve exigir todas as informações pertinentes, como também realizar pesquisas antes do fechamento do contrato. Um dos caminhos de se inicializar as pesquisas é nos órgãos públicos (Junta Comercial, Receita, Tribunal Regional do Trabalho, Tribunais de Justiça, e outros) o mesmo deve também ser aplicado a pessoa dos sócios da empresa franqueadora.

Os resultados dessas atitudes servem obviamente para garantir o equilíbrio entre as partes e assim evitar que informações contrárias as que constam na Circular de Oferta venham causar desequilíbrio contratual entre as partes.

4.4 Circular de Oferta no contrato de Franquia

A Circular de Oferta de Franquia - COF é o documento utilizado pelo franqueador para proporcionar aos investidores interessados em adquirir e operar uma franquia de sua rede, as informações fundamentais para a futura negociação. Estão incluídas na COF todas as informações de natureza comercial, financeira e também jurídica que o franqueado necessita saber para a concretização do negócio.

Note que o franqueador justamente pela natureza da atividade empresarial que ele opera não pode ter receios em expor estas informações. Ocorre evidentemente um intervencionismo estatal, mas moderado nas atividades particulares referentes à franquia, sem ofender a legalidade e ao mesmo tempo proporcionar um mínimo de informações consideradas essenciais pelo legislador para que a igualdade entre as partes seja protegida.

A Circular de Oferta de Franquia é um documento que obrigatoriamente deverá ser entregue nas mãos respeitando o prazo mínimo determinado em lei (10 dias). Lembrando que a falta de cumprimento das normas estabelecidas na Circular de Oferta o franqueado poderá “argüir anulabilidade do contrato bem como a devolução de toda e qualquer quantia já paga ao franqueador ou a terceiros que ele tenha indicado¹⁹”. Assim como qualquer outro negocio jurídico deve ser realizado pelo principio da boa-fé como vem ressaltado no artigo 113 do Código Civil: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A lei 8.955/94 dispõe que a Circular de Oferta de Franquia deve ser escrita em língua portuguesa, isso se deu pela grande quantidade franqueadores

¹⁹ Lei 8.955/94 - Artigo 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.

estrangeiros interessados em ampliar seus negócios no Brasil. Portanto, era fundamental que a Lei de franquia se apresentasse com uma linguagem simples e acessível, além de ser escrita em português.

A análise da Circular de Oferta de Franquia²⁰ é fundamental para preservar a o franqueado, por isso que todos os requisitos legais devem ser levados em consideração, principalmente no diz respeito a:

- a) Solidez de sua empresa, com referência aos balanços contábeis (o último balanço da rede deve ser anexado à Circular de Oferta de Franquia), quadro societário e pendências jurídicas;
- b) Descrição do negócio franqueado, com referência à exclusividade de território, concorrência após o término do contrato, características do 'Franqueado Ideal', o valor do investimento e o prazo de retorno, relação dos franqueados ativos e desligados da rede e canais de comunicação da rede com seus franqueados;
- c) Condições contratuais para a sucessão pós morten (caso de morte entre os quotistas) e empresária, aplicação do direito de preferência, a possibilidade de possuir mais de uma unidade;
- d) Serviços a serem prestados, como o suporte oferecido durante a vigência do contrato, e a especificação das taxas necessárias para seu ingresso e remunerações periódicas - Royalties e Fundo de Propaganda.

A Circular de Oferta brasileira foi inspirada em documentos similares que já eram utilizados no exterior antes da entrada em vigor da Lei 8.955/94. Por isso que nossa legislação guarda em seu texto o princípio do *full disclosure* ou da transparência na legislação brasileira.

4.4.1 Conteúdo obrigatório da Circular de Oferta de Franquia

O conteúdo obrigatório da Circular de Oferta de Franquia limita-se à obrigação de fornecimento de informação sobre determinados assuntos. Não há, portanto, qualquer previsão na legislação brasileira que obrigue o franqueador a formatar sua franquia observando requisitos legais.

²⁰ CasadaFranquia.com. Disponível em: <<http://blog.casadafranquia.com/2007/09/10/o-que-deve-ser-analisado-na-circular-de-oferta-de-franquia/>>. Acesso em: 05, dez, 2009. Também em *Remington Franchising*. Disponível em: <<http://remingtonfranchising.com>> Acesso em: 05 dez de 2009.

O objetivo da lei é essencialmente buscar o equilíbrio entre franqueador e candidato a franqueado por meio da transparência na relação existente entre eles, e assim permitindo que o candidato tenha acesso a um mínimo de informações necessárias para analisar o negócio que lhe é proposto e tomar uma decisão consciente quanto aos riscos que assumira.

Nada impede que o franqueador insira na Circular de Oferta informações complementares as exigidas por lei, desde que não sonegue quaisquer das informações arroladas na Lei de Franquia.

Para garantir a transparência da franquia, a Circular de Oferta deve ser escrita e ter linguagem clara, que permita seu entendimento pelo candidato a franqueado que atenda ao perfil desejado pelo franqueador.

O conteúdo obrigatório da Circular de Oferta de Franquia esta previsto no artigo 3º e incisos da Lei nº 8.955/94. Por dispositivo que aparentemente possa parecer simples muitas vezes não chega a ter tanta importância aos olhos daqueles que não tem muita afinidade a matéria, mas sem dúvidas podemos afirmar que se trata do pilar de sustentação para um bom negócio. Tanto que será analisado cada item desse dispositivo de lei, e ao final a constatação da sua importância.

a) Identificação do Franqueador

Da circular de Oferta de Franquia deve constar, conforme dispõe o artigo 3º, inciso I, da lei nº 8.955/94, in verbis:

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 fantasias e endereços.

A finalidade deste item é identificar o franqueador e seu grupo empresarial para o candidato a franqueado.

Inicialmente devem constar da Circular de Oferta o nome completo, o nome fantasia e o endereço do franqueador, bem como a descrição da sua forma societária (natureza simples ou empresaria e tipo de societário, nos termos do Código Civil, artigos 997 a 1092) ou sua identificação como pessoa física ou empresário (artigo 966 do Código Civil). O mesmo ocorre com o histórico resumido do franqueador deve incluir a identificação das empresas a que o franqueador esteja diretamente ligado, com seus receptivos nomes de fantasia e endereços.

Conforme explica Lina Fernandes²¹, a Circular de Oferta:

(...) há que indicar claramente os dados relativos não só à empresa que fornecerá o pacote de franchising, como também às empresas ligadas, como mencionado, que através de participação societária, como controladora, controlada, coligada, quer através de outros vínculos jurídicos, como consorcio empresarial, parceria por joint business ou joint venture ou qualquer outra forma de cooperação.

Os dados dos subfranqueadores do sistema de franquia deverão constar em item específico aos componentes da rede de franquia ocorre com o histórico resumido do franqueador deve incluir a identificação das empresas a que o franqueador esteja diretamente ligado, com seus receptivos nomes de fantasia e endereços a. Caso o franqueador seja pessoa jurídica, sua composição societária deveser descrita na Circular de Oferta, ou seja, os titulares de quotas representativas do capital social do franqueador deverão ser identificados e qualificados.

Não há qualquer vedação legal para que o franqueador seja uma pessoa física ou empresária, embora a Lei não seja clara quanto aos itens que deverão ser informados por este franqueador na Circular de Oferta.

b) Balanços e demonstrações financeiras

Identificado o franqueador, é importante a análise de seus balanços e demonstrações financeiras para averiguação da origem do capital e da situação da

²¹ Lina Márcia Chaves Fernandes, *Do Contrato de Franquia*, p. 128.

franquia em termos de retorno econômico (inciso II, do artigo 3º da Lei 8.955/94). Esses procedimentos são fundamentais para que o franqueador demonstre sua idoneidade financeira.

Esta disposição legal nos direciona a dois questionamentos. Primeiro, caso a empresa franqueadora não tenha completado tempo de existência para ter dois anos, ou ao menos um balanço e demonstração financeiro, que atitude devera ser tomada pelo franqueador?

Nesse caso o franqueador deverá incluir na Circular de Oferta os balanços e demonstrações financeiras dos exercícios que já tenha encerrado e, caso não existam tais documentos referentes aos dois últimos exercícios fiscais da empresa franqueadora, deverão constar na Circular de balancetes levantados especialmente para suprir a exigência legal. Esse entendimento inclusive que vai ao encontro das palavras de Marcelo Cherto²² :

(...) caso a empresa tenha menos de dois anos, o franqueador deve incluir na Circular de Oferta o balanço e a demonstração relativos ao exercício já encerrado desde sua entrada em funcionamento, e que, caso não tenha completado um ano de existência, não devera incluir balanço algum.

O segundo questionamento diz respeito à possibilidade do franqueador ser uma pessoa física. Como bem admitiu a lei, pessoas físicas não encerram exercícios sociais e não levantam balanços e demonstrações financeiras.

Não há, portanto, no nosso entendimento, a possibilidade de interpretação da lei em benefício do candidato a franqueado de forma a obrigar o franqueador pessoa física a apresentar documentos que não existem. Neste caso, fica desprotegido o candidato a franqueado.

c) Indicação de pendências Judiciais

²² Marcelo Cherto, *O franchising e a lei. Instituto de Franchising Comercio e Eventos*, p. 47.

O franqueador deve indicar na Circular de Oferta as pendências judiciais que possam afetar diretamente a franquia, nos quais estejam envolvidos o próprio franqueador, suas empresas controladoras, seus subfranqueadores e os eventuais titulares de marcas, patentes ou direitos autorais relativos ao sistema.

É o que determina o artigo 3º, inciso III, da Lei de Franquia, senão vejamos:

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 a operação e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema de franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia.

Assim, não é necessário que o franqueador indique todas as pendências judiciais em que esteja envolvido direta ou indiretamente.

Este item visa à informação do candidato a franqueado para que este não contrate inadvertidamente um sistema de franquia cuja marca identificadora, ou a própria patente do bem a ser produzido pelo franqueado, esteja comprometida com problemas judiciais e que futuramente poderia ser atingido por fatos de terceiros, na operacionalização do sistema.

d) Descrição da franquia e das atividades do franqueado.

O inciso IV do artigo 3º da Lei de Franquia, determina que na Circular de oferta tenha “descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado”.

Dessa forma o que se verifica é que esse inciso trata de uma descrição do negócio desenvolvido pelos integrantes do sistema de franquia, incluindo explicação sobre as atividades que serão exercidas pelo franqueado, como, por exemplo, venda de produtos, prestação de serviços, fabricação de produtos conforme a patente do

franqueador. Dessa forma existe a possibilidade de se analisar as vantagens e desvantagens na aquisição da franquia.

e) Perfil do franqueado ideal

É importante que o candidato tenha conhecimento de que suas características pessoais e profissionais correspondam com as expectativas do franqueador.

O franqueador deve elencar na Circular de Oferta, de forma mais objetiva possível, os requisitos que o candidato a franqueado deve obrigatoriamente ou preferencialmente apresentar, isso inclui, por exemplo, a sua experiência profissional, o nível de escolaridade (currículo acadêmico), etc. Trata-se de uma determinação do artigo 3º inciso V, ou seja, da mesma forma em que o franqueado pode exigir ao franqueador informações pertinentes para a contratação da franquia esse outro também irá exigir o mínimo de informações daquele que irá fazer parte do seu negócio.

f) Envolvimento do franqueado

A circular de Oferta de Franquia deve informar ao candidato o nível de exigência de seu envolvimento na unidade franqueada. Isso influenciará principalmente na disponibilidade de horário de trabalho, que nem sempre se dá em horário diurno, nem tão pouco com finais de semana e feriados livres. É um comprometimento que o candidato a franqueado terá assumir e que nem sempre está preparado. Por isso a importância da exigência de se conhecer nem que de forma mínima o candidato a franqueado

g) Investimentos para abertura da unidade franqueado

No que diz respeito ao valor a ser investido na unidade franqueada existe alguns critérios obrigatórios que não pode ser deixados de lado, dentre eles são: 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 a serem aplicados nas instalações, equipamentos, estoques de produtos, e suas condições de pagamento.

Este item pretende fazer constar da Circular de Oferta de Franquia uma estimativa realista, em moeda corrente nacional, do valor total a ser despendido pelo franqueado na abertura de sua unidade franqueada, bem como a sua forma de pagamento, quando devido ao franqueador ou a empresa a ele relacionada.

É importante frisar na Circular de Oferta de Franquia que os valores descritos são estimativas calculadas pelo franqueador com base em sua experiência própria e, se for o caso, na de seus franqueados. E por fim, vale indicar na Circular a respeito da obrigação do franqueado de pagar ou não, nova taxa inicial de franquia no momento da renovação do contrato, bem como o valor que será cobrado, se for o caso. Para evitar problemas, o franqueador poderá indicar genericamente que será cobrado o valor da taxa em vigor a época da renovação do contrato.

h) Investimentos para a manutenção da unidade franqueada

Além de todas as despesas iniciais para a abertura da unidade franqueada, existe a sua manutenção, por isso a importância em deixar o candidato a franqueado ciente dos custos de manutenção dessa unidade. A falta dessa informação pode comprometer a projeção da ganho futuro do candidato uma vez que esse terá que fazer retirada de valores para investimento no negócio. O artigo 3º, inciso VIII, da Lei de Franquia, explica:

VIII - informações quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por ele 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 eles sejam ligados.

Os valores pagos pelo franqueado ao franqueador, periodicamente, durante a vigência do contrato de franquia, para remuneração do uso do sistema, da marca e dos serviços prestados pelo franqueador ao franqueado são denominados royalties.

Os royalties podem ser devidos na periodicidade definida pelo franqueador, como mensalmente, ou anualmente, assim como podem ter um valor fixo ou incidir sobre uma porcentagem do faturamento ou do lucro líquido da unidade franqueada.

Caso os equipamentos obrigatórios a serem utilizados na unidade franqueada sejam alugados, o franqueado deverá informar os valores que serão despendidos pelo franqueado ao longo dos meses de vigência do contrato de franquia. Esta obrigação vale para as franquias em que os equipamentos sejam locados tanto do próprio franqueador como de fornecedor autorizado pelo franqueador. Entretanto, caso o franqueado tenha liberdade para alugar qualquer imóvel de sua preferência, apenas observando as instruções do franqueador quanto à localização do ponto comercial, será necessário informar que o valor do aluguel poderá variar de acordo com a localização, área e outros fatores próprios de cada imóvel.

Em se tratando de pagamento antecipado pelo franqueado, a Circular de Oferta deverá tratar da periodicidade do recolhimento da taxa, da sua base de cálculo e da responsabilidade pela gestão do fundo de publicidade, que, em regra, é do franqueador.

Quanto ao seguro mínimo, a Circular de Oferta deverá enumerar os seguros que o franqueador for obrigado a contratar, que podem incluir: a) seguro do imóvel em que se localiza a unidade franqueada; b) seguro dos equipamentos; c) seguro de

responsabilidade civil; e, d) seguro de garantia de cumprimento do contrato de franquia, entre outros.

Por fim, o franqueador deve fazer constar da Circular de Oferta de Franquia qualquer outro valor que deva ser pago periodicamente pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros a ele ligados.

i) Relação de componentes da rede de Franquia

O inciso IX do artigo 3º da lei de franquia, determina que deverá constar da Circular de Oferta de franquia “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”.

Por todos os componentes da rede entendam-se os franqueados, subfranqueados, subfranqueadores e as lojas próprias do franqueador, embora estas últimas não estejam arroladas na lei.

Por esse dispositivo deve ser primeiramente respeitado pelo franqueador a manutenção do cadastro de clientes e fornecedores devidamente atualizados, pois o fornecimento de informações que não se coadunam com a realidade somente iria contribuir de forma negativa as tratativas contratuais. É evidente que por muitas vezes e nem sempre por culpa do franqueador seu cadastro se encontra 100% atualizado, por vezes pode ocorrer que pessoas trocam números de telefones, mudam de endereço e simplesmente não o comunicam. Mas isso não deve servir de desculpas para que a todo o momento não sejam repassadas informações atualizadas ao franqueado.

E para o caso do franqueador que ainda não possua nenhum componente na sua rede, esse deverá sim informar exatamente isso ao candidato a franqueado. Note que isso não é a demérito a ninguém, ao contrário é o dever de informação se sobrepondo a uma situação em evidencia.

j) Território

A questão territorial está disposta no inciso X do artigo 3º da Lei de Franquia. Considerada uma de suma importância tendo em vista que irá influenciar na rentabilidade do franqueado e conseqüentemente no bem como no retorno financeiro do franqueador. A área de atuação do franqueado deve ser definida de pronto, pois envolve desde uma pequena área de uma cidade até um estado ou estados. Uma vez definido qual a área de atuação, o franqueado terá a exclusividade de usar a marca, o produto e serviços do franqueador. E após isso será somente necessário encontrar o ponto comercial que em regra sempre é aceito pelo franqueador, muito embora ainda seja realizado estudos envolvendo padrão de vizinhança, acesso fácil por meio de transportes públicos ou mesmo particulares, facilidades de estacionamento, onde há maior afluência de pessoas.

Como foi mencionado anteriormente, o franqueador não é obrigado a conceder qualquer exclusividade ao franqueado sobre determinado território. O franqueador é obrigado somente a informar na Circular de Oferta se o faz ou não e em que condições.

Assim o franqueador pode conceder exclusividade de atuação e de publicidade ao franqueado em determinado território, esclarecendo se a restrição de atuação no território exclusivo atinge somente os demais franqueados da rede ou não ao franqueador fornecer seus produtos a revendedores independentes localizados no território.

Outra forma do franqueador é conceder ao franqueado exclusividade apenas no que tange à publicidade, ou seja, os membros da rede são proibidos de divulgar suas unidades franqueadas no território de outros franqueados.

As duas hipóteses, no que tange à exclusividade de publicidade no território, para evitar futuras discussões entre componentes da rede, o franqueador deverá esclarecer na Circular de Oferta de Franquia sobre a possibilidade de divulgação de

publicidade de unidades franqueadas nos meios de comunicação (televisão, rádio, revistas, jornais e Internet).

Por fim, o franqueador pode não conceder qualquer tipo de exclusividade ao franqueado sobre o seu território, ou não especificar qualquer território, como forma de estimular a concorrência entre os integrantes da rede.

l) Relação de fornecedores

É obrigação de o franqueador proporcionar ao franqueado conforme determina a lei de franquia:

(...) informação clara e detalhada 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.

Se houver seguro mínimo obrigatório, nos termos do inciso VIII, alínea “d”, do artigo 3º, e o franqueador exigir a sua contratação com determinada seguradora, este deverá ser elencado como fornecedora neste item.

m) Suporte oferecido pelo franqueador

Sobre esse assunto deve se compreender que muito embora o franqueado apesar de ser um comerciante independente, ele não está autorizado a adotar qualquer medida diferente ou política de venda, método de trabalho, promoções, preços e outros dispositivos pertencentes à franquia no lugar do franqueador. É que diz o inciso XII do artigo 3º da Lei 8.955/94:

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

- a) supervisão da rede;
- b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;
- c) treinamento dos funcionários do franqueado;
- d) manuais da franquia;
- e) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e
- f) 'layout' e padrões arquitetônicos das instalações do franqueado”.

A indicação pelo franqueador das informações deste item da Circular da Oferta visa conscientizar o candidato a franqueado a respeito de quais serviços são efetivamente prestados pelo franqueador aos franqueados da rede.

Sendo assim, Adalberto Simão Filho²³ acrescenta que:

(...) deverá conter expressamente os informes sobre quais os manuais a serem ofertados ao franqueado bem como a síntese de seu conteúdo e como serão distribuídos. Informes claros deverão haver também sobre as novas versões, de maneira tal que os direitos básicos inerentes ao pacote de *franchising* não sejam modificados no futuro, em face da edição de uma novo manual procedimental. Os eventuais custos destes manuais quer sejam de disquetes ou CD Rom, quer sejam edições escritas, deverão ser claros neste momento.

É interessante que o franqueador esclareça ao candidato a franqueado que esse somente será admitido na rede se cumprir satisfatoriamente o treinamento inicial. E no caso de treinamento fornecido aos funcionários do franqueado, é preciso especificar se esses serão administrados a todos os funcionários ou aos membros da gerencia.

A escolha do ponto comercial é de extrema importância para o sucesso da unidade franqueada. O conhecimento que o franqueador detém do seu próprio negocio é essencial para tal escolha. Assim, caso o franqueador forneça tal suporte, devera informar ao candidato a forma como o faz.

Caso o suporte não seja fornecido, o candidato a franqueado deverá fazer constar expressamente no contrato. O mesmo também será aplicado quanto a padronização da rede. Sem dúvida esse item facilita na identificação do produto e

²³ Adalberto Simão Filho, *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 108.

serviço a ser oferecido ao consumidor, e este fator também é importante para a unidade franqueada, devendo o franqueador informar se fornece este suporte ou não.

n) Situação das marcas licenciadas perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI

Na circular de Oferta de Franquia deverá constar ainda a situação da marca patente frente ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Para o franqueado é interesse trabalhar somente produtos e serviços estejam livres de qualquer problema. Por isso a importância de se verificar se o franqueador esta com o registro legalmente registrado, no órgão competente, muito a lei não exija que o franqueador possua o registro da marca ou da patente no INPI, mas que apenas informe qual é a situação.

O registro também é de interesse do franqueador, como forma de defesa de sua marca ou patente, o que significa que raramente um franqueador irá autorizar o uso de sua marca por terceiros antes de buscar o registro perante o INPI. O prejuízo para o franqueado neste caso seria enorme: anos pagando taxas ao franqueador para uso daquela marca ou patente, para, ao final, ser impedido de usá-la, e conseqüentemente todo o investimento que realizou.

o) Sigilo e não concorrência do franqueado após expiração do contrato de franquia

O franqueador devera informar claramente ao franqueado, nos termos do artigo 3º, inciso XIV, da Lei de Franquia, in verbis:

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;

Frederico de Andrade Gabrich²⁴ destaca que:

É interessante que o franqueador informe na Circular de Oferta, ainda que o Código de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) estabelece, em seu artigo 195, inciso XI, que divulgar explorar ou utilizar, sem autorização, conhecimentos, informações ou dados confidenciais utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, a que se tenha acesso mediante relação contratual, mesmo após o seu término, é crime de concorrência desleal, punível com pena de detenção de três meses a um ano ou multa.

Lina Fernandes²⁵ disserta sobre o assunto afirmando que:

(...) 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 inciso XIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, como também fere o princípio da livre concorrência.

Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

p) Anexo à circular de Oferta de Franquia

Por fim, deverá constar da Circular de Oferta de Franquia, nos termos do artigo 3º, inciso XV, da Lei de franquia, “modelo de contrato padrão e, se for o caso, também do pré-contrato padrão de franquia adotado pelo franqueado, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade”.

²⁴ Frederico de Andrade Gabrich, *Contrato de franquia e direito de informação*, p. 84-85.

²⁵ Lina Márcia Chaves Fernandes, *Do contrato de franquia*, p.136.

Assim, as minutas completas do contrato de franquia e do pré-contrato de franquia adotados pelo franqueador deverão ser entregues ao candidato como anexos à Circular de Oferta de Franquia. Nesse caso Marcelo Cherto²⁶, adverte que:

Um cuidado que todo franqueador deve adotar na elaboração de seus contratos e pré-contratos de franquia diz respeito à inserção de expressões do tipo 'que fica fazendo parte integrante deste instrumento' e coisas assim. Especialmente no que se refere a manuais e outros materiais do gênero.

4.5 Candidato a franqueado

Através das informações fornecidas pelo candidato a franqueado é que o franqueador analisará suas qualidades profissionais e pessoais, e somente após irá decidir pela conveniência de admitir o candidato no sistema de franquia ou não. A importância da informação do candidato a franqueado se evidencia quando ocorre a integração da rede de franqueados e do franqueador na qualidade dos produtos fabricados ou comercializados, ou ainda dos serviços prestados. Há um impacto direto na imagem da franquia perante o mercado do consumidor.

4.6 Fase contratual

Após a assinatura do contrato de franquia permanece presente o dever de informação por parte do franqueador e do franqueado, conforme será apresentado seguir.

4.6.1. Franqueador

²⁶ Marcelo Cherto, *O franchising e a lei: Instituto de franchising e Eventos*, p.61.

O início da fase contratual da franquia dá-se com a assinatura do contrato de franquia entre o franqueador e o candidato a franqueado, que passa a ser franqueado propriamente dito.

O contrato de franquia deve ser obrigatoriamente escrito, de forma a evitar discussões posteriores a respeito do que foi acordado entre as partes. São as determinações do artigo 6º da Lei de Franquia: “O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de duas testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público”.

Fica claro, que o dever de informação existe exclusivamente entre o franqueador e o franqueado, os quais não são obrigados a dar publicidade do ato a terceiros por meio do registro do contrato. Quanto a averbação perante o INPI e o registro no Banco Central dos contratos de franquia firmados entre franqueadores domiciliados ou sediados no exterior e franqueados domiciliados ou sediados no Brasil, não visa dar publicidade ao ato realizados entre as partes, mas sim autorizar o pagamento das taxas obrigatórias da franquia de forma legítima.

Além do próprio contrato de franquia, é obrigação do franqueador proporcionar outras informações ao franqueado na fase contratual, como as questões da transferência do seu know how, mediante a entrega de manuais e suas atualizações, realização de treinamentos e prestação de serviços e suporte operacional.

Segundo Daniel PLA²⁷, “existem cinco gerações de franquias, sendo que, em cada uma delas, aumenta o grau de transparência na relação do franqueador com o franqueado”.

Na primeira geração há pouca transparência, pois a franquia é caracterizada somente pela concessão de uso de marca ou patente, com pouco suporte operacional e prestação de serviços à rede franqueada. Quanto à segunda geração há um pouco mais de transparência, pois há maior suporte ao franqueado, no entanto, este é obrigado a adquirir produtos diretamente do franqueador, no preço dos quais

²⁷ Daniel Pla, *Tudo sobre franchising*. p. 18-19.

estão embutidas as taxas de franquia, o que resulta em transparência ainda reduzida.

Diferentemente da primeira e segunda a terceira geração há grande transparência em razão da assistência e do suporte fornecidos ao franqueado, inclusive mediante treinamentos, suporte operacional, assessoria na escolha do ponto em que será instalada a unidade franqueada e assistência na implantação da franquia. Além disso, as taxas de franquia são fixadas claramente pelo franqueador, de forma desvinculada da aquisição de produtos.

Na quarta e na quinta gerações há o maior nível de transparência na franquia, pois existe um conselho de franqueados que participa das decisões estratégicas da franquia. A diferença entre a quarta e a quinta gerações é a garantia, nesta última, de recompra da unidade franqueada pelo franqueador em caso de desligamento do franqueado da rede franqueada.

De acordo com o entendimento de Marcelo Cherto²⁸:

Numa operação de franchising estruturada corretamente, o que o franqueador transfere ao franqueado é a sua tecnologia de atuação, é o direito de se utilizar de toda uma série de informações, métodos e procedimentos, desenvolvidos e/ou sistematizados pelo franqueador, para que, com base neles, o franqueado possa vir a implantar, operar e gerir um negócio, uma empresa, com um mínimo de chance de sucesso. A isso se acopla a marca e, eventualmente, também o fornecimento de certos produtos, equipamentos e/ou insumos.

4.6.2 Franqueado

Durante toda a vigência do contrato de franquia o dever de informação do franqueado está presente.

²⁸ Marcelo Cherto, *O franchising e a lei*. São Paulo: Instituto de franchising e Eventos, p. 25.

É necessário, por exemplo, que, nas franquias em que as taxas incidem sobre o faturamento ou lucro líquido da unidade franqueada, o franqueado informe corretamente, ao franqueador, o movimento financeiro da sua unidade, a fim de apurar-se o valor da taxa devida.

O dever de informação costuma ser previsto contratualmente, inclusive no caso em que o franqueado tiver conhecimento sobre qualquer violação relacionado aos direitos de propriedade industrial do franqueador.

O dever de informação do franqueado é essencial para o bom desenvolvimento da franquia como um todo, pois permite que o franqueador tenha acesso a dados que podem ser utilizados na adoção de novas estratégias de publicidade, e assim também contribuir para a proteção da marca cujo uso é licenciado para os franqueados e para a manutenção do padrão de qualidade do sistema.

4.6.3 Dever de sigilo do Franqueador

Embora não seja previsto nos contratos de franquia, que se limitam a proteger os interesses do franqueador, é interessante que o franqueado exija que o franqueador assuma dever de sigilo a respeito das informações que o franqueado lhe transmitir em razão da relação de franquia.

O franqueado é obrigado a transmitir informações ao franqueador na fase pré-contratual, para que o franqueador decida sobre a sua aceitação ou não na rede de franqueados.

Na fase contratual o franqueado é obrigado a informar ao franqueador dados sigilosos do seu negócio, como seu faturamento, seu lucro líquido e seu banco de dados de clientes.

Assim como as informações sigilosas do franqueador, tais informações do franqueado também devem ser protegidas.

4.6.4 Dever do Franqueado

Embora a Lei de Franquia refira-se exclusivamente ao dever de sigilo do franqueado após a expiração do contrato, entende-se que o dever de sigilo do franqueado é de suma importância em um contrato de franquia e não se limita ao período após o término da vigência do contrato.

É interessante que o contrato preveja a obrigação de sigilo por parte do franqueado durante toda a vigência do contrato, bem como após o seu término ou rescisão, impondo penalidade pelo descumprimento desta obrigação, sem prejuízo da possibilidade do franqueador buscar indenização pelos prejuízos que sofrer que ultrapassem o valor da multa pactuada.

O dever de sigilo não pode atingir somente o franqueado, mas também deve obrigar outras pessoas que tenham acesso às informações confidenciais que forem transmitidas pelo franqueador em razão do contrato de franquia.

Mesmo na fase pré-contratual o dever de sigilo deve ser imposto pelo franqueador. Isto porque desde esta fase o franqueado recebe informações sigilosas que podem prejudicar o franqueador caso passem a ser de conhecimento do mercado. Por este motivo, o franqueador deve, ao entregar ao franqueado a Circular de Oferta, exigir a assinatura deste em um termo de recebimento da Circular de Oferta que contenha compromisso de sigilo com previsão de penalidade pelo seu descumprimento.

4.6.5 Dever de não concorrência do franqueado

Da mesma forma que existe o dever de sigilo, a legislação brasileira referente à franquia resumiu-se a mencionar sobre o dever de não concorrência do franqueado após a expiração do contrato de franquia. É necessário que o franqueador preveja, em seu contrato de franquia, o dever do franqueado de não concorrer com as atividades da franquia durante a vigência do contrato e por determinado prazo após a sua expiração.

Durante a vigência do contrato de franquia, o franqueador pode determinar que o franqueado não participe, direta ou indiretamente, de outros negócios que concorram com o mesmo ramo de atividade da franquia que utilizava. O mesmo também pode ser previsto em cláusula contratual após a expiração desse contrato, ainda que não seja concorrente com o da franquia no mesmo estabelecimento ou território em que se localizava sua unidade franqueada.

CAPITULO 5**5 A DEFESA DO FRANQUEADO****5.1 Princípios gerais do direito na constituição e a proteção ao franqueado**

De acordo com o entendimento de Pietro Perlingieri²⁹:

As normas constitucionais que ditam princípios de relevância geral são de direito substancial, e não meramente interpretativas: o recurso a elas, mesmo em sede de interpretação, justifica-se, do mesmo modo que qualquer outra norma, como expressão de um valor do qual a própria interpretação não pode subtrair-se é importante constatar que também os princípios são normas.

O mesmo autor ainda explica que não existem argumentos que possam contrariar a aplicação direta das normas constitucionais, sendo assim:

(...) a norma constitucional pode, também sozinha, ser fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é única solução possível, quando se reconhece a preeminência das normas constitucionais, e dos valores por elas expressos em um ordenamento jurídico unitário³⁰.

A aplicação dos princípios constitucionais devido à superioridade hierárquica da Constituição da Republica garante ao franqueado o equilíbrio contratual na franquia.

Os franqueados se tornam minorias frente às grandes empresas franqueadoras de produtos e serviços. Essa vulnerabilidade ocorre principalmente pela disputa do poder econômico entre os controladores do mercado. Mas nem por isso o ordenamento jurídico deixou de ampará-los uma vez que são considerados vulneráveis frente às tratativas comerciais.

²⁹ Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, p. 37-38.

³⁰ *Idem, Ibidem*.

5.2 À vulnerabilidade contratual e a aplicação do Princípio da Solidariedade

A vulnerabilidade econômica nas relações contratuais encontra proteção no artigo 3º Constituição da República, é o chamado princípio da solidariedade social.

Esse princípio tem como objetivo fundamental da república, a construção de uma sociedade livre, justa, e solidária; com o propósito de erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais, promovendo assim o bem estar de todos sem preconceitos ou discriminação.

O desequilíbrio contratual normalmente nas relações privadas não encontra qualquer justificativa no interesse coletivo, ao contrario visa unicamente o interesse pessoal e econômico dos grandes controladores do mercado. Por isso que a aplicação do artigo 3º da Carta Magna é o elemento fundamental para guiar o interprete na análise da matéria contratual.

Para a dignificação contratual do homem é eleito o valor da solidariedade como sendo o fio condutor que refunda um contrato, agora revisitado à luz da Constituição. A solidariedade não é somente um valor inserido na Constituição, sem papel definido no plano da regra. Ao contrario, ela reflete o novo espírito ético da sociedade brasileira que, efetivamente, pretende encontrar um Brasil no século XXI livre da miséria econômica e das desigualdades sociais³¹.

O mesmo autor ainda destaca que os princípios da boa fé, confiança, transparência e equidade também estão inseridas no princípio da solidariedade. E apesar de ser considerado um estatuto de suma importância, e fonte de princípios gerais perfeitamente aplicáveis em situações de desequilíbrio contratual:

(...) não se encontra no Código de defesa do consumidor na centralidade de uma propagada Teoria Geral dos Contratos, até porque ele nada mais fez do que realizar o programa constitucional do jogo entre a livre-iniciativa massificada e a justiça social. Assim, se possível for irigir uma Teoria Geral dos Contratos, seu âmago sempre recairá na Constituição, uma vez ser ela o derradeiro

³¹ NALIN; PAULO. 2002 *apud* THOMAZ, 2005, p. 126.

depositário da justiça social. Da qual não escapa nenhum contrato, seja de consumo, seja civil, seja comercial ou mesmo público³².

A Constituição da República mantém vivo o princípio da solidariedade, na defesa do equilíbrio contratual entre as partes por isso é correto afirmar que:

(...) os interesses recíprocos não se opõem, mais sim interagem em cooperação, com um fim comum, logo, não individualista. O que importa, em ultima instância, acaba sendo proteger a dignidade do sujeito contratante, esteja ele credor, esteja ele devedor, por meio de uma solidariedade orientadora das autonomias privadas envolvidas. Se é relevante o contrato como meio de propiciar a circulação de riquezas, e para tanto e recebe tutela na ordem jurídica, mais relevante ainda é a segurança da parte na relação, que simplesmente não mais, pode sair do negócio aniquilada em suas finanças e personalidade, pois antes de ser contratante, em relação de massa ou mesmo nas essencialmente privadas, é ser humano; por isso merecedor prioritário dos fatores da Constituição. O princípio constitucional da solidariedade valoriza para além do equilíbrio econômico, a “riqueza” dos interesses reciprocamente envolvidos, e especialmente que não se está mais diante de um contrato exclusivamente patrimonializado: hoje o contrato é também existencial e serve para a realização de valores existenciais dos contratantes³³.

Aliando-se ao princípio da solidariedade, outros dispositivos na Constituição visam proteger a manutenção da pequena sociedade do franqueado, bem como evitando os abusos econômicos frente às condições mais favoráveis do franqueador, são eles:

Artigo 170, inciso IX. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Artigo 173, parágrafo 4º. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Parágrafo 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

³² *Ibidem*, p. 278.

³³ *Idem, ibidem*. p. 278-279.

5.3 Princípios gerais do Código de defesa do consumidor aplicáveis a defesa do franqueado

Dentre as leis interventoras no sistema econômico, e conseqüentemente nas relações contratuais, o Código de Defesa do Consumidor – CDC atualmente vem sendo bastante utilizado a fim de suprir as lacunas existentes nos contratos. A aplicação do CDC justifica-se por ter o seu texto legal direcionado a função social, e assim influenciar no comportamento social das pessoas.

As leis de função social, de acordo com Claudia Lima Marques³⁴:

(...) nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas. Para que possam cumprir sua função, o legislador costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação.

A partir desses ensinamentos vale trazer alguns dos princípios norteadores do CDC e que tratam da função social e a boa-fé:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

O princípio da boa-fé foi introduzido pela primeira vez em nossa sociedade como princípio geral trazido pelo Código de defesa do consumidor, marcando consideravelmente as relações contratuais, principalmente no que se trata dos desequilíbrios contratuais, a vulnerabilidade das partes, como no caso da franquia a vulnerabilidade do franqueado.

³⁴ Claudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 220-221.

Para a mesma autora são três os deveres anexos, que acompanham a boa-fé contratual: o dever de informar; o dever de cooperação e o dever de cuidado:

O dever de informar significa que não de vê haver indução ao erro. As promessas devem ser cumpridas, uma vez que as informações prestadas passam a ser juridicamente relevantes e integram a relação contratual futura, sujeitando o contratante às sanções que decorrem *venire contra factum proprium*. A omissão da informação também é um descumprimento do dever de informar.

O dever de cooperação é o de colaborar durante a execução do contrato, e não obstruir, impedir ou dificultar a atuação de outro contratante, quando este tenta cumprir com suas obrigações contratuais.

O dever de cuidado tem por fim preservar o co-contratante de danos à sua integridade, pessoal (moral ou física) e patrimonial. Não deve o fornecedor do serviço abusar da sua posição contratual preponderante de poder impor cláusulas à outra parte do sinalagma, que façam este ter que suportar gastos desnecessários a situação constrangedora³⁵.

O artigo 6º inciso IV proporciona a parte vulnerável (franqueado) a proteção contra a publicidade enganosa, práticas comerciais desleais e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos ou serviços. Pelo inciso V do mesmo dispositivo o franqueado poderá exigir a alteração das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou que as tornem excessivamente onerosas. Sem ainda desprezar a inversão do ônus da prova, conforme consta no inciso VIII.

Artigo 6º, IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Nos Capítulos V e VI, podem ser destacados outros dispositivos que garantem a proteção a todos aqueles que se encontra em situação vulnerável nas

³⁵ *Ibidem*, p. 113-115.

relações contratuais, a exemplo o artigo 29, destacando nesse sentido o posicionamento do Desembargador Antonio Janyr Dall’Agnor Júnior:

Contrato de adesão. Desequilíbrio entre as partes. Prevalência do foro da obrigação. Não é por se tratar de relação de consumo, que se afasta sedizente eleição de foro, em contrato de franchising, senão porque demonstrada satisfatoriamente, a vulnerabilidade de um dos figurantes, evidenciando-se o desequilíbrio entre as partes do negocio, permitindo a aplicação do artigo 29 do CDC, verdadeiro canal de oxigenação do ordenamento jurídico comum. (AI 597036102, 29.4.97, in Revista de Jurisprudência do TJRS. V. 184, pp. 184 e ss)³⁶.

Tem-se ainda o artigo 39 do mesmo diploma que explica:

Artigo 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

Artigo 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Artigo 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

Parágrafo 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

³⁶ Carlyle Popp, *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, p. 111. Disponível em <http://books.google.com.br>. Acesso em: 07.12.2009.

A aplicação dos princípios do Código de defesa do consumidor a outras relações que não sejam necessariamente a de consumo se justifica pelo desequilíbrio econômico das partes, mais precisamente pela vulnerabilidade de um dos contratantes. Em decorrência disso que o mesmo diploma também pode ser aplicado:

(...) a um agente econômico ou profissional liberal que não se enquadre na relação acima, e assim serem beneficiados das normas tutelares do CDC enquanto consumidor equiparado. É o que ocorre em geral nos contratos por adesão e, em específico, nos contratos de franquia. Nesses casos o CDC passa a ser aplicado como verdadeiro código regulador das práticas comerciais³⁷.

Em outras palavras o franqueado que estiver em condição vulnerável em decorrência de cláusulas contratuais abusivas, essas serão consideradas nulas de pleno direito. Entendimento inclusive que pode ser observado no artigo 51, inciso XIII do mesmo diploma, onde protege a pessoa jurídica em condição desfavorável nas relações contratuais independentemente dessa ser destinatária final de produtos e serviços. E além desse inciso existem outros também podem ser aplicados ao franqueado, assim apresentamos o artigo na sua íntegra:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

- I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
- II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
- III - transfiram responsabilidades a terceiros;
- IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
- V - (Vetado);
- VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
- VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
- VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
- IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
- X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

³⁷ *Ibidem*, p. 155.

- XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
 - XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
 - XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
 - XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
 - XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
 - XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.
- § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:
- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
 - II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
 - III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.
- § 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.
- § 3º (Vetado).
- § 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

A extensão da aplicabilidade do Código de defesa do consumidor nas relações contratuais, em especial, no contrato de franquia, se dá justamente porque diversas são as pessoas, que podem ser atingidas e conseqüentemente prejudicadas pelas práticas dos fornecedores no mercado. Mesmo não sendo consumidor final nem tão pouco possuindo rigorosamente as características, a posição favorável do fornecedor frente à vulnerabilidade dessas pessoas convenceram o legislador quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor em especial também entre franqueador e franqueado.

CAPITULO 6**6 PROTEÇÃO DO FRANQUEADO NO CODIGO CIVIL**

Diante do que foi exposto até o momento cabe nesse capítulo dissertar sobre a aplicabilidade de alguns artigos do Código civil que trazem maior impacto para a franquia, em especial aqueles que se destacam por tratar da função social do contrato.

O artigo 421 do Código civil determina que a liberdade de contratação será exercida dentro dos limites da função social do contrato. Sobre isso o professor Antonio Claudio de Costa Machado³⁸, disserta que:

Esse artigo garantiu a autonomia privada, outorgando as partes o direito de contratar com liberdade, para estipular as cláusulas mediante acordo de vontades. A liberdade de contratar está condicionada ao atendimento da função social do contrato que são os fins econômicos e sociais do contrato, proporcionando uma melhor circulação de riquezas. Os interesses individuais das partes do contrato devem ser exercidos em consonância com os interesses sociais, não podendo apresentar conflitos, pois nessa hipótese prevalecem os interesses sociais. Entretanto a liberdade de contratar esta está limitada, não podendo contrariar os preceitos de ordem pública, que vedam a convenção entre as partes que seja contraria aos bons costumes, preceitos que fixam os interesses da coletividade, bem como, sustentam as bases fundamentais da ordem econômica e moral da sociedade. Essa limitação consiste também na finalidade de evitar as desigualdades contratuais, evitar, o predomínio contratual do economicamente forte sobre o economicamente fraco.

O contrato quando elaborado e cumprido corretamente dentro dos limites legais, automaticamente já esta cumprindo com sua função. Alias esse preceito não é exclusivo do Código civil, uma vez que o próprio Código de defesa do consumidor como já foi demonstrado anteriormente é uma legislação voltada ao interesse social, portanto uma lei, que cuida dos contratos em sua função social.

³⁸ Antonio Claudio da Costa Machado, *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*, p. 310-311.

Código civil não conceitua claramente o que venha a ser a função social do contrato, mas implicitamente deixar passar que em todo o negócio jurídico deve ser pautado por esse princípio. Nessa questão entendemos a existência da aplicação da ética no Direito. Mesmo nos contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei 10.406, esses não deverão ser submetidos aos efeitos do novo código, observando a aplicação da função social do contrato, conforme descreve o artigo 2.035 que diz:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (grifos nosso).

É o caso dos contratos de franquia firmados antes da entrada do novo código, a princípio não poderá ser modificado quanto aos efeitos já produzidos, porém poderão ser perfeitamente revistos se cláusulas ali inseridas causarem malefícios e assim desrespeitar o princípio da função social dos contratos.

O espírito ético também pode ser encontrado no artigo 113 e 187 o mesmo diploma que diz:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Sobre o artigo 113 Nelson Nery Junior³⁹ explica que:

Princípio da probidade e da boa-fé. O novo sistema jurídico de Direito Privado impõe às partes que resguardem, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé (art. 422). Igualmente, nas disposições finais e transitórias, prescreve que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pelo Código civil para o

³⁹ Nelson Nery Junior, *Código civil anotado e Legislação extravagante*, p. 205-255.

resguardo da função social da propriedade e da função social dos contratos (CC 2035, parágrafo único).

Boa-fé subjetiva. Interpretação. A norma trata da boa-fé subjetiva, isto é, da intenção e do comportamento efetivo das partes na conclusão do negócio jurídico. Nesse contexto, a boa-fé assume caráter subjetivo, tendo natureza jurídica de regra de interpretação do negócio jurídico. Para interpretar o negócio jurídico, o juiz deve buscar intenção das partes (CC 112), que devem ter agido de acordo com a boa-fé (subjetiva). O Código civil artigo 422 trata da boa-fé sem sua outra conformação: Boa-fé objetiva, que tem natureza de cláusula geral.

Quanto ao artigo 187 Ricardo Fiuza⁴⁰, comenta:

Abuso de direito ou exercício irregular do direito: O uso de um direito, poder ou coisa, além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido.

Ainda sobre os mesmos artigos, Thomaz Saavedra⁴¹ apresenta seu entendimento da seguinte forma:

(...) o artigo 187 trata do abuso do direito, imputa de ilicitude o ato que exceda os limites impostos pelo seu fim social e econômico. Quanto o artigo 113 possibilita que o juiz interprete os negócios jurídicos conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Em conjunto com o artigo 421, constituem cláusulas gerais abertas, que conferem ao judiciário o poder de fazer justiça social isto é, de decidir se determinado contrato feriu ou não certos padrões de eticidade; cumpriu ou não sua função social.

6.1 Contratos de adesão

O contrato de adesão está disposto no Código civil em seus artigos 423 e 424. No primeiro trata das cláusulas ambíguas ou contraditórias devendo, portanto ser interpretadas de forma mais favorável ao aderente, já no segundo artigo

⁴⁰ Ricardo Fiuza, *Novo código civil comentado*, p. 185.

⁴¹ Thomaz Saavedra, *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*, p. 142-143.

cuida das cláusulas que serão consideradas nulas uma vez que as mesmas estipularem a renúncia antecipada do aderente a direito que origine do negócio.

No entendimento de Silvio de Salvo Venosa ⁴² comenta que o contrato de adesão:

É o típico contrato que se apresente com todas as cláusulas predispostas por uma das partes. A outra parte, o aderente, somente tem a alternativa de aceitar ou repelir o contrato. Essa modalidade não resiste a uma explicação dentro dos princípios tradicionais de direito contratual.

Ambas as situações já foram tratadas no Código de defesa do consumidor em seus artigos 47 e 51, I, no primeiro disserta sobre a norma mais favorável, já no segundo cuida da renúncia, mas além desses não podemos deixar de mencionar o artigo 54, §§⁴³ que também cuida dos contratos de adesão. É de se notar que o franqueado também se encontra amparado, portanto, equiparando-se aos consumidores.

6.2 Abuso de direito, Cláusulas penais excessivas e a Desconsideração da personalidade jurídica

As três questões são tratadas pelo Código civil. Inicialmente temos o artigo 187 que apresenta a definição sobre o abuso de direito: “comete ato ilícito o titular

⁴² Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos*, p. 396.

⁴³ Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Artigo 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Pelo artigo 413 do Código civil o juiz pode alterar a cláusula penal em duas situações: a) quando ocorrer o cumprimento parcial da obrigação por parte do devedor; b) quando o valor determinado em contrato for manifestadamente excessivo, e nesse caso o juiz por meio de ofício poderá determinar a sua redução.

No artigo 927 do antigo código civil existia a determinação do devedor cumprir com a obrigação mesmo nos casos de excesso, diferentemente do que ocorre no atual código pelo artigo 413.

Sobre a desconsideração da personalidade jurídica o Código civil apresenta o artigo 50 que poderá ocorrer nos casos em que houver:

(...) desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Junto ao artigo acima pode ser citado o artigo 28 do Código de defesa do consumidor:

O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Por esse artigo verifica-se que o juiz possui a faculdade de desconsiderar a personalidade jurídica, e o Código de defesa do consumidor reforça e complementa com maior eficiência os dispositivos do Código civil. Por isso não errado em afirmar um diploma pode perfeitamente completar o entendimento do outro, e assim construir um entendimento único a ser aplicado nas tratativas contratuais.

6.3 Contrato de franquia – Pré-contrato e o Código Civil

Pelo antigo diploma não se tinha mencionado a questão do pré-contrato, contrário do que ocorre com o atual código civil em seu artigo 462 e seguintes.

O pré-contrato normalmente utilizado na franquia se dá por uma serie de razões, dentre elas pode ser mencionado: a) o prazo para que o franqueado possa encontrar o ponto de comércio a ser destinado para implantação da franquia; b) melhor conhecimento do franqueado em fase treinamento, e assim verificar se o mesmo encontra-se capacitado para operacionalizar os negócios, e ao mesmo tempo ocorre a ocorrência a verificação da ficha cadastral do candidato a franqueado; e, c) da mesma forma em que o franqueado será investigado pode também ocorrer à pesquisa sobre a idoneidade do franqueador tanto como pessoa quanto a situação da sociedade empresaria.

De qualquer forma o pré-contrato na franquia que chamamos de COF, funciona como uma apresentação prévia do negócio a ser firmado futuramente.

O contrato assinado por ambas às partes deverá ser levado a registro no cartório de títulos e documentos, por isso que esse terá força do contrato principal, conforme dispõe o artigo 464 Código civil aliado ao artigo 30 do CDC.

Artigo 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Artigo 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado

Sendo assim a falta de cumprimento das normas contratuais pode o franqueado exigir do franqueador a concessão da franquia, como por exemplo, a exigência pelo ponto comercial por ele escolhido. Mas por outro lado é importante observar no contrato de franquia a existência da cláusula de arrependimento, com

essa cláusula inserida no contrato o candidato a franqueado pode desistir do negócio, sem grandes prejuízos.

Contrario do que ocorreria se ela não fosse inserida no contrato, pois nesse caso o franqueador poderá acionar judicialmente o candidato a franqueado por perdas e danos decorrentes da não concretização do negócio.

CONCLUSÃO

Diante do que foi desenvolvido, é possível chegar às seguintes conclusões:

Primeiramente ficou compreendido que a franquia muito embora já fosse mundialmente conhecida, e mesmo com a entrada em empresas estrangeiras no Brasil e o aumento de empresas nacionais, esse sistema somente foi regulado a partir da entrada em vigor da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e assim transmitindo maior segurança jurídica entre as partes.

O contrato de franquia pela a sua natureza jurídica não cria qualquer vínculo de subordinação, mesmo com a utilização exclusiva da marca, dos produtos e serviços do franqueador. É um contrato que possui suas próprias características, e mesmo indo ao encontro de outras espécies de contratos, não perde a sua autonomia. Ele até pode ser considerado semelhante a outros contratos, mas nunca igual justamente por ser também considerado exclusivo dentro das suas operações comerciais.

A franquia em si se subdivide em diversas formas. Historicamente predominou-se o entendimento americano e europeu onde foram apontados doze formas de franquia (a Franquia mista, Franquia máster, Franquia corner, Franquia modo associativa, Franquia financeira, Multifranquia, Multimarcas, Franquia de nova instalação, Franquia de reconversão, Franquia de desenvolvimento de área, Franquia itinerante, Franquia de controle de área) sendo inclusive aceita por diversos países.

As características do contrato de franquia estão diretamente ligadas ao cumprimento da Circular de Oferta de Franquia, o ponto chave para a concretização do contrato principal. No caso do franqueador não cumprir com as determinações da Circular de Oferta e se mesmo assim o candidato a franqueado assinar o contrato principal, esse poderá exigir posteriormente a anulabilidade desse contrato, bem como a devolução de todo o aporte dado ao franqueador, e aos terceiros que foram

indicados por ele, além ainda de perdas e danos, conforme esta disposto no parágrafo único do artigo 3º da lei de franquia.

Além da própria lei específica que trata da franquia e garante o amparo legal do candidato e do franqueado, o legislador manteve a preocupação de criar outros mecanismos de proteção, como é o caso do Código de defesa do consumidor que entrou em vigor em 11 de setembro de 1990, forçando a adequação de diversos contratos, a partir daí garantindo a manutenção de estabelecimentos comerciais no mercado.

Muito embora o Código de defesa do consumidor tenha sido feito com a intenção de proteger o consumidor final, principalmente nas relações contratuais, ele não deixou de amparar o franqueado. O legislador entendeu que a pessoa nessas condições independentemente de ser ou não consumidor final também se torna vulnerável diante dos contratos com cláusulas abusivas. Por isso que se criaram dispositivos onde o franqueado pode pedir via judicial desde a desconsideração da personalidade jurídica (artigo 28) do franqueador (pessoa jurídica) como também anular de pleno direito as cláusulas contratuais abusivas, e ainda invocar os princípios da liberdade contratual, boa-fé e bons costumes, amparados pelo Código civil de 2002.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. São Paulo: Atlas, 1997.

_____, Luiz Felizardo. *Franquia da atividade securitária*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1997.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza Jurídica do contrato de franchising*. Revista dos Tribunais nº 653. p. 54-68, marc. 1990. V. 79.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 11 ed., São Paulo: Atlas, 1999.

CHERTO, Marcelo. *O franchising e a lei*. São Paulo: Instituto de franchising e Eventos, 1996.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2003. 1 v.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1996. 4 v.

DINIZ, Maria Helena. *Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2003. 3 v.

FERNANDES, Lina Márcia Chaves Fernandes. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FIUZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GABRICH, Frederico de Andrade. *Contrato de franquia e direito de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- IRINEU, Mariani. *Contratos Empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MACHADO, Antonio Claudio da Costa, *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Manole, 2008.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- MAURO, Paulo C. *Guia do franqueador. Como crescer através do franchising*. São Paulo: Nobel, 1994.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil anotado e Legislação extravagante*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003.
- PLA, Daniel. *Tudo sobre franchising*. Rio de Janeiro: Senac, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996. 3 v.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Aide, 1988. 2 v.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva. 2003.
- SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Manual dos contratos e obrigações unilaterais de vontade*. São Paulo: Atlas, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos*. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2004. 2 v.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 13 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PESQUISAS ELETRÔNICAS

Água de Cheiro. Disponível em: < <http://www.aguadecheiro.com.br>> Acesso em: 19 nov. 2009.

Associação Brasileira de Franchising - ABF. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

Carlyle Popp, *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, p. 111. Disponível em [http://<books.google.com.br>](http://books.google.com.br). Acesso em: 07 dez. 2009.

Casa do Pão de Queijo. Disponível em: < <http://www.casadopaodequeijo.com.br>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

Leite, Roberto Cintra. *Franchising. Na criação de novos negócios*. p. 18. pp. 29-37. (Maria Aparecida Gouvêa e Andréa Okasaki. Outubro 1999). Também Disponível em: www.ead.fea.usp.br/semead/4semead/artigos/Adm_geral/Gouvea_e_Okazaki . Acesso em: 02 dez. 2009.

O Boticário. Disponível em:< <http://internet.boticario.com.br>> Acesso em: 21 nov. 2009.

Remington Franchising. Disponível em: < <http://remingtonfranchising.com>> Acesso em: 05 dez. 2009.

LEGISLAÇÃO

Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Código de defesa do consumidor. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Constituição da República Federativa do Brasil. Constituição da República Federativa Do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva 2005.

Contrato de franquia empresarial. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.

ANEXOS**ANEXO I - LEI Nº 8.955, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1994.**

Art. 1º Os contratos de franquia empresarial são disciplinados por esta lei.

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

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

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

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

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

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

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

VII - 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. 5º (VETADO).

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

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.

Art. 8º O disposto nesta lei aplica-se aos sistemas de franquia instalados e operados no território nacional.

Art. 9º Para os fins desta lei, o termo franqueador, quando utilizado em qualquer de seus dispositivos, serve também para designar o subfranqueador, da mesma forma que as disposições que se refiram ao franqueado aplicam-se ao subfranqueado.

Art. 10. Esta lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 15 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO

Ciro Ferreira Gomes