

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO – DIREITO ECONÔMICO

ADAIR BORGES COUTINHO NETO

**RESPONSABILIDADE CIVIL E POR ABUSO DE PODER DO FRANQUEADOR NO
SISTEMA DE FRANQUIA**

JOÃO PESSOA

2009

ADAIR BORGES COUTINHO NETO

**RESPONSABILIDADE CIVIL E POR ABUSO DE PODER DO FRANQUEADOR NO
SISTEMA DE FRANQUIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como exigência para a obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Econômico

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito

JOÃO PESSOA

2009

ADAIR BORGES COUTINHO NETO

**RESPONSABILIDADE CIVIL E POR ABUSO DE PODER DO FRANQUEADOR NO
SISTEMA DE FRANQUIA**

Dissertação apresentada em 27 de novembro de 2009 ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como exigência para a obtenção do grau de Mestre, tendo obtido o conceito _____, conforme a apreciação da banca examinadora.

Área de Concentração: Direito Econômico

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito

Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Toscano de Brito

Prof. Dr. Fernando Vasconcelos

(Membro Interno)

Prof. Dr. Glauber Leite Salomão

(Examinador Externo)

*Às mulheres da minha vida, Mércia e
Isabela, por terem sido as grandes
incentivadoras para a conclusão deste
trabalho.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por tudo que ele representa e já proporcionou em minha vida.

Aos meus pais, Adilson e Mércia, pelo apoio incondicional e por todo o esforço empreendido para que eu chegasse até aqui.

Ao meu irmão Adilson Filho, a quem tenho a sorte de sempre poder contar, sejam nos momentos tristes ou alegres.

À minha Bela, carinhosamente chamada de Tesourinho, que mesmo diante de minhas ausências e irritações, sempre foi compreensiva, amável e carinhosa.

Ao meu estimado orientador, Professor Dr. Rodrigo Toscano, pela extrema confiança depositada, por toda paciência e pelos ensinamentos compartilhados com tanto esmero.

Aos meus Sócios Thiago e Adilson, bem como aos que fazem o Patriota & Coutinho Advogados Associados, pelo suporte e compreensão nos momentos de ausência.

Aos familiares e amigos, que graças a Deus, não são poucos e sempre torceram por mim.

Aos Professores deste Programa, por todo conhecimento compartilhado e todo incentivo despedido.

Aos servidores deste Programa, na pessoa de Lys, por todo o profissionalismo e zelo para com os discentes.

Aos meus amigos e colegas de turma, pelas lições de vida, pelas amizades construídas, pela contribuição intelectual e humana e pelas boas memórias que ficaram guardadas para sempre.

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

Através do mundo globalizado, determinados instrumentos jurídicos ganharam uma maior repercussão. Entre eles, temos o contrato de franquia. Um contrato complexo, bilateral e de natureza de colaboração, este assumiu um importante papel na regulamentação de determinadas relações comerciais. Tendo como agentes: o franqueador e o franqueado, o primeiro é grande responsável pela criação e licenciamento da marca, bem como pela estruturação de toda a rede de franquia. É dever do franqueador ofertar o devido suporte aos componentes da rede. O franqueado tem a obrigação de cumprir todas as exigências estabelecidas no contrato de franquia. É seu dever também, o pagamento de royalties pela utilização da marca franqueada. O contrato de franquia apresenta nuances específicas. O atual Código Civil trouxe uma nova ótica ao contrato de franquia, os princípios sociais do contrato deram uma maior segurança às partes envolvidas. A Circular de Oferta de Franquia, documento indispensável à relação em estudo, tem o dever de trazer todos os atributos contidos no princípio da boa-fé objetiva. Nos contratos de franquia, deve-se observar a cláusula de territorialidade. Outra característica relevante é a condição de contrato relacional, isto possibilita que negociações sejam firmadas no decorrer da execução do contrato e evitem prejuízos às partes. Em relação à responsabilidade civil, é pacificado entendimento da inexistência de responsabilidade do franqueador, nas relações firmadas entre os franqueados e terceiros não consumidores. No tocante às relações de consumo, o franqueador responde solidariamente com franqueado, pelo fato de compor a cadeia produtiva de consumo. Também responde o franqueador por ações de controle externo que caracterizem abuso de poder. Entretanto, pela regra da razão, se tiverem caráter benéfico, nenhuma regra contratual poderá ser ilegítima, somente serão abusivas quando tiverem o condão de tentar dominar o mercado ou atentar contra a livre concorrência.

Palavras-chave: Globalização. Sistema de franquias. Contratos. Função social. Responsabilidade civil. Consumidor. Abuso de poder. Livre concorrência.

ABSTRACT

Through the globalized world, certain legal instruments have gained a greater impact. Among them, we have the franchise agreement. A complex contract, bilateral and collaborative nature, it assumed an important role in the regulation of certain business relationships. Having agents: the franchisor and the franchisee, the former is largely responsible for creating and licensing the brand, as well as the structuring of the entire franchise network. It is the duty of the franchisor offer proper support to the network components. The franchisee is required to meet all the requirements of the franchise contract. It is also their duty to pay royalties for using the brand franchise. The franchise agreement has specific nuances. The current Civil Code has brought a new perspective to the franchise agreement, the principles of social contract has given greater certainty to the parties the Offering Circular of Frank, the documents required for study, has a duty to bring all the attributes contained in the principle the objective good faith. In franchising, it should be noted the territoriality clause. Another important characteristic is the condition of contract relationships, that allows negotiations to be entered into in the course of the contract and avoid harm to persons. In relation to civil liability, is peaceful understanding of the lack of responsibility of the franchisor, the relations established between the franchisees and third parties not consumers. In relations of consumption, the franchisor and severally liable with the franchisee, the fact that compose the production chain of consumption. It also responds to the franchisor by external control actions that tend to abuse power. However, the rule of reason, if they are beneficial character, no contractual rule may be illegitimate, will only be unfair if they have the power to try to dominate the market or would be anti-competitive.

Keywords: Globalization. Franchise system. Contracts. Social function. Liability, Consumer abuse of power. Free competition.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O SISTEMA DE FRANQUIA	12
2.1 A globalização e a homogeneização da sociedade	12
2.2 Etimologia e origem histórica da franquia	15
2.3 Conceituação e panorama legal do sistema de franquia	19
2.4 Natureza jurídica da relação de franquia	25
2.5 Tipos e classificação das franquias	26
2.5.1 Classificação quanto à atividade desempenhada pelo franqueado	26
2.5.2 Classificação quanto ao nível de competência transferida	28
2.5.3 Classificação em face das particularidades contratuais	29
2.6 As vantagens e desvantagens econômicas para os partícipes da relação de franquia	31
3 CONTRATO DE FRANQUIA	34
3.1 Prolegômenos sobre a evolução da teoria geral dos contratos	34
3.2 Ruptura à consolidação: uma nova concepção do contrato	34
3.3 Princípios sociais dos contratos	37
3.3.1 Princípio da função social do contrato	38
3.3.2 Boa-fé objetiva: modelo de conduta social	40
3.3.3 Princípio da equivalência material	41
3.4 <i>Franchising</i> e seus pressupostos contratuais	43
3.5 A circular de oferta de franquia e sua relevância	44
3.5.1 A circular de oferta de franquia e o princípio da boa-fé objetiva	47
3.6 Força vinculante do pré-contrato de franquia	48
3.7 Peculiaridades do contrato de franquia	50
3.7.1 Partes contratantes e os seus direitos e obrigações	51
3.7.2 Cláusula de territorialidade e suas nuances	52
3.7.3 Extinção do contrato de franquia	54
3.7.4 Franquia e o direito sucessório	55
3.8 Contrato de franquia e a teoria dos contratos relacionais	57
3.9 Solução extrajudicial para os conflitos no sistema de franquias	59
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE FRANQUIA	64

4.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil	64
4.2 Franqueador e suas responsabilidades perante os terceiros não consumidores.....	68
4.3 Franqueador e suas responsabilidades perante os consumidores de produtos e serviços franqueados.....	72
4.3.1 Relações de consumo e a responsabilidade do franqueador	75
5 A RESPONSABILIDADE DO FRANQUEADOR POR ABUSO DE PODER	80
5.1 Conceituações de poder.....	80
5.2 Ações de controle e o abuso de poder.....	81
5.3 Abuso de poder econômico nas relações entre o franqueador e o franqueado.....	86
6 CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS.....	103

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea presencia complexas transformações, seja no comportamento das pessoas, seja nos meios das comunicações e dos transportes. Para acompanhar a rapidez dessas transformações, os mercados tiveram de se adequar a esta nova realidade, criando e adaptando instrumentos e mecanismos que fossem capazes de corresponder e dar sustentáculo a esta nova ordem econômica.

O sistema de franquia, ou *franchising*, encaixa-se perfeitamente nessa nova concepção econômica. Mesmo não sendo tão recente, sua expansão e fortalecimento só ocorreu na segunda metade do século XX, tendo como agentes propagadores o franqueador e o franqueado, por meio dos quais se dará a análise das principais características dessa relação contratual.

Demonstra-se que o sistema de franquia é capaz de originar várias relações e conflitos jurídicos. No entanto, o objeto do presente trabalho se restringirá à análise do contrato de franquia, aos aspectos da responsabilidade civil e ao abuso de poder econômico do franqueador.

Por ser um instrumento jurídico complexo, as nuances desse contrato geram inúmeras consequências na seara civil. O contrato de franquia envolve os aspectos gerais do ato jurídico, abarcando as obrigações e os contratos, bem como os aspectos da responsabilidade civil, findando sua interferência no direito sucessório.

O contrato de franquia também apresenta peculiaridades que merecem maior destaque: a cláusula de territorialidade; a sua natureza relacional; a utilização da cláusula arbitral, como uma forma de solucionar conflitos; a COF e o princípio da boa-fé objetiva.

Dentro dos aspectos suscitados, também se analisa detalhadamente a questão da responsabilidade civil. Neste contexto, busca-se delimitar a efetiva responsabilidade de cada um dos atores do sistema de franquia: o franqueado e o franqueador.

Ab initio, o franqueado é o único responsável pelos prejuízos que causar perante terceiros na execução de suas atividades. Todavia, uma das características

dessa parceria é a independência jurídica dos parceiros, haja vista o franqueado praticar atos em nome próprio, por sua própria conta e risco.

Entretanto, existem situações nas quais o franqueador pode concorrer, de maneira direta ou indireta, para a ocorrência de danos aos consumidores dos franqueados, justificando, ao menos, seu dever de indenizar os possíveis prejuízos decorrentes da relação estabelecida.

Por outro lado, ainda ocorrem outras circunstâncias, que em razão das dimensões do referido sistema, o pleno ressarcimento dos danos causados a terceiros pelos franqueados, só restaria caracterizado se o franqueador fosse acionado para responder.

Insta mencionar também, que não se pode olvidar que o consumidor final, muitas vezes, contrata com o franqueado sem ter o conhecimento de que a relação de consumo foi estabelecida sob o regime de franquia empresarial. Outrossim, as ações de consumo estão diretamente relacionadas, muitas vezes, ao conhecimento ou confiança que uma determinada marca transmite.

O consumidor imagina que a solução para eventuais problemas decorrentes daquele produto ou serviço, deve ser reparada exclusivamente pelo dono do estabelecimento onde foi adquirido o produto ou serviço. Por este fato, faz-se necessário esmiuçar a questão sob a ótica das regras do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, indagando-se sobre a responsabilidade do franqueador em função da propaganda, da licença da marca, do treinamento ofertado ao franqueado, do fornecimento ou da indicação dos fornecedores de produtos ao franqueado.

Outro importante aspecto são as ações de controle, exercidas pelo franqueador em relação às atividades do franqueado. O exercício realizado de forma desvirtuada pode, eventualmente, gerar danos a terceiros, em especial, quando o controle da rede de franquias possa alcançar níveis que ponham em risco a livre concorrência e a estrutura do mercado.

Em face disso, almeja-se, neste estudo, estabelecer quais são, à luz da legislação brasileira, os fundamentos e os limites para a eventual responsabilidade civil do franqueador perante terceiros, no sistema de franquia empresarial, sem desnaturação do instituto e frustração dos seus objetivos econômicos.

A falta de regulamentação legal específica sobre a matéria, bem como a escassez de precedentes jurisprudenciais sobre o assunto, torna o desenvolvimento do tema um pouco mais árduo. Esta circunstância, contudo, não é desanimadora. É,

antes de tudo, bastante motivadora, seja pelo desafio que representa, como pela certeza da utilidade que os resultados poderão proporcionar.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O SISTEMA DE FRANQUIA

2.1 A globalização e a homogeneização da sociedade

Para alguns, a globalização pode ser considerada um novo fenômeno vivenciado pela sociedade. Entretanto, observa-se que esse fenômeno não é recente. Em várias fases da história, constata-se a intensificação da troca de produtos, a expansão do comércio, a busca por novos mercados e a adoção de comportamentos semelhantes em regiões distintas do planeta. Neste diapasão, pode-se afirmar que estes foram os primeiros passos para aquilo que hoje se denomina globalização ou mundialização.

Na história ocidental, os romanos foram os primeiros a implementar os aspectos globalizantes ao seu Império. Enquanto os gregos se dedicavam à filosofia em suas cidades-estados, os romanos articulavam seu sistema legal, difundiam o uso de uma moeda e protegiam o comércio contra as investidas das forças inimigas. Pelos territórios conquistados e subjugados, impuseram o mesmo *modus operandi* de administrar e de comercializar, aplicados pelo governo central.

Na época das grandes navegações, os portugueses foram os principais agentes globais. Suas viagens para o oriente em busca de especiarias, impulsionaram a busca por novos mercados, disseminaram e fortaleceram o comércio por boa parte da Europa, sendo estas consequências fundamentais para as transformações socioeconômicas e culturais acontecidas naquela época.

Foi nesse período que, pela primeira vez, ouviu-se falar em economia globalizada. Segundo Schumpeter¹, coube ao Arcebispo de Florença, S. Antonino difundir essa palavra, fazendo-a em sua Suma Teológica, que tratava de ética e economia, propondo uma economia moderna com características globais, através, precipuamente, da promoção da justiça social.

Não há a menor dúvida que a globalização se apresenta como um processo cíclico que reflete a dinâmica socioeconômica de cada época. A cada período

¹ SCHUMPETER, Joseph Alois. **História da análise econômica**. v. 1. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura. 1964. p. 85.

histórico, novas características são acrescentadas,² tendo a atual globalização se alicerçado em dois fatores: o elevado avanço tecnológico e a expansão do modelo econômico capitalista, ficando efetivada através das ações das grandes organizações sediadas nos países desenvolvidos.

A evolução dos meios de transportes; o encurtamento das distâncias; o advento e a popularização da informática, da internet e das redes de comunicação, trouxeram um novo ritmo para a sociedade como um todo, principalmente no tocante à troca de informações, bem como na realização de transações comerciais. Jamais uma informação ou produto cruzou tão rápido o planeta.³

A globalização que se acompanha hoje é caracterizada pela expansão capitalista, denominada de economia de mercado. As grandes organizações, por sua vez, são as maiores responsáveis por esse movimento.⁴ Já a busca pela maximização dos lucros, está diretamente relacionada ao avanço tecnológico, não podendo esse momento ser alijado do avanço organizacional. Para expandir ou se manter no mercado, faz-se necessário investimentos em tecnologia e a adequação/modernização dos meios de produção, distribuição e comercialização aplicados pelas empresas.⁵

A economia de mercado, como já destacada, encontra-se numa fase de expansão, tendo a internacionalização dos mercados alcançado o ponto mais elevado da globalização, aliando-se a outros fatores que refletem a atual realidade da sociedade, os quais serão analisados a posteriori.

O surgimento dos blocos econômicos, a exemplo da União Européia, e o fim de algumas barreiras comerciais entre os países membros, foram fundamentais para o aumento da circulação de produtos. Em época alguma da história recente, ocorreram tantas aquisições ou fusões de empresas, nem tão pouco o surgimento de novas empresas multinacionais ou transnacionais.

O avanço tecnológico, por sua vez, através do advento da internet e das redes de comunicação, trouxe uma nova roupagem à informação, a qual, agora, é instantânea, fornecida em tempo real. A maior consequência desse fenômeno é a

² DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social: Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 17.

³ NOGUEIRA, Alberto. **Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 58.

⁴ HIRST, Paul & THOMPSON, Grahame. **Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1998. p. 23.

⁵ IANNI, Otávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2004, p. 93.

homogeneização dos gostos e a convergência das preferências,⁶ o que faz a sociedade se dividir em grupos, os quais apresentam uma espécie de identidade entre os indivíduos que os compõem pelo sexo, idade ou outras preferências sociais, podendo-se localizar pessoas com um mesmo comportamento em lugares distintos do planeta⁷.

Os adolescentes são os melhores exemplos desta situação, uma vez que, abastecidos por informações fornecidas pela internet e pela televisão, veiculam suas preferências e desejos às tendências que lhes são oferecidas. Por vivenciarem uma fase bastante conflituosa, buscam uma identidade a qualquer custo e, quando se identificam com um determinado grupo, passam a se portar de forma semelhante, para se auto-afirmarem e serem aceitos perante os outros membros do grupo.

Independente das diferenças culturais existentes entre os países, os adolescentes formam um exército de pessoas que se alimentam da mesma forma (*fast food*, refrigerantes); utilizam os mesmos produtos eletroeletrônicos (*Ipods*, celulares, *palmtops*); vestem as mesmas roupas. Esse consumo de massa é decorrente de uma publicidade intensiva, capaz de criar imagens e códigos que só são captados por um determinado grupo social, a fim de influenciar mentes e induzirem-nas à formação da identidade que tanto buscam.⁸

Diante desse contexto, pode-se afirmar que as franquias representam perfeitamente esse fenômeno, pois as grandes empresas passaram a delegar a outras empresas conexas ou mesmo independentes, a tarefa de produzir ou fornecer implementos necessários ao produto ou serviço final. Nessa seara, surgiu o conceito da empresa em rede, uma modalidade de estruturação do empreendimento capitalista, na qual os princípios da concentração e centralização do capital se realizam mediante unidades empresariais de pequeno e médio porte, ao invés da via tradicional edificada em torno das grandes estruturas empresariais⁹.

A franquia é um sistema capaz de estabelecer códigos que só são decifráveis por determinados grupos sociais. Implicitamente, a publicidade sugerida

⁶ IANNI, Otávio, op. cit., p. 93.

⁷ HETKOWSKI, Tânia Maria e GEWEHR, Rodrigo Barros. **A influência da globalização dos produtos de consumo na formação da personalidade dos adolescentes**. Ijuí. Editora Unijuí. Cadernos Unijuí, Série Educação, n. 62, 1999. Disponível em <www.unoescjba.rct-sc.br>. Acesso em: 17 fev. 2009.

⁸ LIMA, Fernando Falabella Tavares; SCHERB, Eliane. **Sobre a mídia, a infância e a adolescência**. Disponível em: <www.netpsi.com.br/artigos/98_midia_infancia.htm>. Acesso em: 17 fev. 2009.

⁹ DELGADO. Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo. LTR. 2006. p. 26.

pela franquia desencadeia posturas semelhantes, que acarretariam, de certa maneira, a uniformização do gosto em escala mundial.

Hoje, as franquias de âmbito mundial se apresentam como um sistema de massa que atinge um mercado maior, transpassando e rompendo as tradições e os costumes. O marketing, através de suas várias faces, infiltra-se no cotidiano das pessoas, estabelecendo um jogo de símbolos, que apresenta significados pré-determinados, quais sejam: a disseminação do consumo de massa e a maximização dos lucros. Assim, as grandes franquias desenvolvem suas atividades através do chamado “*Business Format Franchising*” ou Franquia de Negócio Formatado¹⁰, que consiste no desenvolvimento de todo o processo de operação do negócio que, posteriormente, será repassado aos franqueados. Sua finalidade é reproduzir as características básicas, repetindo o sucesso do negócio em qualquer lugar que for instalado.

No “*Business Format Franchising*”, o franqueador auxilia o franqueado constantemente, fornecendo ao franqueado todo o seu know-how, seus segredos, processos, suas estruturas e todos os métodos para conduzir a empresa.¹¹

Diante da explanação, a presente pesquisa demonstrará que o sistema de franquia reflete muito bem a atual dinâmica socioeconômica. Suas características se enquadram perfeitamente no atual modelo econômico: a economia de mercado, razão pela qual mister se faz o esmiuçar desse instituto jurídico, bastante incorporado ao cotidiano da sociedade.

2.2 Etimologia e origem histórica da franquia

Diferentemente do que se imagina, o termo franquia ou *franchising* não tem origem inglesa, mas, sim, francesa. Para uma melhor compreensão acerca da etimologia da palavra, deve-se fazer menção à Idade Média. Naquela época, os senhores feudais emitiam as *lettres de franchise*, que proveniente do verbo

¹⁰ CHERTO, Marcelo. **O franchising e o contrato**. Revista do Advogado. São Paulo, AASP. 1999. p 07.

¹¹ LEITE, Roberto Cintra. **O franchising na universalização da economia**. Disponível em: <http://www.cintraleite.com.br/pdfs/ser_fra_art_03.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2008.

franchiser, significava conceder privilégios. Tal concessão possibilitava que algumas regiões e/ou as pessoas deixassem de sofrer a forte interferência do senhor feudal¹².

Segundo Roberto Cintra Leite¹³, as cidades-francas podiam realizar a livre circulação de mercadorias e pessoas, pois eram beneficiadas com isenção do recolhimento de tributos ao poder central e à Igreja Católica.

Para Luiz Felizardo Barroso¹⁴, inicialmente o termo *franchise* esteve diretamente relacionado com o poder público. Como uma forma bastante rudimentar do que hoje seriam as concessões de serviços públicos, eram autorizadas as realizações de feiras e exposições e a execução de obras de infraestrutura, como pontes e balsas de travessia. Existia ainda a concessão da Igreja Católica aos senhores feudais, para que coletassem tributos em seu nome, ficando uma porcentagem com os senhores feudais e o restante era enviado à Roma¹⁵.

Há quem atribua que o atual modelo de franquia empresarial teve sua manifestação embrionária nas expedições marítimas, no período dos grandes descobrimentos. Naquela época, os reinos franqueavam navios e toda infraestrutura para a realização das viagens. Em contrapartida, os navegadores se comprometiam em levar as bandeiras para as terras descobertas, bem como, repassar parte das riquezas e produtos oriundos da expedição ao reis financiadores.

O atual modelo de franquia empresarial, com objetivo de difundir produtos e serviços pelo mercado, foi concebido para facilitar as transações comerciais, como muitos outros contratos empresariais da época. Entretanto, a semelhança com os moldes atuais se remonta à segunda metade do século XIX.

O fortalecimento desse modelo se deu pela tendência natural de se expandir os negócios de sucesso, aliada à vontade daqueles que estavam interessados em começar uma atividade com riscos menores, afinal já havia sido desenvolvido e aperfeiçoado todo um processo.

Indiscutivelmente, em termos empresariais, a experiência piloto ocorreu em 1860, com a *Singer Sewing Machine*, detentora da marca Singer. Resolvendo aumentar sua participação no mercado norte-americano, sem grandes investimentos, franqueou sua marca. Através de uma publicidade em termos de

12 BULGARELLI, Valdério. **Contratos Mercantis**. 5. ed, São Paulo: Atlas, 1990, p. 485.

13 LEITE, Roberto Cintra. **Franchising na criação de novos negócios**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991. p.28.

14 BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising & Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p 13

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

rede, da transferência de todo *know-how*, na qual o franqueador repassava todas as técnicas de vendas no varejo e o franqueado cuidava pessoalmente do seu negócio, verificou-se o sucesso dessa experiência grandiosa.

Com isso, também buscando aumentar o seu faturamento, grandes empresas começaram a adotar a mesma modalidade contratual. Em 1898, foi a vez da General Motors. Logo depois, em 1899, o modelo de *franchising* foi adotado pela Coca-Cola. Em 1921, a Hertz começa a expansão no setor de locação de veículos, através do mesmo modelo. Mais tarde, em 1930, com o desenvolvimento da indústria automobilística, o *franchising* foi adotado pela Texaco, sendo esse modelo de contrato bastante utilizado por outras distribuidoras de combustível até hoje¹⁶.

Não resta a menor dúvida que foram os americanos os responsáveis pelo surgimento e fortalecimento dessa modalidade contratual. Os juristas e legisladores foram apenas os responsáveis pelo aperfeiçoamento e pela regulamentação do contrato de franquia.

Na década de 50, ocorre o segundo momento de ouro do *franchising*, principalmente nos EUA¹⁷. Nesta época, firmou-se o grande diferencial em relação aos outros sistemas de comercialização de produtos e serviços, o sistema de rede integrada, mais conhecido como *Network*.

O crescimento do sistema de franquia ocorreu exatamente após a Segunda Guerra Mundial. Após o desligamento do serviço militar, milhares de pessoas procuraram uma atividade econômica que lhes garantissem o sustento. Diante deste contexto, muitas empresas visualizaram a possibilidade de expandir seus negócios. As empresas ofereciam a estas pessoas a oportunidade de comercializar produtos e serviços cujas marcas já eram reconhecidas perante o público consumidor e o empresário ainda se comprometia em auxiliar o novo parceiro, oferecia um aporte financeiro para o início da atividade e, ainda, apresentava o *know-how* necessário para o referido ramo.¹⁸

No entanto, a grande maioria não tinha qualquer tipo de experiência na administração de empresas. Na verdade, bem poucos disponibilizavam de recursos financeiros necessários para implantar e iniciar o funcionamento de um negócio

16 ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de Franquia e Leasing**. . 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.14.

17 VENOSA, Silvio de Salvo. **Contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3. p. 593.

18 MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 154

próprio. A grande solução foi, então, a oferta de financiamento em condições favoráveis, o que viabilizou efetivamente o sistema de franquias americano, tendo sua disseminação ficado sob a responsabilidade das Lanchonetes *Mac Donald's*. Responsáveis pela implementação do conceito de *fast-food*, aplicado a uma rede de negócios estrategicamente estruturada e a um marketing agressivo, hoje, o *Mac Donald's* está presente em 118 (cento e dezoito) países, com mais 31.000 (trinta e um mil) restaurantes, dos quais 80% (oitenta por cento) são franquias.¹⁹

No Brasil, os primeiros passos do sistema de franquias ocorreram em 1910, com os Calçados Stella. Nesse período, o fabricante selecionava os representantes comerciais, que eram responsáveis pelos investimentos para as instalações dos pontos comerciais, onde se colocava uma placa fornecida pelo fabricante, contendo o nome “Calçados Stella”. Neste caso, pode-se observar, mesmo que de forma primitiva, alguns pressupostos implementados da franquia: a seleção adequada dos franqueados; investimentos realizados pelo franqueado e, por último, a padronização visual. Nesta relação, o contrato era verbal. Todavia, não se restringia apenas às ações de compra e venda, mas, também, às ações promocionais, de treinamento e reciclagem.²⁰

Nos Anos 60, o franchising teve seu início efetivo no Brasil, com o lançamento das franquias da escola de idiomas Yázigi. No final da década de 70, surge a primeira franquia do *Mac Donald's*. Nos anos 80, outras franquias despontaram no cenário nacional, como O Boticário, Água de Cheiro e o Bob's. Em 1987, é criada a ABF – Associação Brasileira de Franchising.

O crescimento das franquias no Brasil ocorreu plenamente a partir do ano de 1986, com a edição do Plano Cruzado. Com o declínio da especulação financeira, muitas pessoas foram estimuladas a empregar seus investimentos em negócios notoriamente de sucesso, cujo risco seria relativamente menor e o retorno praticamente certo. De 1985 a 1996, houve um crescimento de 772% das unidades franqueadas.

Segundo informações da ABF – Associação Brasileira de Franchising, o sistema de franchising registrou um faturamento de R\$ 46 bilhões, que representou um aumento de 15,6% em relação a 2006, o maior crescimento dos últimos sete

¹⁹ MAC'DONALDS. Disponível em: <<http://www.mcdonalds.com.br/institucional/franquia.asp>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

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

anos. O número de redes passou de 1.013 em 2006, para 1.197 em 2007, uma variação de 18,2%. Houve, ainda, um incremento no número de unidades franqueadas, passando de 62,5 mil para 65,5mil em 2007, alta de 4,7%. Em 2007, o sistema de franchising criou 30 mil novos postos de trabalho, totalizando, atualmente, 594 mil empregos diretos.²¹

2.3 Conceituação e panorama legal do sistema de franquia

Quando se analisa o sistema de franquias, a primeira dificuldade que se visualiza é como estabelecer uma definição que abranja todos os aspectos desse negócio, sejam eles econômicos ou jurídicos.

Para o direito norte americano, a definição jurídica do *franchising* tem pouca relevância. Seu enquadramento é amplo e sem muitas especificações, apresentado-se através de pressupostos encontrados em outros contratos, como a compra e venda; o agenciamento e o licenciamento de marcas.

Nos países de influência romanística, a doutrina tentou elaborar um conceito e uma classificação, entretanto, cada posicionamento apresenta uma característica diferente, não existindo um consenso para tal tarefa. Observam-se conceituações que seguem o formalismo jurídico clássico, como também se visualizam definições simplistas que se adequam à objetividade do mundo dos negócios.

Inicia-se, pois, com a definição da *International Franchise Association* (IFE), entidade com sede em Washington:

A franchise operation is a contractual relationship between the franchisor and the franchisee in which the franchisor offers or is obliged to maintain continuing interest in the business of the franchisee in such areas as know-how and training, wherein the franchisee operates under a common trademark, format or procedure owned or controlled by the franchisor, under which the franchisee has or will make a substantial capital investment in his business from his own resources.²²

²¹ Disponível em: <www.abf.com.br>. Acesso em: 27 ago. 2008.

²² A operação de franquia é uma relação contratual entre o franqueador e o franqueado, no qual o franqueador oferece ou está obrigado a manter a permanente interesse no negócio do franqueado em áreas como know-how e formação, onde o franqueado opera sob uma marca comum, formato ou procedimento detidas ou controladas pelo franqueador, ao abrigo do qual o franqueado deve fazer um investimento substancial de capital no seu negócio com seus próprios recursos.

Segundo José Cretella Neto²³, a definição da *British Franchise Association* é a mais completa, pois além de enfatizar as obrigações existentes entre o franqueado e o franqueador, detalha determinados tipos de operações comerciais entre a empresa controladora e suas subsidiárias, como se depreende abaixo:

A contractual licence granted by one person (the franchisor) to another (the franchisee) which:

(a) permits or requires the franchisee to carry on, during the period of the franchise, a particular business under or using a specific name belonging to or associated with the franchisor; and (b) entitles the franchisor to exercise continuing control during the period of the franchise over the manner in which the franchisee carries on the business which is the subject of the franchise; and (c) obliges the franchisor to provide the franchisee with assistance in carrying on the business which is the subject of the franchise (in relation to the organization of the franchisee's business, the training of staff, merchandising, management or otherwise); and (d) requires the franchisee periodically, during the period of the franchise, to pay the franchisor sums of money in consideration for the franchise, or for goods or services provided by the franchisor to the franchisee; and (e) is not a transaction between a holding company and its subsidiary (as defined in section 736 of the Companies Act 1985) or between subsidiaries of the same holding company, or between an individual and a company controlled by him.²⁴

Na União Européia, existe o Código de Deontologia Europeu que foi elaborado de forma a ser um Código de bons costumes e de boa conduta para os praticantes do *franchising* na Europa, não pretendendo substituir os direitos nacionais ou europeus existentes. O presente Código de Deontologia é o resultado do trabalho realizado pela Federação Europeia de Franchise (EFF) e de todos os seus membros (Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Reino Unido, Itália, Holanda, Portugal e Alemanha).

De acordo com o Código de Deontologia Europeu, o *franchising* apresenta a seguinte definição:

²³ CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do Franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p.14.

²⁴ Uma licença contratual concedida por uma pessoa (o franqueador) para outro (o franqueado) que: (a) permite ou exige que o franqueado exerça, durante o período da concessão, nomeadamente no âmbito de um negócio ou usando um nome específico como pertencentes ou associadas com o franqueador, e (b) direito do franqueador de exercer um controle contínuo durante o período da franquia sobre a forma pela qual o franqueado desenvolve o negócio objeto da franquia; e (c) obriga o franqueador fornecer ao franqueado o apoio na realização da atividade que é objeto da franquia (em relação para a organização do franqueado, o negócio, a formação de pessoal, merchandising, gestão ou outro), e (d) exige que o franqueado periodicamente, durante o período da concessão, pague ao franqueador montantes de dinheiro em conta para a franquia, ou de bens ou serviços fornecidos pelo franqueador ao franqueado, e (e) não é uma transação entre uma companhia e sua subsidiária (como definido na seção 736 da Companies Act 1985), ou entre filiais da mesma companhia, ou entre um indivíduo e uma sociedade controlada por ele.

O Franchise é um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços e/ou tecnologias, baseado numa estreita e contínua colaboração entre empresas jurídicas e financeiramente distintas e independentes, o Franchisador e seus Franchisados, através do qual o Franchisador concede aos seus Franchisados o direito, e impõe a obrigação, de explorar uma empresa de acordo com o seu conceito. O direito assim concedido tem por objectivo autorizar e obrigar o Franchisado, mediante uma contrapartida financeira directa ou indirecta, a usar a insígnia e/ou marca dos produtos e/ou marca do serviço, saber-fazer (1), e outros direitos de propriedade industrial e intelectual, apoiados por uma prestação contínua de assistência comercial e/ou técnica, no âmbito e durante a vigência dum contrato de Franchise escrito celebrado entre as partes, para tal fim.

O UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, é uma organização que objetiva a uniformização das diversas legislações, em escala mundial, principalmente daquelas que interfiram diretamente nos negócios internacionais, fornecendo modelos de leis que orientem as respectivas jurisdições nacionais, as quais não estejam familiarizadas com os diversos institutos jurídicos já postos à disposição do seu desenvolvimento, a fim de que possam legislar uniformemente sobre eles, regulando sua criação e funcionamento, obtendo, com isto, sua maior dinamização e contribuindo, destarte, de modo eficaz, para a aceleração do desenvolvimento econômico do país.

Para o UNIDROIT, a franquia empresarial é uma operação, por meio da qual o franqueador se obriga a fornecer o *know-how* e assistência técnica ao franqueado, para que esse, com seus próprios recursos, explore um negócio, assegurado sob um nome comercial conhecido, um método e/ou um procedimento que pertença, ou seja, controlado pelo franqueador.²⁵

No direito brasileiro, inicialmente, pode-se lançar a definição existente no Dicionário Antônio Houaiss²⁶, que impressiona por sua técnica jurídica:

[Franquia] - relação comercial em que uma pessoa física ou jurídica (o franqueador), titular de marca registrada, patente ou registro de propriedade industrial, concede a outra (o franqueado) licença para a utilização (em atividade de comércio, indústria ou serviços) de sua marca, bem como de seu processo de produção, seus produtos e/ou seu sistema de negócios, mediante o pagamento de royalties e o cumprimento de determinadas condições;[...].

²⁵ GAMA JUNIOR., Lauro. **Contratos Internacionais à Luz dos Princípios do UNIDROIT 2004**: soft law, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁶ HOUAISS, A. (Ed.). **Novo dicionário Folha Webster's**: inglês/português, português/inglês. Co-editor Ismael Cardim. São Paulo: Folha da Manhã, 1996.

Na doutrina nacional, observa-se que a conceituação do instituto da franquia empresarial é abrangida pela evolução administrativa/comercial do modelo contratual, bem como pelo aperfeiçoamento da relação existente entre franqueado e franqueador.

Fran Martins²⁷ relata que o contrato de franquia é um misto de prestação de serviço e de distribuição:

O contrato de franquia compreende uma prestação de serviços e uma distribuição de certos produtos, de acordo com as normas convencionais. A prestação de serviços é feita pelo franqueador ao franqueado, possibilitando a este a venda de produtos que tragam a marca daquele. A distribuição é tarefa de franqueado, que se caracteriza na comercialização do produto. Os dois contratos agem conjuntamente, donde ser a junção de suas normas que dá ao contrato as características de franquia.

Para Sonia Dahab²⁸, a eficácia do contrato de franquia está diretamente relacionada com a parceria firmada entre o franqueador e o franqueado:

O franchising é uma forma específica de gestão empresarial, que tem sido amplamente utilizada, internacionalmente, como uma estratégia de organização de mercados (produção, distribuição e comercialização) e um mecanismo eficaz de expansão, dadas as oportunidades que o sistema oferece para empreendedores com pouca tecnologia empresarial e administrativa. Ele se constitui em uma das mais promissoras formas de parceria empresarial, cujos riscos, incertezas e experiências são compartilhados entre o franqueado e o franqueador.

Por sua vez, o autor Adalberto Simão Filho conceitua o instituto do *franchising* como um sistema que visa à distribuição de produtos, mercadorias ou serviços em zona previamente delimitada, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato mercantil celebrado por comerciantes autônomos e independentes, imbuídos de espírito de colaboração estrita e recíproca, pelo qual, mediante recebimento de preço inicial apenas e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado, o franqueador lhe cederá, autorizará ou licenciará para uso comercial propriedade incorpórea constituída de marcas, insígnias, título de estabelecimento,

²⁷ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 489.

²⁸ DAHAB, Sonia. **Entendendo Franchising: Uma Alternativa Eficaz para o Pequeno e Médio Empreendedor**. Salvador: Casa da Qualidade, 1996. p.10.

know-how, métodos de trabalho, patentes e fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente no comércio específico.²⁹

Nelson Abraão³⁰ visualiza na franquia os elementos do contrato de distribuição, de licença de marcas e prestação de assistência técnica, destacando, também, a forma de remuneração da relação:

[...] um contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador), concede o seu uso a outro empresário (franqueado), posicionando em um nível de distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios dos franqueados.

Na óptica de Jorge Lobo³¹, destaca-se a possibilidade de transferência do *know-how* do produto a ser comercializado para o franqueado:

Franchising é o contrato de cessão temporária de uma de marca, para fabricação ou venda de produtos ou serviços, que o franqueador faz ao franqueado, com ou sem exclusividade em determinada zona geográfica, mediante remuneração, que pode consistir numa taxa inicial de ingresso, num percentual sobre o faturamento, ou e ambos, com a garantia de assistência técnica, podendo, ainda, abranger, conforme o tipo de atividade, a elaboração de um projeto para construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria etc. (*engineering*), o treinamento do pessoal do franqueado e montagem da organização contábil e administrativa (*management*) e o estudo do mercado em potencial, publicidade, vendas promocionais e lançamento de produtos (*marketing*).

Para Luiz Felizardo Barroso³², o contrato de franquia se consubstancia na cessão da marca utilizada e na metodologia empresarial utilizada para o produto ou serviço utilizado:

O *franchising* é um sistema que permite a um empresário, o franqueador, valer-se da própria atividade e também beneficiar outros empresários, oferecendo-lhes a oportunidade de tirarem proveito de boa reputação e da notoriedade de uma marca e, ainda, terem acesso a um conjunto de metodologias empresariais e técnicas que, de qualquer modo, não teriam podido alcançar sozinhos, senão após longa e difícil série de tentativas extenuantes e frustrantes.

²⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto, **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 17.

³⁰ ABRAÃO, Nelson. **Da franquia comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 13

³¹ LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. São Paulo: Forense, 1997, p. 26.

³² Luiz Felizardo Barroso. op. cit. p. 77.

Uma boa conceituação do sistema de franquia é a apresentada por Jorge Pereira Andrade. Nesta definição, constata-se a evolução do instituto, no qual toda a formatação do processo é realizada pelo franqueador:

“Franquia é o contrato pelo qual uma empresa industrial, comercial ou de serviços. Detentora de uma atividade mercadológica vitoriosa, com marca ou nome comercial notórios (franqueadora), permite a uma pessoa jurídica (franqueada), por tempo e área geográfica exclusivas e determinadas, o uso de sua marca para venda e fabricação de novos produtos e/ou serviços mediante uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre o movimento de vendas. Oferece, por isso, todo o seu “know-how” administrativo, de marketing e publicidade e exige, em contrapartida, um absoluto atendimento a suas regras e normas, permite ou não a sub-franquia e, neste caso, deve ser o franqueado pessoa jurídica de direito privado”.³³

No âmbito legal, o artigo 2º da lei nº 8.955/94 definiu o sistema de franquia da seguinte forma:

Art. 2º. - Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso da 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.

Para muitos especialistas, tal conceito não reflete a verdadeira realidade da franquia. Todas as definições que foram expostas, construíram-se através da observância das práticas comerciais atreladas ao *franchising*.

Para Lina Fernandes³⁴, o legislador menosprezou a principal característica da relação de franquia, que é a assistência técnica oferecida ao fraqueado, bem como a transferência de toda a sistematização desenvolvida pelo franqueador.

Mesmo diante de muitas críticas, o conceito legal de franquia não foi invalidado. Afinal, mesmo com toda imprecisão, o contrato de franquia não perdeu seu foco, nem foi confundido com outros modelos contratuais existentes na seara comercial, até porque não é pelo fato do artigo 2º da lei nº 8.955/94 citar a distribuição ou cessão do direito de uso de marca ou de patente, que todo e qualquer contrato de distribuição ou de cessão de uso de patente será considerado um contrato de franquia.

³³ ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de Franquia e Leasing**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 22.

³⁴ FERNANDES, Lina. **Do contrato de franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 125.

É importante ressaltar que, no âmbito do congresso nacional, existem projetos de lei que visam reformar a lei de franquia, os quais foram formulados com auxílio de órgãos do poder executivo federal, com a ajuda da ABF – Associação Brasileira de *Franchising* e com a participação dos principais interessados, dos franqueados e dos franqueadores, porém, até o presente momento, a Lei nº 8.955/94 não sofreu qualquer alteração e sua redação continua com seu texto original.

Desta forma, levando-se em conta tudo que foi exposto, sejam as características deste instituto ou mesmo as definições doutrinárias, pode-se conceituar o sistema de franquias como um contrato bilateral, no qual o franqueador concede ao franqueado o direito de uso de uma marca ou patente para produção, distribuição e/ou comercialização de produtos ou serviços, associado ao fornecimento de todo o *know-how* necessário à implementação do negócio. Em contrapartida, o franqueado se compromete a realizar a atividade de acordo com os padrões estabelecidos pelo franqueador e mediante o pagamento da taxa de franquia e dos *royalties*.

2.4 Natureza jurídica da relação de franquia

A definição da natureza jurídica de um determinado instituto tem por escopo estabelecer as normas que o regulamentam, como também, servir para identificar os remédios ou instrumentos mais adequados para a solução dos problemas que lhe são inerentes. Desta feita, o conhecimento aprofundado do direito é condição *sine qua non* para a interpretação e aplicação da lei.

No Brasil, o sistema de franquias é regido por uma legislação própria, a lei nº 8.955/94. Subsidiariamente, é amparado pelo Código Civil Brasileiro, no tocante à teoria das obrigações; à teoria geral dos contratos e à responsabilidade civil. Também se aplicam às franquias, as regras da Lei de Propriedade Industrial, quando se trata da cessão do direito de uso de marca ou patente. Logo, diante de todo esse arcabouço jurídico, afirma-se que o contrato estabelecido pelo sistema de franquia é, pois, de natureza cível.

2.5 Tipos e classificação das franquias

Os contratos comerciais modernos apresentam uma dinâmica própria. A sua evolução nunca é acompanhada pela legislação. Assim, com a relação de franquia, não seria diferente.

São poucos os casos de legislações específicas que regulamentam a atividade de franquia. No caso do Brasil, observa-se que a lei nº 8.955/94 cuida especificamente da COF – Circular de Oferta de Franquia e do pré-contrato, deixando os objetos específicos da relação de franquia a cargo do franqueador e do franqueado. Dessa forma, o contrato de franquia pode se apresentar de diversas formas e, em face dessa característica, a doutrina, mesmo tentando, ainda não conseguiu classificar de forma sistemática os vários tipos de franquia.

Em análise às diversas classificações adotadas pelos doutrinadores e, diante das características mais peculiares do contrato de franquia, pode-se adotar a classificação sugerida por Marcelo Cherto³⁵, que divide os contratos de franquia em dois grandes grupos: quanto à atividade desempenhada pelo franqueado e quanto ao nível de competência transferida.

2.5.1 Classificação quanto à atividade desempenhada pelo franqueado

Nesta classificação, tem-se por escopo detectar o objeto determinante da atividade desenvolvida pelo franqueado, que se constitui da seguinte forma: franquia de produção ou fabricação; franquia de distribuição e franquia de serviços.³⁶

a) Franquia de produção ou fabricação

³⁵ CHERTO, Marcelo. O franchising e o contrato. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP. 1999, p 07.

³⁶ Idem., p.08-09.

Neste tipo, o franqueador transfere ao franqueado a tecnologia de industrialização do produto, bem como todo o know-how do processo, para que o franqueado realize a produção de acordo com os padrões estabelecidos e os níveis de qualidade existentes, podendo existir cláusulas de natureza confidencial.

Como exemplo prático, pode-se citar a Coca-cola, cujo franqueador autoriza a utilização de sua marca em um determinado território, bem como é responsável pelo fornecimento do xarope concentrado e de todo know-how de produção. Em contrapartida, os franqueados se comprometem a realizar o envasamento dentro dos padrões e a comercializar na área determinada.³⁷

b) Franquia de distribuição

Nesta modalidade de franquia, o franqueado está obrigado a adquirir e vender produtos produzidos e fornecidos pelo franqueador ou por quem for indicado por ele.

Na franquia de distribuição, o franqueador pode fabricar os produtos, como também, pode selecionar de forma criteriosa os fornecedores que os fabricarão. O importante neste tipo de franquia é a conservação da homogeneidade dos produtos colocados no mercado e a preservação da identidade da rede de franquias, como se verifica nas distribuidoras de combustível, a exemplo da Esso e da Texaco.

c) Franquia de serviços

Para Adalberto Simão Filho³⁸, a franquia de serviço ocorre quando o franqueador disponibiliza, de forma original, a prestação de um determinado serviço e o cede a um terceiro, neste caso, o franqueado, para que este também possa oferecer os mesmos serviços aos consumidores.

Nesta modalidade de franquia, todo e qualquer tipo de serviço pode ser franqueável, como se verifica nas escolas de idiomas, nas locadoras de veículos,

³⁷ RIZZO, M.; CHERTO, Marcelo. **Franchising na prática**. São Paulo: Makron Books. p. 3.

³⁸ SIMÃO FILHO, Adalberto, **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 45.

nas lavanderias e nas empresas de limpeza e conservação, exemplos fidedignos desse tipo de franquia.

É de bom alvitre destacar que, mesmo havendo esta pequena diferenciação nos tipos de franquias, ainda se encontram franquias que combinam mais de um tipo de atividade, o que não impede que uma franquia seja de produção e distribuição ou de serviço e distribuição. Quando isto ocorre, denominam-se franquias mistas.

2.5.2 Classificação quanto ao nível de competência transferida

Fazendo uma análise mais acurada do artigo 2º da lei nº 8.955/94, o legislador inseriu duas modalidades de contrato de franquia na referida conceituação, as quais se destacam pelo grau de dependência do franqueado em relação ao franqueador. Os formatos são os seguintes: o *business format franchising* e o *product format franchising*.

a) O *business format franchising* ou franquia de formato de negócio

No *business format franchising* ou franquia de formato de negócio, observa-se uma forte dependência do franqueado para com o franqueador. No caso em tela, há o detalhamento de toda atividade a ser desenvolvida, de como devem ser as instalações, a operacionalização e a administração do negócio.³⁹

Por todo o know-how repassado, o franqueado se compromete com todos os custos de instalação e desenvolvimento da atividade, arcando ainda com a taxa de franquia, geralmente relacionada com a aquisição dos direitos de utilização da marca franqueada, e com os *royalties*, que são calculados mensalmente sobre o faturamento auferido.⁴⁰ Um exemplo prático desta prática é o modelo adotado pelo *Mac Donald's*. Nesta franquia, há a participação direta do franqueador em tudo, desde a aquisição da matéria-prima até a venda ao consumidor final.

³⁹ SIMÃO FILHO. Op. Cit. p. 43

⁴⁰ REDECKER, Ana Cláudia. Franquia empresarial. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, apud Silvio de Salvo Venosa, op. Cit. p.594

b) O *product format franchising* ou na franquia de produto e de marca registrada

No *product format franchising* ou na franquia de produto e de marca registrada, a subordinação é relativizada. Neste caso, o *know-how* transferido busca, primordialmente, a padronização da rede, através da licença de uso da marca e do fornecimento de produtos, que pode ser feito pelo franqueador ou pelo fornecedor por ele autorizado.⁴¹ Nesse tipo de contrato, que na maioria das vezes é de distribuição, a interferência do franqueador só ocorre no início da relação de franquia, através da elaboração do projeto arquitetônico para acompanhar a padronização da rede.

2.5.3 Classificação em face das particularidades contratuais

Como já suscitado, a classificação das franquias ainda não se apresenta de forma sistematizada. Isso se deve às adequações que o contrato precisa ter para poder acompanhar as necessidades e as evoluções do mercado.

Além da classificação já apresentada, não se devem esquecer das modalidades de franquia que já compõem o cotidiano, as quais são referências tanto para os doutrinadores, como para os operadores do mercado.

a) Franquia máster

Nesta forma especial de franquia, o franqueador contrata com outro, para que este tenha autonomia para sub-franquear a terceiros. Os sub-franqueados devem seguir a mesma formatação da rede franqueadora. Este tipo de franquia é utilizado para a implantação de franquias estrangeiras ou para que se atinja uma grande área territorial em um curto espaço de tempo, apresentando uma característica peculiar, qual seja, a pessoa que adquire a franquia máster é franqueado do titular da marca, bem como é sub-franqueador em relação às unidades sub-franqueadas.⁴²

⁴¹ CHERTO. Op.cit.p. 5.

⁴² LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. São Paulo: Forense, 1997, p. 87.

b) Franquia *corner*

Neste caso, a franquia será instalada no interior de um *shopping center* ou em locais estratégicos, com boa visibilidade e grande circulação de pessoas. Por ter um espaço reduzido, toda sua área deve ser bastante funcional. É uma franquia indicada para pessoas com poucos recursos financeiros. Muito embora independa do tamanho, é uma modalidade de franquia que exige os mesmos requisitos legais ou comerciais⁴³.

c) Franquia associativa

A franquia associativa ocorre quando há uma troca de participações de capital entre o franqueado e o franqueador. Esta modalidade de franquia tem grande repercussão nos Estados Unidos, onde os franqueadores investem nas empresas dos seus franqueados, objetivando controlar diretamente a administração da rede de franquia e introduzir, com maior rapidez, alterações de ordem técnicas, bem como na oferta de produtos. Em compensação, os franqueados possuem ações da empresa do franqueador.⁴⁴ Insta-se destacar, ainda, que as participações devem ser pequenas, haja vista que, se forem expressivas, deixam de caracterizar uma relação de franquia e passam a constituir uma sociedade.

d) As franquias plurimarcas ou multfranquias

As multfranquias existem quando o franqueado explora duas ou mais franquias de marcas diferentes em um mesmo espaço. Este modelo pode enfrentar algumas dificuldades pelo fato de a maioria dos contratos de franquia exigir a cláusula de exclusividade, que significa a proibição da comercialização de várias franquias ao mesmo tempo.⁴⁵

e) Franquia de desenvolvimento de área

⁴³ FERNANDES, Lina. **Do Contrato de Franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 104.

⁴⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto, **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 45

⁴⁵ FERNANDES, Lina. Op. Cit. p. 106.

O objetivo desta forma de franquia é o desenvolvimento de uma marca em uma determinada área geográfica. Nesse caso, o franqueado é contratado para expandir e desenvolver uma região. Essa modalidade se assemelha, em alguns pontos, ao modelo de franquia máster. Entretanto, nessa contratação não existe a possibilidade do franqueado se tornar um sub-franqueador. Sua função é apenas desenvolver a marca em uma determinada região.

f) Franquia de reconversão

Ocorre quando o franqueado possui um ponto de comércio e resolve adquirir uma franquia com atividade diversa da anterior. Esta aquisição exige que o franqueado adapte seu estabelecimento aos padrões exigidos pela nova franquia.

g) Franquia financeira

Na franquia financeira, o franqueado é responsável por todo o investimento necessário à implantação da franquia. No entanto, a administração do negócio fica a cargo do gestor escolhido pelo franqueador, o qual poderá ser substituído, caso não atenda as expectativas do franqueado-investidor.

h) Franquia itinerante e franquia domiciliar

Nesta forma de franquia, a atividade é exercida através de um veículo ou uma unidade móvel, por meio da qual o critério de territorialidade fica relativizado, afinal não tendo um ponto fixo, o franqueado pode ir em busca do maior número de consumidores.

A franquia domiciliar, nada mais é que a famosa “venda de porta em porta”. Existem franquias que começaram suas atividades através desse tipo de venda e depois evoluíram, a exemplo, pode-se citar a Cacau Show e a Água de Cheiro.

2.6 As vantagens e desvantagens econômicas para os partícipes da relação de franquia

O sistema de franquia pode produzir vantagens e desvantagens para os que compõem a relação de franquia, seja para franqueador, para o franqueado ou, até mesmo, para o consumidor.

Em relação ao franqueador, as principais vantagens para quem adota este tipo de sistema são as seguintes: a expansão do mercado de atuação em um menor tempo e a custos bastante reduzidos; o fortalecimento e a notoriedade da marca; o aumento considerado no volume de vendas; a ausência de relação empregatícia, nestes casos, a responsabilidade recai sobre o franqueado, o responsável direto da franquia; no âmbito geral, suas responsabilidades são reduzidas.

No tocante às desvantagens, pode-se citar: a perda parcial do controle. O franqueador emite as diretrizes e o franqueado tem a autonomia de executá-las. Se por um lado houve a redução de custos, por outro, observa-se um aumento nos custos de supervisão e auditoria, bem como na formatação para a adequação de um padrão a uma rede de franquias. O franqueador também corre o risco de ter desistências e inaptidões administrativas, o que pode prejudicar demasiadamente a rede. Por isso, há importância na seleção de candidatos com perfis que se encaixem nas características da rede de franquia. Por fim, existe a perda do sigilo.

Para o franqueado, as vantagens se apresentam da seguinte forma: uma maior possibilidade de sucesso, afinal a franquia já é uma marca conhecida e de notoriedade; riscos diminuídos e chances de crescimento aumentadas, as quais possibilitam o desenvolvimento do negócio com uma maior segurança; custos de instalação reduzidos; atualização constante da marca e de seus produtos; assistência permanente no caso de problemas.

Por outro lado, as desvantagens decorrem da autonomia relativizada na condução do próprio negócio. Existe uma forte supervisão sobre o cumprimento das determinações do franqueador, com vistas à padronização da rede; limitações em relação aos produtos a serem comercializados, já que devem ser provenientes do franqueador ou do fornecedor por ele indicado; e, por fim, as restrições para a cessão dos direitos a um terceiro, posto que, mesmo sendo proprietário do seu negócio, essa transferência só pode ocorrer com a anuência do franqueador, o detentor de todo o *know-how*.

Sob a ótica do consumidor, este também pode ser beneficiado ou prejudicado quando estabelece uma relação de consumo perante uma rede de

franquias. As vantagens estão na comodidade em adquirir bens e serviços de qualidade comprovada e preços compatíveis com outras localidades. Com o advento da globalização, tal vantagem foi ampliada. Inúmeras franquias de renome se espalharam por todo o planeta, proporcionando o acesso a um número maior de pessoas.

Em contrapartida, existe o risco do consumidor se frustrar ou mesmo ser prejudicado. Por ser uma rede, o franqueador não estará presente em todas as relações de consumo estabelecidas. Caso o franqueado não aja em conformidade com as instruções do franqueador, não ocorrerá o mesmo padrão de excelência, o que pode acarretar um vício ou defeito que possivelmente prejudicará o consumidor.⁴⁶

⁴⁶ SIMÃO FILHO, Adalberto, **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p 68.

3 CONTRATO DE FRANQUIA

3.1 Prolegômenos sobre a evolução da teoria geral dos contratos

Como toda relação comercial moderna, a franquia também passou por grandes transformações, tendo que evoluir para se adequar às mudanças e às necessidades impostas pelo mercado.

Para garantir a efetiva aplicação do sistema da franquia, foi utilizado o instituto do contrato. Com o objetivo de preservar e dar maior segurança aos direitos e obrigações entre as partes negociantes, o contrato foi uma peça fundamental para consolidação da franquia no atual contexto socioeconômico⁴⁷. No entanto, os princípios que hoje regem o contrato, são oriundos de uma evolução que passa pela forma de intervir do Estado e invade as transformações constitucionais, econômicas e sociais ocorridas na sociedade contemporânea. Portanto, para uma melhor compreensão sobre a importância do contrato para a relação de franquia, é necessária uma explanação sobre este instituto jurídico, principalmente no que se refere a sua evolução.

3.2 Ruptura à consolidação: uma nova concepção do contrato

A concepção liberal do contrato se remonta mais precisamente ao século XIX. Nesta época, a atuação estatal no âmbito das relações civis e comerciais, era mínima. O que realmente importava para a concepção do vínculo contratual era exclusivamente a vontade das partes celebrantes, sendo este o elemento principal do surgimento da relação jurídica.⁴⁸

As normas incutidas nos contratos visavam possibilitar, aos indivíduos da relação jurídica estabelecida, manifestar suas vontades, assegurando a autonomia

⁴⁷ DILVANIR. José da Costa, **Sistema de Direito Civil a Luz do Novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 91/92.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Forense, 2003. p.9.

da vontade e a liberdade de contratar, bem como todos os efeitos gerados por este negócio jurídico. Desse modo, a concepção clássica não analisava a capacidade econômica e social dos contratantes. A relação jurídica estabelecida era moldada numa frágil e aparente igualdade, a qual nunca era alcançada.

Com essa concepção, o princípio da autonomia da vontade entre os contraentes era o principal elemento motivador dos contratos à época do pensamento liberal. Como consequência, ficou a cargo da ciência do direito a proteção das vontades e da garantia dos efeitos almejados pelas partes contraentes⁴⁹.

Em face da evolução da sociedade, aliada à revolução industrial e ao estabelecimento do consumo em massa, observa-se uma nova realidade contratual. A antiga concepção liberal das relações contratuais, na qual se colocavam dois contratantes em uma posição de igualdade para se discutir individual e livremente todas as cláusulas do acordo de vontade, hoje, é um fenômeno bastante específico e que ocorre em uma pequena escala, se comparado aos moldes dos atuais contratos.

Na atual sociedade de consumo, o comércio que antes era interpessoal, hoje foi totalmente despersonalizado. Isso se deve à nova sistemática de produção, distribuição e comercialização dos produtos e serviços, os quais são formatados para atender os consumidores em escala mundial, uma verdadeira sociedade de massa. O perfil dos contratantes é formado predominantemente por grandes empresas e pelos consumidores.

De fácil percepção, na atual sociedade de massa, a atividade econômica se deparou com a necessidade de formalizar uma série de contratos homogêneos, mais conhecidos como contratos de adesão ou por adesão. Por uma questão de economia, praticidade e, até mesmo, segurança, as grandes empresas, por se encontrarem em uma posição privilegiada, disponibilizam um modelo de contrato devidamente analisado, para que não sejam prejudicados no negócio, ao passo que tal contrato é ofertado na forma de uma simples adesão do consumidor. Por ser prático, tem um alcance muito maior e sua expansão é realizada com bastante rapidez.

⁴⁹ DELGADO, José Augusto. **O Contrato no Código Civil e a sua Função Social**. Revista Jurídica 322, Porto Alegre, ago. 2004. p. 07.

Desta maneira, pode-se afirmar que a clássica teoria da concepção contratual, consubstanciada na autonomia de vontade emitida individualmente na elaboração das cláusulas contratuais, foi ultrapassada pelos novos anseios da sociedade moderna, a qual estabeleceu limites ao que poderia ser lançado ou não no contrato⁵⁰.

Nesse novo contexto, alguns doutrinadores afirmaram que havia se instalado uma crise nas relações contratuais. No início do século XX, começaram a surgir as doutrinas socialistas, que reivindicavam normas de proteção ao trabalho, cuja manifestação foi responsável pelo surgimento do Direito do Trabalho.

Diante da decadência do liberalismo e da relativização da autonomia da vontade, o direito contratual ganhou nova conceituação. Frente a uma nova realidade econômica, política e social, precisou se adaptar. O contrato ganhou, então, uma nova concepção, a da justiça social e do equilíbrio contratual. Neste diapasão, a equidade e a função social do contrato ficaram em posição de destaque, substituindo o individualismo desigual de outrora.

No Brasil, esta nova concepção do contrato surgiu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Segundo Paulo Luiz Netto Lobo⁵¹, a função exclusivamente individual do contrato é totalmente incompatível com o Estado social. Ratificando tal concepção, o artigo 170 da Constituição brasileira preconiza que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – deve se submeter aos princípios da justiça social e, somente com exceção desta, não trata diretamente da função social do contrato. Desta maneira, a carta Magna, em seu artigo 170, condiciona o exercício da atividade econômica à observância do princípio da função social da propriedade. Destaque-se, pois, que a propriedade é a parte estática da atividade econômica, enquanto o contrato se mostra como segmento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta, necessariamente, o contrato como instrumento que a faz circular.

Por outro lado, a evolução principiológica dos contratos ganhou impulso com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor⁵². Este microssistema

⁵¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 42, p. 190.

⁵² As alterações, no campo social e econômico, surgidas na primeira metade do século XX, determinaram, efetivamente, a quebra da unidade do direito privado. Não é demais lembrar que a codificação é resultado de um momento histórico de determinado país, e com o Brasil isso não

coaduna-se perfeitamente com a principiologia moderna da Teoria Geral dos Contratos, que aduz a harmonia entre os interesses particular e público. É a aceção do contrato, o qual deve ser cumprido em razão da sua repercussão social. Assim, tem-se como cerne da eficiência do contrato a sua finalidade social.

No ordenamento jurídico, a efetivação dessa nova concepção contratual ocorreu com a entrada em vigor do Novo Código Civil. O artigo 421 foi a grande inovação da parte contratual. Foi a primeira vez que uma legislação denominou em sua redação a função social do contrato, pondo fim a todo e qualquer argumento em contrário à aplicação da principiologia social e, ainda, impondo um novo limite ao exercício da autonomia da vontade.⁵³

Logo, pode-se concluir que, na nova concepção de contrato, embasando-se no CDC e novo CC, a manifestação de vontade dos contraentes não é o único princípio a ser observado, devem-se analisar também os efeitos do contrato na sociedade, bem como a condição econômica e social dos participantes da relação jurídica, buscando-se esse equilíbrio através do direito, que terá um papel muito importante na delimitação da atuação contratual. A lei, além de legitimar a autonomia de vontades das partes, protegerá interesses de cunho social, valorizando o vínculo contratual e a boa-fé entre as partes.

3.3 Princípios sociais dos contratos

Quando se retratam os princípios sociais contratuais, não se pode deixar de vincular o CDC ao CC, já que entre eles há uma evidente aproximação, afinal, ambos buscam a efetivação das ideias do Estado Social.

ocorreu de forma diferente, assim, a preocupação do legislador do final do século passado e início deste não corresponde à evolução experimentada pela sociedade, notadamente a industrial. A fossilização das normas contidas leva às opções já ressaltadas no sentido de que, se não modificassem suas normas, tenderia a ficar obsoleto, e se se modificassem, perderia sua unidade sistêmica. Surge, diante dessa conjuntura, uma série de leis, as quais são tidas como microssistemas legislativos. Não se pode negar, por certo, que esse movimento de edição de estatutos legais específicos se deve, em boa parte, devido ao imobilismo e à impotência dos códigos. Rodrigo toscano de Brito. Incorporação Imobiliária à Luz do CDC. Ed. Saraiva. São Paulo. P. 15

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 88.

Ressalte que a efetivação dos princípios sociais do contrato causou a ruptura do paradigma estabelecido com o Código Civil de 1916. Entretanto, para os princípios liberais da autonomia ou da liberdade contratual e o princípio do *pacta sunt servanda* ou da obrigatoriedade contratual se adaptarem a essa nova realidade, tais princípios tiveram sua atuação profundamente mitigada, tanto em seu alcance como em seu conteúdo. Portanto, não há que se falar no fim dos princípios liberais do contrato, pois ocorrera apenas uma adaptação para a nova sistemática contratual.

Sob outra perspectiva, no âmbito das relações de franquia, não foi diferente. Todos os contratos tiveram que se ajustar à nova realidade. As partes que se acharem prejudicadas, por possíveis abusividades, poderão se socorrer no Poder Judiciário.

3.3.1 Princípio da função social do contrato

O princípio da função social do contrato estabelece que os interesses individuais das partes contratantes sejam desempenhados em conformidade com os interesses sociais, não devendo existir conflitos entre eles, haja vista que os interesses sociais prevalecem sobre os interesses particulares.

Trata-se de um princípio de ordem pública, pois nas Disposições Finais, o Código Civil preconiza que “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” (artigo 2.035, parágrafo único).

Nesta nova corrente, o contrato deverá fixar seu conteúdo, de acordo com a vontade das partes. Esta, entretanto, apresenta-se limitada em razão da função social do contrato, princípio determinante e fundamental, que tem por raiz a valorização da dignidade humana.

Seguindo esta linha de raciocínio, Flávio Tartuce apresenta, de forma bastante oportuna, a sua conceituação, combinando os artigos 421 e 2.035, parágrafo único do CC:

[...] entendermos ser a função social dos contratos verdadeiro princípio geral do ordenamento jurídico, abstraindo das normas, do trabalho doutrinário, da jurisprudência, dos aspectos sociais, políticos e econômicos da sociedade. A função social do contrato é um preceito básico, explícito no código atual, verdadeira fonte secundária do direito pátrio, pelo qual o art. 4º do LICC prevê.

Em esforço, a função social do contrato é o princípio que interessa à coletividade, constituindo tanto o art. 421 quanto o art. 2.035, parágrafo único, ambos do novo CC, normas de ordem pública, inafastáveis por convenções ou disposições contratuais.

Conceituamos o princípio da função social do contrato, nesse sentido, como um regramento contratual, de ordem pública – a despeito do que o art. 2.035, parágrafo único, do novo CC prevê –, pelo qual o contrato deverá ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade.⁵⁴

Na atual concepção contratual, verifica-se que a função social do contrato só alcançará sua plenitude quando os direitos e obrigações inerentes aos contratos forem estabelecidos de forma justa e equilibrada, mais especificamente, quando houver a equivalência material dos contratos, bem como quando o princípio da função social do contrato for um instrumento eficaz de revisões contratuais.⁵⁵

Desta forma, o que se almeja é a realização de um contrato que detenha a função social, ou seja, um instrumento jurídico que, além de propiciar uma função translativa-circulatória das riquezas, também atue em consonância com a dignidade da pessoa humana, buscando a redução das desigualdades culturais e materiais, conforme os valores e princípios constitucionais⁵⁶, esclarecendo que a obrigatoriedade contratual não se firma somente na vontade particular, mas, sobretudo, na satisfação de um bem maior: o interesse comum.⁵⁷

Pelo fato do contrato de franquia se apresentar nos mesmos moldes de uma parceria e ensejar diversas consequências, seja no direito ou na economia, deverá ser firmado para que haja um crescimento isonômico, tanto do franqueado como do franqueador. O contrato deve, pois, gerar riquezas, criar novos empregos, pagar tributos, enfim, contribuir no desenvolvimento social.⁵⁸ Logo, o contrato de franquia

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos do código de defesa do consumidor ao novo código civil**. São Paulo: Método, 2005. p. 138.

⁵⁵ CUNHA. Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. **Revisão dos contratos: do código de defesa do consumidor no código civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. p. 78

⁵⁶ GUIMARAES, Haina Eguia. **A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional**. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 27 jul. 2008.

⁵⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato - Novos Paradigmas** – 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 265.

⁵⁸ DELGADO. Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo. LTR. 2006. p. 15 – 16.

deverá harmonizar a autonomia da vontade com a função social que exerce no contexto social.

O ordenamento jurídico afastou-se do individualismo patrimonial para adentrar em situações que assegurem a humanização dos negócios jurídicos contratuais. Há uma transformação imposta ao direito privado, que passa a ser regido por princípios que visam diminuir os efeitos de forças dominantes e que, ainda, cultuam o liberalismo econômico.⁵⁹

3.3.2 Boa-fé objetiva: modelo de conduta social

No âmbito das relações contratuais, a boa-fé objetiva é o regramento estabelecido para as condutas dos indivíduos, pautadas na honestidade, na lealdade, na retidão e na cooperação. É o modelo de comportamento que as partes contratantes devem seguir religiosamente⁶⁰.

Para uma melhor compreensão deste princípio, não se pode esquecer que os contratos deixaram de ter apenas uma interpretação. O que se busca com esse princípio é a satisfação dos interesses de cada uma das partes, diante do que foi estabelecido no contrato e da forma mais justa e equânime⁶¹.

Para Claudia Lima Marques⁶², os direitos e os deveres não nascem apenas da obrigação principal, são o resultado de um conjunto de fatores. Segundo a autora, há duas classes obrigacionais, a do dever de prestar o estabelecido no objeto do contrato e a do dever de conduta, ligado diretamente ao comportamento das partes.

Deve-se destacar, ainda, que para o princípio da boa-fé não se aplica apenas a conduta dos contratantes na execução de suas obrigações. Esta postura de comportamento deve ser adotada antes da celebração (*in contrahendo*), quando

⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo. LTR. 2006. p. 15 – 16.

⁶⁰ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 411.

⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 35.

⁶² Claudia Lima Marques. P.185

da oferta. Após a extinção do contrato, (*post pactum finitum*)⁶³ neste caso, pode-se exemplificar a política de *recall* adotada pelas empresas. Mesmo após o fim da relação contratual, as empresas podem ser responsabilizadas por vícios que, por ventura, venham a surgir.

A busca por uma distribuição de riquezas mais justa, a partir da retidão dos contratantes é, indubitavelmente, peça fundamental para a efetivação da paz social.⁶⁴

Em resumo, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé objetiva não apresenta uma regra de interpretação das cláusulas ou disposições abusivas do contrato. Sugere-se uma análise minuciosa de cada uma das partes em relação aos deveres anexos ou conexos ao vínculo jurídico estabelecido para, assim, averiguar a responsabilidade caso reste caracterizado o abuso de direito.

Em momento oportuno, analisar-se-á a conexão do princípio da boa-fé objetiva com a COF – Circular de Oferta de Franquia. Este documento, indispensável na relação de franquia, deve conter todos os requisitos que são encontrados no referido princípio, quais sejam: honestidade, lealdade, probidade e transparência.

3.3.3 Princípio da equivalência material

Até o início do século passado, a igualdade contratual era ratificada apenas pela autonomia da vontade, a qual era suficiente para o estabelecimento de um pseudo-equilíbrio formal. Fatores extrínsecos ao contrato não poderiam intervir nesta relação. Nem mesmo o Poder Judiciário tinha autorização para interferir em relações entre particulares, afinal, o contrato fazia lei entre as partes.

Como já exposto, a concepção clássica do contrato foi ultrapassada, ou melhor, foi bastante mitigada. Os seus princípios sociais trouxeram um novo entendimento para a igualdade contratual. Nessa nova concepção, foi efetivada a busca pela preservação do equilíbrio real de direitos e deveres contidos nos

⁶³ LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 42. p. 193.

⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil**, apontamentos. São Paulo: LTr, 2003.

contratos, a qual, mantendo a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações ou corrigindo eventuais desequilíbrios supervenientes, foi denominada de princípio da equivalência material dos contratos.

Na atual visão contratual, o princípio do *pacta sunt servanda* obriga que os contratantes executem o contrato até o limite do equilíbrio, evitando uma onerosidade excessiva para qualquer uma das partes.

Segundo Rodrigo Toscano de Brito⁶⁵, a equivalência material dos contratos seria o caminho para se alcançar e manter a justiça contratual em todas as fases do contrato, independente da sua natureza, procurando-se sempre estar pautada na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações estabelecidas.

Com o princípio da equivalência material, ocorre a ruptura do que antes parecia inabalável, a igualdade jurídica e formal, característica da doutrina clássica dos contratos. Definitivamente, foi imposto um limite ao brocardo jurídico, o qual preconizava que os contratos faziam lei entre as partes.

Na equivalência material dos contratos, o objetivo não é apenas a busca pelo equilíbrio e pela justiça contratual, mas, também, a preocupação com a parte contratante mais vulnerável, neste caso, o contratante que se encontra numa posição econômica desfavorecida.

Para Wladimir Cunha⁶⁶, a equiparação contratual só será totalmente eficaz quando o contratante hipossuficiente for elevado ao mesmo patamar do contratante privilegiado, o que acontece principalmente nas relações de consumo. Para amenizar o abismo que existe entre o fornecedor e consumidor, o CDC determinou a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Essa medida permitiu que os consumidores pudessem reivindicar seus direitos diante de pequenas, médias e grandes empresas.

No âmbito das franquias, o princípio da equivalência material dos contratos é determinante para uma boa relação contratual entre o franqueador e franqueado. Como detentor de todo o know-how, o franqueador se privilegia diante dos franqueados da rede. Sua postura não pode ser arbitrária ou ditatorial. Para o

⁶⁵ BRITO, Rodrigo Toscano. Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos seus princípios sociais. In. **Direito contratual: temas atuais**. coord. Giselda Maria Fernandes Novais e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007. p.187.

⁶⁶ CUNHA. Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. **Revisão dos contratos: do código de defesa do consumidor no código civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. p 98.

sucesso efetivo da rede, é necessária uma boa comunicação e informações precisas.

Por sua vez, nas franquias com grau de amadurecimento avançado, existem os conselhos de franqueados, que nada mais são do que um relacionamento embasado na paridade. Os franqueados têm assento no mesmo patamar do franqueador. As discussões giram em torno do desenvolvimento da rede. O franqueador deve acatar a decisão da maioria. Em situações como estas, observa-se a eficácia do princípio da equivalência material, no qual os contratantes se encontram em um mesmo patamar.

3.4 *Franchising* e seus pressupostos contratuais

No campo do direito contratual, muitos contratos são assinados de imediato. Os contratantes escolhem aquilo que desejam, analisam as condições propostas e, de forma muito prática, concluem a negociação. Os contratos de compra e venda de imóvel, na sua grande maioria, encaixam-se dentro desse padrão de negociação. Todavia, quando se tratam de interesses econômicos e comerciais, são necessárias várias rodadas de negociação, até que se alcance um denominador comum e o contrato seja efetivamente concretizado.

A relação de franquia se enquadra no segundo exemplo de negociação, composta por várias fases. Iniciam-se com as primeiras assertivas, as quais objetivam apresentar os pressupostos do objeto a ser acordado. Neste ato, é fornecido ao candidato a franqueado informações e características fundamentais sobre o que será operacionalizado. É um período de conhecimento e de discussões, no qual ambas as partes se empenham em obter um maior número de informações, como também vantagens no negócio que se pretende fechar.

Desta forma, é de interesse do franqueador disponibilizar ao pretenso franqueado todas as informações relevantes ao seu sistema, haja vista que, caso não sejam repassadas de forma clara e precisa, o contrato é passível de rescisão, como se verificará mais adiante.

O âmbito das franquias, quando se trata das primeiras negociações, deve-se remeter à circular de oferta de franquia, mais conhecida como COF, a qual é de fundamental importância para a efetivação de sua relação de franquia.

3.5 A circular de oferta de franquia e sua relevância

Com a crise de 1929, várias medidas para aumentar a segurança do capital foram implantadas. Uma delas foi a obrigatoriedade, para as empresas de capital aberto, de fornecer um prospecto⁶⁷. O documento deveria conter detalhadamente todas as informações sobre a situação econômica, contábil, fiscal e jurídica, ou seja, um desdobramento sobre as particularidades da empresa, para que o público investidor pudesse, mesmo ciente dos riscos apresentados, optar em investir ou não.⁶⁸

Tal medida foi definida como o instrumento do *disclosure*, isto é, o meio para a divulgação sincera, ampla e total dos dados empresariais⁶⁹, que está diretamente relacionado com o princípio da informação, partindo do pressuposto que, estando bem informado sobre os possíveis riscos, o investidor estará mais protegido.⁷⁰

Seguindo o raciocínio exposto, indaga-se qual seria a relação do *disclosure* com a Circular de Oferta de Franquia? Como resposta, afirma-se, pois, que a relação é total.

Com a vigência da lei de franquia, o princípio do *disclosure* vem à tona a partir da obrigatoriedade da entrega da circular de oferta de franquia para todo indivíduo que esteja interessado em adquirir uma franquia. Este documento é semelhante aos prospectos que são exigidos para as sociedades anônimas e para as empresas que participam do mercado de capitais.

A COF, como usualmente é chamada, pode ser considerada como o alicerce da Lei nº 8.955/94, determinando que o franqueador deverá confeccionar e fornecer ao pretense franqueado uma Circular de Oferta de franquia, por escrito e em

⁶⁷ BESSIS, Philippe. **Lê contrat de franchisage**. Paris: LGDJ, 1992. citado por Elis Regina Takada Eppinger. Op. Cit. p. 13.

⁶⁸ BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising: modificações à lei vigente, estratégia e gestão**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48-49.

⁶⁹ Idem. p. 43.

⁷⁰ Considerações sobre a Lei de Franquia. In: **Revista da ABPI**, n.15. p.16.

linguagem clara e acessível. Este documento seria uma radiografia detalhada da franquia, mostrando todos os seus benefícios e gargalos.

Pode-se deduzir, de imediato, que a Circular de Oferta de Franquia é o documento utilizado pelo franqueador para esmiuçar as informações comerciais, financeiras e jurídicas da sua franquia para possíveis investidores interessados em adquirir uma franquia de sua rede. É um documento formal, que deve ser entregue pelo menos dez dias antes da assinatura do pré-contrato, caso o pretenso franqueado decida realmente investir na franquia.

O artigo 3º da Lei 8955/94 traz claramente os requisitos legais que deverão estar contidos na Circular de Oferta de Franquia, os quais serão observados com critério para não ensejar nenhum motivo de rescisão de contrato, pois se trata de uma exigência legal com disposição de penalidades para o seu descumprimento.⁷¹

⁷¹ 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

Segundo Luiz Felizardo Barroso, a Circular de Oferta de Franquia é um documento legal que deve ser elaborado em linguagem clara e acessível, contendo, obrigatoriamente, uma série de informações, da maior relevância, com base no princípio do *disclosure*, tais como: dados cadastrais do franqueador e um histórico resumido da empresa; informações adicionais importantes; balanços e demonstrações financeiras; pendências judiciais; descrição detalhada da franquia; perfil do franqueado ideal; requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio; total estimado inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia; valor aproximado do aluguel dos equipamentos e do ponto e da taxa de publicidade e propaganda; seguro mínimo a ser feito pelo franqueado; relação completa dos atuais franqueados; territorialidade (exclusividade ou preferência); vantagens oferecidas pela franqueadora ao franqueado; manuais de franquia; ponto comercial (informações acerca das características e dos ônus correspondentes); expiração do contrato (situação do franqueado); contrato de franquia (modelo) e recibo de entrega da Circular ao franqueado, com termo de sigilosidade e fidedignidade.⁷²

Assim, a Circular de Oferta de Franquia é a pedra angular da relação de franquia. Sua participação no sistema de franquia chega a ser maior que o próprio contrato. Este fator se deve à atuação do legislador de visualizar o *Franchising* não apenas como um contrato, mas, sobretudo, como um complexo sistema. Nesta linha

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.

⁷² BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising: modificações à lei vigente, estratégia e gestão**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 56.

de raciocínio, segundo Adalberto Simão Filho, o contrato é um simples integrante da Circular de Oferta, como previsto no inciso XV, do artigo 3º da Lei 8955/94.⁷³

3.5.1 A circular de oferta de franquia e o princípio da boa-fé objetiva

Toda relação contratual deve ser pautada numa conduta de honestidade, lealdade, retidão, cooperação, transparência e probidade. No contrato de franquia, estes atributos que dão sustentáculo ao princípio da boa-fé objetiva, devem estar presentes não só no contrato de franquia, mas também na Circular de Oferta de Franquia – COF⁷⁴.

O moderno conceito de boa-fé objetiva prega a retidão e a lealdade dos contratantes, enfocando a conduta social ou *standard* jurídico, por meio da qual cada um dos contratantes deve ajustar sua própria conduta ao arquétipo, agindo de forma correta como dele se espera, através da honestidade, lealdade e probidade. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques assevera que:

[...] a boa-fé objetiva é um standard de comportamento leal, com base na confiança, despertando na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.⁷⁵

A boa-fé objetiva é um dever do franqueador, que tem de agir em conformidade com determinados padrões socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade, para não frustrar a confiança da outra parte. A função da COF, por sua vez, é detalhar toda atividade da franquia, tendo a obrigação legal de demonstrar a viabilidade econômica do negócio. A omissão ou a dissimulação de fatos e dados caracterizará a má-fé, sendo esta conduta considerada muito grave, cabendo, nestes casos, a rescisão do contrato de franquia.⁷⁶

⁷³ SIMÃO FILHO, Adalberto, **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.. p. 97.

⁷⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1. p. 126

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁷⁶ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. cit. p. 105.

Frente o exposto, é possível concluir que o princípio da boa-fé tem singular importância na formulação da circular de oferta de franquia, não sendo demasiado afirmar que o sucesso de uma rede franquia pode ser aferido pelo grau de importância que esta confere aos princípios da lealdade, transparência, enfim, a uma conduta revestida de probidade.⁷⁷

3.6 Força vinculante do pré-contrato de franquia

A fase de negociação está relacionada ao estabelecimento de vínculos. É a fase na qual são conferidos os valores jurídicos das negociações preliminares, tendo por efeito firmar novas formas de garantias. Saliente-se, contudo, que as negociações preliminares não se confundem com a promessa unilateral de contratar, distinguindo-se, também, da oferta de contratar, que pode ser revogada até que se confirme o negócio. Diferentemente da oferta, ela não constitui um elemento de formação do Contrato: não são, como a policação, um ato jurídico.⁷⁸

A lei nº 8.955/94 não obriga a elaboração de contratos preliminares. Todavia, caso o façam, deverá incluir o modelo de contrato preliminar na Circular de Oferta de Franquia, conforme o artigo 3º, inciso XV, do mesmo diploma legal.

O pré-contrato nada mais é que um contrato provisório que apresenta os elementos indispensáveis do contrato definitivo, a ser assinado entre o franqueador e a pessoa física, neste caso, o investidor interessado na aquisição da franquia. Com este instrumento jurídico, é possível concretizar o referido negócio, tendo a certeza que as regras estabelecidas são bastante claras e foram amplamente discutidas. Após sua assinatura, é concedido um prazo para o novo franqueado realizar a criação da pessoa jurídica, sendo a empresa a titular do Contrato de Franquia definitivo.⁷⁹

Com o novo Código Civil, os mecanismos necessários para a eficácia do Pré-Contrato foram alçados no mesmo patamar dos requisitos do contrato de franquia definitivo. A única exceção ficou a cargo da sua forma, que por se tratar de

⁷⁷ FOSTER, Denis L, **O livro completo do franchising**. Tradução de: M. E. Cabral de Melo. Rio de Janeiro: Infobook, 1995. p. 110.

⁷⁸ CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**: 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997. p. 67

⁷⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. Cit. p 109.

um contrato mais simples, apresenta uma maior flexibilidade. O respaldo legal é fornecido dos artigos 462 a 466 do Código Civil Brasileiro. No artigo 462, o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.⁸⁰

A vantagem do pré-contrato de franquia está no amparo quanto a uma possível desistência. Caso o negócio já tenha se iniciado e, por qualquer razão, alguma das partes não mais assinar o contrato definitivo, o pré-contrato, neste caso, tem a força vinculativa de contrato definitivo. Nestas situações, a parte que der causa à desistência pode ser acionada na Justiça e provavelmente pagará todas as multas estabelecidas no pré-contrato, bem como os danos que, por ventura, ocorreram em razão da desistência do negócio.

Como se pode observar, o pré-contrato deixou de ser apenas um mero “protocolo de intenções”, sendo ampliado para dispor todas as condições do contrato definitivo, garantindo direitos, deveres e obrigações entre as partes.

No pré-contrato, devem estar expressos todos os gastos com o investimento para implantação e operação da franquia, adiantamento de taxas e quaisquer outras despesas, prazo e todas as informações já repassadas na Circular de Oferta de Franquia. Além disso, deve conter todas as cláusulas do contrato definitivo, tais como, condições de preço, forma de pagamento, sucessão, concorrência, sigilo, preferência, localização, descrição do negócio, investimento, retorno, renovação e as demais disposições transitórias que constituem a fase inicial da implantação da franquia, tais como a escolha do ponto, padronização e instalação, observando-se a legislação em vigor.

Uma das características do pré-contrato é o prazo, que sempre será por tempo determinado, do contrário tornar-se-á definitivo - eis a razão principal pela qual este instrumento foi disciplinado no Novo Código Civil.

Um ponto importante e que deve ser bastante discutido na elaboração do contrato é a eleição do Foro, no qual serão resolvidas e decididas todas as questões conflituosas, que, eventualmente, possam ocorrer na relação contratual.

Na atualidade, visualiza-se uma tendência do sistema de franquia buscar a soluções de conflito na Justiça Privada, ou seja, as questões tendem a ser

⁸⁰ CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do Franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 99.

resolvidos em Câmaras de Mediação e Arbitragem, pois tornam as decisões mais céleres e apresentam um menor custo para o procedimento.

3.7 Peculiaridades do contrato de franquia

O contrato de franquia se caracteriza como sendo típico e nominado, por estar regulado na legislação pátria pela Lei nº 8.955/94. O artigo 6º desta lei estabelece que o contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de duas testemunhas e será considerado válido independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público, portanto, é formal. Considerado bilateral ou sinalagmático, porque entre franqueador e franqueado existem obrigações mútuas, as quais se aperfeiçoam pelo consentimento mútuo das partes. Apresenta essência onerosa, pois é sempre remunerado, tanto na forma direta, como na forma indireta. Sua execução é futura e continuada. As prestações não se realizam em um único momento, mas de forma permanente e continuada. É tido como aleatório, haja vista o resultado não poder ser precisamente antecipado. Em tese, é considerado um contrato negociável, no entanto, na sua grande maioria, são contratos por adesão, isto é, o candidato a franqueado não tem a oportunidade de discutir as cláusulas do contrato de franquia.

Diante das características do contrato de franquia, ainda se identificam, no contexto deste negócio, algumas cláusulas essenciais. Para Fran Martins, as cláusulas essenciais do contrato de franquia são as que se referem ao prazo de vigência do contrato; as cláusulas de delimitação territorial, estabelecendo a localização, a exclusividade ou a preferência, os valores para as taxas de franquia; o direito ao franqueado vender ou repassar a franquia e, por fim, o cancelamento ou a extinção deste contrato.⁸¹

Um ponto de destaque, que não é obrigatório, mas que, na sua maioria segue um regramento, é a questão dos preços dos produtos e serviços e como devem ser praticados pelos franqueados. Normalmente, existe uma fixação dos preços pelo franqueador, seu intuito é a padronização dos valores praticados. Assim,

⁸¹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 492.

o consumidor, em qualquer lugar que encontrar uma determinada franquia, saberá quanto custa aquele produto ou serviço.

Segundo Luiz Felizardo Barroso⁸², na sua grande maioria, os contratos de franquia devem conter os seguintes elementos básicos:

- a) indicação do franqueador titular da marca;
- b) o licenciamento da marca e outros sinais distintivos;
- c) a indicação do franqueado;
- d) o objeto a ser franqueado;
- e) a transferência do *knowhow* e o acompanhamento do franqueado durante a vigência da relação;
- f) o pagamento da taxa de adesão, os *royalties* mensais e a taxa de propaganda;
- g) a questão da territorialidade, se existirá exclusividade do franqueador ou se este terá apenas o direito de preferência;
- h) o treinamento fornecido pelo franqueador.

Para Barroso⁸³, ainda existem elementos acidentais do contrato, como:

- a) as condições de cessão do direito de uso da franquia;
- b) as exigências para a renovação do contrato;
- c) as cláusulas de não concorrência, confidencialidade e sigilo sobre o *knowhow* repassado ao franqueado;
- d) a indicação dos possíveis fornecedores; e
- e) o foro de eleição que deve ser estabelecido para se dirimir controvérsias que, por ventura, venham a existir.

As obrigações das partes são definidas nos respectivos instrumentos contratuais, os quais podem variar conforme o tipo de contrato adotado por cada franquia, bem como as circunstâncias que cada caso concreto possa apresentar.

3.7.1 Partes contratantes e os seus direitos e obrigações

⁸² BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising & Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 62.

⁸³ BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising & Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 64.

Frente à exposição dos elementos essenciais do contrato de franquia, identificados a partir de uma construção evolutiva do referido instrumento, pode-se, ainda, elencar algumas, senão as principais obrigações, tanto para o franqueador, como para o franqueado, as quais sempre deverão estar inseridas nos contratos de franquia empresarial.

As principais obrigações do franqueador consistem em conceder ao franqueado o direito de uso de sua marca; realizar treinamento tanto para a elaboração de produtos e serviços, como para a operacionalização do negócio; apoiar o franqueado na fase de instalação e no início do negócio; fornecer manuais operacionais; prestar assistência técnica para a solução de problemas localizados e estabelecer políticas de marketing e publicidade para o fortalecimento da rede na região geográfica de atuação.

Desta forma, seguindo a classificação de Fábio Ulhoa Coelho⁸⁴, os serviços de organização empresarial que o franqueador se compromete em prestar se dividem em três espécies: o contrato de *engineering*, que cuida do projeto de layout do estabelecimento comercial; o contrato de *management*, que se refere ao treinamento do franqueador, de seus funcionários, da estruturação administrativa, dos métodos de trabalho, padrões e da logística e, finalmente, o contrato de *marketing*, que trata da colocação do produto ou serviço junto aos consumidores, incluindo estudos de mercado, publicidade, vendas promocionais, lançamento de novos produtos ou serviços.

Sob outra ótica, visualizam-se as principais obrigações do franqueado, quais sejam: realizar o pagamento da contraprestação de serviços de assessoria técnica empresarial, que comumente são dívidas em taxa de franquia, pela aquisição da licença de uso da marca e em pagamentos periódicos, que são calculados sobre um percentual do faturamento do franqueado, também denominado de *royalties*; comercializar junto aos consumidores apenas os produtos ou serviços que tenham a marca licenciada do franqueador e, por fim, observar todas as instruções de comercialização estabelecidas pelo franqueador.

3.7.2 Cláusula de territorialidade e suas nuances

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 443-444.

O que mais atrai um investidor a uma relação de franquia é a palavra segurança. Esta resume todos os objetivos do investidor em franquias, o qual está, incessantemente, buscando uma segurança econômica para investir em determinado negócio que já esteja consolidado no mercado e que apresente uma marca respeitada frente aos consumidores, que possa lhe trazer uma margem de lucro compatível a risco do empreendimento, que é bastante diminuto.

Nesse mesmo raciocínio, Jorge Pereira Andrade⁸⁵ traz mais uma definição de franquia:

é um conceito pelo qual uma empresa industrial, comercial ou de serviços, detentora de uma atividade mercadológica vitoriosa, com marca notória ou nome comercial idem (franqueadora), permite a uma pessoa física ou jurídica (franqueada), por tempo e área geográfica exclusivos e determinados, seu uso, para venda ou fabricação de seus produtos e/ou serviços mediante uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre movimento de vendas oferecendo para isto todo o seu know-how administrativo, de marketing e publicidade, exigindo em contrapartida um absoluto atendimento a suas regras e normas, permitindo ou não a subfranquia. (grifo nosso)

Para Calixto Salomão Filho⁸⁶, existem cláusulas que são essenciais aos contratos de franquia como: o prazo de contrato, delimitação do território e da localização, as taxas de franquia, as quotas de venda, o direito de o franqueado vender a franquia e o cancelamento ou extinção do contrato. Tais considerações refletem a necessidade de se detalhar um dos alicerces do contrato de franquia, qual seja, a cláusula de territorialidade.

Segundo Adalberto Simão Filho, a exclusividade territorial é de interesse do franqueado porque delimitará, geograficamente, o campo de atuação e limitará o acesso de outros integrantes da rede à zona geográfica anteriormente estabelecida. Sua função é prevenir uma possível concorrência danosa entre franqueados, buscando racionalizar o processo distributivo, evitando-se, assim, a saturação de pontos de mercado.⁸⁷

⁸⁵ ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de Franquia e Leasing**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 29.

⁸⁶ SALOMAO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.

89.

⁸⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto, **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 71

Conforme se verifica, a cláusula de territorialidade visa garantir uma boa convivência entre as franquias da mesma rede. Seu objetivo principal é preservar a capacidade de atrair o público consumidor, sendo sabido por todos, que a localização do estabelecimento comercial influencia diretamente no fluxo de consumidores no empreendimento, razão pela qual a proximidade de franquias da cadeia, não trará nenhum benefício para o sucesso do negócio.

Por isso, é de grandiosa importância a respeitabilidade da cláusula de exclusividade. É obrigação do franqueador realizar estudos geográficos de mercado, analisando o público alvo do negócio, a possibilidade real de consumo e da região ter mais de uma franquia. Somente a cláusula de territorialidade poderá proteger o franqueado contra ações predatórias de um “fogo amigo”.

3.7.3 Extinção do contrato de franquia

A extinção do contrato de franquia pode se configurar pelo decurso do prazo; pela implementação de condição resolutiva; pelo destrato bilateral ou pela rescisão consubstanciada na culpa da parte que tiver ensejado o descumprimento das obrigações legais ou contratuais.

Uma das principais obrigações legais é o franqueador entregar a Circular da Oferta de Franquia ao franqueado no prazo mínimo de dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato. Até a entrega da COF, é estritamente proibido o pagamento ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este de qualquer tipo de taxa. Caso isso ocorra, será passível de devolução. Outra previsão legal de resolução do contrato se dá quando o franqueador omite ou vincula informações falsas na sua Circular de Oferta de franquia.

Nos dois casos, o franqueado poderá exigir a rescisão do contrato de franquia, bem como a devolução de todas as quantias que já tiverem sido pagas ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties. Estas deverão ser corrigidas pela variação da remuneração básica dos depósitos de

poupança e acrescidas de perdas e danos, caso seja comprovada a responsabilidade do franqueador.⁸⁸

Cumprе mencionar ainda que a causa de extinção mais comum é a expiração do prazo acordado entre franqueador e franqueado, o qual, geralmente, varia de um a cinco anos. Nos contratos de franquia, é obrigatório conter expressamente a opção de renovação pelo franqueado, bem como deverá constar cláusulas que o extingam por denúncia vazia. O que fundamenta tais cláusulas é o fato do contrato de franquia ser baseado no princípio da boa-fé das partes. Portanto, se o franqueado não tiver mais interesse na continuação da franquia, basta informar sobre a intenção, sem a necessidade de fundamentar a decisão tomada.

3.7.4 Franquia e o direito sucessório

Como exaustivamente exposto, o contrato de franquia empresarial é regulado pela Lei nº 8.955/94, a qual estabelece os direitos e obrigações existentes entre franqueadores e franqueados. Todavia, no tocante ao direito sucessório, o contrato de franquia resguarda algumas nuances que merecem uma maior atenção.

Inicialmente, mister se faz afirmar que, tanto o franqueador quanto o franqueado, podem ser pessoas físicas e/ou jurídicas. Utilizando-se desta premissa, verifica-se a seguinte conjuntura: na hipótese de falecimento do franqueador ou morte do franqueado, em que condições ocorrerão a sucessão da empresa que compõe a relação no sistema empresarial de franchising? Os negócios poderão ser transferidos aos herdeiros do *de cuius*?⁸⁹

Em qualquer das hipóteses, a resposta dependerá diretamente da estrutura jurídica estabelecida no momento do surgimento e desenvolvimento da Relação Contratual de Franquia.

Analisando uma série de contratos de franquia, observa-se que a estrutura mais comum tem seu surgimento com a entrega da Circular de Oferta de Franquia à pessoa física do franqueado. Posteriormente, firma-se o Pré-Contrato de Franquia Empresarial, por meio do qual o franqueado se compromete a constituir e iniciar as

⁸⁸ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. Cit., p. 78-79.

⁸⁹ CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz. Disponível: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 11 set. 2009.

operações de uma pessoa jurídica, cuja modalidade de sociedade, geralmente, é imposta pelo franqueador. Nestas situações, o franqueador determina que a pessoa física do franqueado mantenha a maioria da titularidade da participação no capital votante.⁹⁰

Considerando as estruturas jurídicas utilizadas, boa parte das empresas já se encontra devidamente protegida em casos de sucessão decorrente de falecimento, tanto do franqueado quanto do franqueador, pois os seus respectivos contratos sociais já preveem (supostamente) as formas e obrigações das partes em caso de morte, incapacidade ou falência.

Na efetiva confirmação de falecimento do franqueador, os herdeiros/sucessores estabelecerão os rumos da franquia empresarial. Como se trata de uma Pessoa Jurídica com direitos e gestão de todo um complexo negócio, é difícil de imaginar que esta não esteja preparada para uma possível sucessão. Na maioria dos casos, o falecimento do criador da franquia, não deverá interferir ou modificar o sistema como um todo, principalmente, quando se tratarem de empresas de capital aberto. Aos herdeiros/sucessores caberá percorrer todo o trâmite jurídico aplicável à sucessão, qual seja, a abertura de inventário e arrolamento judicial dos bens do de cujos. No entanto, caso ocorra o falecimento do franqueado, a situação é um pouco diferente. Normalmente, há a rescisão de pleno direito do contrato de franquia. Em sua grande maioria, é facultado à franqueadora firmar novo contrato com os sucessores do franqueado falecido, o que acontece pelo simples fato do negócio jurídico ter sido confiado e transmitido pelo franqueador ao franqueado em condições *intuito personae*, ou seja, na relação de franquia, o vínculo do franqueador ocorre diretamente com a pessoa do franqueado.⁹¹

Os contratos *intuito personae*, também denominados de personalíssimos, são aqueles celebrados em razão da pessoa do contratante, que tem influência decisiva para o consentimento do outro. Neste tipo de contrato, a prestação deve ser cumprida por aquela pessoa, cujas características particulares determinam o seu caráter personalíssimo. Os contratos *intuito personae* são intransmissíveis. Caso ocorra a morte do franqueador, a qual é causa extintiva do contrato, geralmente, não

⁹⁰ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. Cit., p. 3.

⁹¹ SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. Cit., p. 4.

poderá ser cedido a terceiros. Caso ocorra a cessão, juridicamente, ocorrerá a celebração de um novo contrato.⁹²

Desta maneira, quando uma pessoa pretender adquirir os direitos para se tornar parte em uma relação de franquia empresarial, deverá ter muita cautela e boa orientação jurídica. Cabe ao pretense candidato a franqueador analisar detalhadamente a COF, o Pré-Contrato de Franquia e o Contrato de Franquia Empresarial. Tal análise deverá, dentre outros fatores e condições, observar as condições de continuidade do negócio em caso de falecimento do franqueado, entenda-se pessoa física à qual a Circular de Oferta de Franquia foi encaminhada.

Portanto, salvo exceções, não há uma implicação ou consequência direta ao tema analisado, sobretudo, por se tratar, em sua grande maioria, de uma relação entre pessoas jurídicas. No entanto, podem ocorrer problemas na eventualidade de falecimento do franqueado, caso a documentação relativa ao Contrato de Franquia não seja discutida nas primeiras tratativas, havendo uma vinculação expressa da pessoa física do franqueado com o franqueador, que poderá dificultar a continuidade do negócio por parte dos seus herdeiros/successores.

3.8 Contrato de franquia e a teoria dos contratos relacionais

Há muito tempo, a teoria clássica deixou de cumprir a sua missão, que já não supria as necessidades das relações contratuais. Diante deste novo contexto, foi desencadeada uma crise no instituto dos contratos que obrigou a sociedade a reexaminar questões importantes, para que os contratos pudessem acompanhar a evolução social, bem como cumprir a sua função social.⁹³

Diante desta nova concepção da teoria dos contratos, na qual se almeja a sua função social, vislumbra-se o surgimento de uma nova corrente denominada Teoria dos Contratos Relacionais. Caracteriza-se pela indeterminação ou incompletude, ou seja, por estabelecer relações duradoras, cujos contratos se prolongam no tempo. Nesta modalidade de contrato, é fundamental um replanejamento constante. De acordo com as necessidades, as partes vão

⁹² SIMÃO FILHO, Adalberto. Op. Cit., p. 4.

⁹³ FEITOSA, Maria Luiza P. de A. M, **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra Editora. 2007.

estabelecendo regras que devem obedecer a uma lógica jurídica, bem como se pautando nos princípios sociais dos contratos.⁹⁴

Atualmente, os contratos relacionais começam a ganhar dimensões cada vez mais amplas, influenciando diretamente as práticas contratuais do mundo globalizado, colaborando para o estabelecimento de relações cada vez mais duradouras que tenham como lema, a cooperação.⁹⁵

Em sua grande maioria, os contratos relacionais são de longa duração. Isso se deve ao fato dos seus objetos serem cada vez mais abrangentes, com cláusulas de negociação contínua. Os contratos relacionais englobam relações complexas entre diversas partes, por meio dos quais os vínculos pessoais de confiança, solidariedade e cooperação são essências para uma coexistência pacífica e prolongada.

Um excelente exemplo de contrato relacional é o contrato de franquia. Em regra, são de longa duração, baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual. Nesta relação entre franqueador e franqueado, possivelmente, a circular de oferta de franquia, o pré-contrato ou o contrato não abarcarão todas as possíveis relações.

Nos contratos de franquia, os direitos e deveres são mais amplos que no texto contratual. Destaque-se que as circunstâncias externas podem determinar diretamente a execução do contrato, por isso, é de extrema importância que os canais de negociação, tanto do franqueador, como do franqueado, estejam abertos e que as transformações ocorridas durante a vigência do contrato possam ser assimiladas e adaptadas às necessidades futuras.

Segundo Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, os contratos serão sempre incompletos, imperfeitos e passíveis de alteração tanto pelos eventos humanos, como pelas intempéries da natureza. Poderão ser modificados, tanto pela vontade dos partícipes, como pelo surgimento de um fato novo, não previsto na época da celebração.⁹⁶

A implantação da Teoria dos Contratos Relacionais para os contratos de franquia, busca oferecer a possibilidade de corrigir a previsão contratual incompleta,

⁹⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.113. 2000.

⁹⁵ Idem. p. 104.

⁹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier- Campos, 2005. p. 117.

afastando eventos que possam desestabilizar o equilíbrio da relação na ocasião da execução dos pactos. Isso se mostra indispensável, na medida em que os contratos de longo prazo exigem um grau de segurança mais elevado. Nenhum grande investimento será realizado sem que existam garantias suficientes de que os compromissos inicialmente firmados poderão ser devidamente executados.

Uma boa forma de se tentar resolver questões de incompletude contratual nos sistemas de franquia seria a elaboração de COF, do Pré-Contrato e de Contratos que priorizem o processo de negociação, devendo ser pautados na confiança e na solidariedade entre as partes.

Portanto, os contratos relacionais ou incompletos são aqueles pactos que priorizam processo de negociação entre as partes, amparando-se na confiança, na solidariedade e na cooperação dos agentes. Para as relações estabelecidas no sistema de franquia, devem-se levar em consideração as premissas que são próprias da dinâmica dos contratos relacionais e incompletos, os quais tendem a ser mais eficazes na solução de conflitos, que, por ventura, tenham ocorrido, não estavam previstos no contrato e que, por alguma razão, precisavam de ajustes para que sua continuidade não fosse prejudicada.⁹⁷

3.9 Solução extrajudicial para os conflitos no sistema de franquias

Vive-se uma época onde os litígios são sinônimos de morosidade e prejuízo financeiro. Mesmo com a criação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, infelizmente, ainda se percebe que a situação do Poder Judiciário é extremamente crítica e precária.

Diante desse contexto, supõe-se que uma determinada empresa apresente problemas de relacionamento com seus parceiros, fornecedores ou mesmo seus clientes. A situação se encontra insustentável. A relação está totalmente estremeçada, o diálogo já não mais existe. Diante desse dilema, a empresa só vislumbra uma solução: acionar o judiciário. Fazendo esta escolha, possivelmente a

⁹⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. Disponível em: <<http://168.96.200.17/ar/libros/lasa97/portomacedo.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2009.

empresa ganhará um novo problema. Agora com um processo judicial, terá mais uma obrigação e, com absoluta certeza, o processo terá uma duração bem maior do que o previsto e almejado.

Além de todos estes problemas, ainda se visualiza um prejuízo financeiro. O acompanhamento de determinados processos judiciais ensejará despesas que, em muitos casos, não compensará o investimento. São situações como essas que fazem o Sistema de Franquia repensar sua postura diante de conflitos entre franqueador e franqueado, como também entre franqueador e fornecedores.

Como já bem esmiuçado, as relações de franquia tem natureza de colaboração, sendo fundamental que exista uma relação bastante harmoniosa entre os que compõem toda a rede de franquias. Qualquer tipo de conflito, além de oneroso, pode desestabilizar o relacionamento na rede de franquias.

Foi buscando soluções mais rápidas e bem menos onerosas, que o Sistema de Franquia começou a utilizar mecanismos extrajudiciais para a resolução dos possíveis conflitos. Além da rapidez e da economia, destaca-se que o sistema de franquias é bastante complexo e repleto de nuances, as quais só são captadas ou administradas por pessoas que lidam com tais questões diariamente. Possivelmente, um magistrado não terá a mesma percepção que um técnico especializado (administrador, contador, advogado, engenheiro, publicitário, etc). Somente alguém com conhecimento e amadurecimento necessário, poderá administrar ou tentar resolver conflitos dessa natureza, afinal, o principal objetivo do sistema de franquia é atingir a eficácia plena na distribuição de produtos e serviços, objetivando a satisfação do consumidor final, com perdas mínimas e lucro maximizado.

Mesmo sabendo que a franquia não é nenhum céu de brigadeiro, os conflitos são praticamente inevitáveis, haja vista que se estão diante de partes com interesses antagônicos, que podem ser de ordem objetiva ou subjetiva.

No sistema de franquia, os métodos extrajudiciais mais conhecidos e utilizados são: a conciliação, a mediação, a negociação e a arbitragem.

A primeira forma de resolução de litígio é a negociação, que tem o escopo de definir as direções, posições e os interesses comuns das partes para atingir a satisfação dos envolvidos.⁹⁸ Os resultados são alcançados através de técnicas específicas. O objetivo da negociação não é ganhar ou perder o litígio, e, sim,

⁹⁸ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da medição de conflitos**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 1999. p. 108.

melhorar a comunicação entre as partes envolvidas, a fim de pacificar o conflito. Neste método de composição, as partes devem se despir de seus paradigmas e preconceitos, que podem atrapalhar na mensagem repassada e interferir na solução da questão.

Com relação à conciliação, diferentemente da negociação, as partes apresentam uma situação de disputa de poder. A função do conciliador é facilitar a comunicação e buscar um denominador comum para os pontos incompatíveis, devendo priorizar os pontos fortes e afastar os de menor relevância. Os pontos negativos também devem ser utilizados para demonstrar as desvantagens, na hipótese do problema perdurar. Na conciliação são, pois, trabalhados os conflitos objetivos⁹⁹.

Quando se fala da mediação, retrata-se uma técnica para a solução de conflitos, na qual um terceiro neutro e imparcial, realizará uma investigação, buscando conduzir as partes ao restabelecimento do diálogo, em caráter confidencial e sem apresentar qualquer juízo de valor para o conflito. A função do mediador é organizar a comunicação entre as partes conflitantes, e, assim, poder encontrar uma solução razoável para o problema, sem a interferência do Poder Judiciário ou mesmo de terceiros. Destaca-se que, na mediação, o conflito subjetivo é exposto e investigado.¹⁰⁰

Por fim, quando nenhuma das alternativas acima apresenta um resultado positivo, só resta como solução a arbitragem. É imperioso ressaltar que, nesta modalidade de solução de conflitos, podem-se envolver apenas conflitos que almejem direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, nos quais não pode haver interesse Estatal.

Conforme a doutrina abalizada, a arbitragem privada é um processo consensual, no qual um terceiro neutro reveste-se na condição de árbitro para ouvir os argumentos das partes em litígio, devendo considerar as evidências expostas para, ao final, emitir um juízo de valor e proferir uma decisão final, que possua natureza de coisa julgada e seu cumprimento seja obrigatório, não sendo passível de revisão, salvo se tiver ocorrido erro crasso.¹⁰¹

⁹⁹ SERPA, Maria de Nazareth. Op. Cit. P. 130.

¹⁰⁰ MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Introdução aos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias**. MESC s. 2. ed. Brasília: CACB/SEBRAE/BID, 2004.

¹⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um Comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

Informalmente denominado de processo, a arbitragem não segue um procedimento específico, pois é regida pela Lei nº 9.307/96, consagrada por suas garantias rigorosas e por resolver questões essenciais para a prática de arbitragem no país.¹⁰² De acordo com a própria lei, as partes podem escolher um ou mais árbitros, os quais podem ser especialistas ou não no litígio.

Mesmo a decisão tendo valor de coisa julgada e seu cumprimento devendo ser obrigatório, a arbitragem não deve ser confundida com o Poder Judiciário. Como qualquer outro método de solução de conflito extrajudicial, a arbitragem é uma forma bem menos burocrática, mais rápida e econômica, tendo como fator atrativo o caráter confidencial para as partes, já que não há interesse em divulgar o conflito.

O princípio da autonomia da vontade das partes é o grande norteador da Lei nº 9.307/96, pois possibilita que as partes interessadas em solucionar seus litígios, possam se submeter à convenção de arbitragem ou à cláusula compromissória ou compromisso arbitral (art. 3º e 4º),¹⁰³ posto que a utilização da arbitragem tenta valorizar elementos não-materiais que estão presentes no conflito, possibilitando às partes envolvidas retomar o relacionamento ao fim do litígio.

Como se pode deduzir, a arbitragem é uma das alternativas perfeitas para solucionar litígios de ordem contratual entre franqueadores e franqueados. O fato de ser um procedimento simples, rápido, barato e sigiloso, no qual até o árbitro pode ser escolhido por qualquer das partes, pode ser considerado como fator primeiro para a sua escolha. Aconselha-se que o árbitro tenha conhecimentos técnicos sobre o sistema de franquias, não precisando ser um jurista. Indica-se também que a arbitragem seja realizada por uma câmara arbitral, cujas decisões apresentem um maior respaldo. A disposição arbitral tanto pode ser do tipo jurisdicional, como do tipo transaccional. Os árbitros têm como missão primordial a conciliação, deixando para o último caso a imposição de sua decisão, que terá o mesmo valor, agora com a nova lei, de uma decisão judicial, a qual ocasionará, sempre, um ressentimento do vencido em relação ao vencedor.¹⁰⁴

¹⁰² PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem, Comentários à Lei 9.307/96**, de 23-9-96. São Paulo: LED - Editora de Direito. 1997.

¹⁰³ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.156-157.

¹⁰⁴ ARAÚJO, Letícia Franco de. **A autonomia da vontade e a nova Lei de Arbitragem** Teresina: Jus Navigandi. ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=923>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

Nos contratos de franquia empresarial, vale ressaltar que a cláusula compromissória só terá eficácia plena se o aderente tiver tomado a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente, com sua instituição, por escrito, em anexo específico, ou, em destaque, no corpo do contrato de franquia, devendo ser aposta a assinatura ou visto especialmente para a cláusula arbitral.

Devido à possibilidade do julgamento ocorrer de forma sigilosa, as cláusulas de confidencialidade serão preservadas, ficando os segredos do *Know How* assegurados. Destaca-se que, dificilmente, isso ocorreria com o processo judicial que, pelo fato de ter natureza pública, não resguardariam os segredos, ficando todos, pois, expostos .

Foi pensando em todos esses benefícios que a ABF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING constituiu uma Comissão de Ética, que vem atuando na intermediação para a solução dos conflitos, recebendo amparo pelo Código de Auto-Regulamentação da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING.¹⁰⁵ Frise-se que, mesmo não possuindo uma Câmara Arbitral própria, a ABF não deixou de lutar pela cláusula de compromisso arbitral.

No tocante à solução de conflitos, é do conhecimento de todos que a arbitragem é uma grande aliada do sistema de franquias. O crescimento desse modelo de composição extrajudicial está diretamente ligado à expansão do *franchising* no Brasil.

¹⁰⁵ Disponível em:

<<http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=96&codC=2&origem=servicos>>. Acesso em 13/11/2009

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

4.1 Aspectos gerais da responsabilidade civil

A teoria jurídica da responsabilidade civil se desenvolve a partir da necessidade social de impor ao causador de um dano a obrigação de reparar os prejuízos experimentados pela vítima. Essa obrigação se justifica, juridicamente, em função da violação de um dever pré-existente. Teoricamente, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual, conforme o dever jurídico violado, que gera para o agente a obrigação de reparar o dano, esteja ele previsto na lei ou no contrato.¹⁰⁶

Dessa forma, a responsabilidade contratual é aquela que se origina da inexecução ou descumprimento do que fora entabulado no negócio jurídico bilateral ou unilateral. A ocorrência de adimplemento ou da mora no cumprimento de qualquer obrigação, conseqüentemente, ocasiona o ilícito contratual. Como em qualquer negócio jurídico, o contrato faz surgir uma relação jurídica que ressalta a própria vontade dos contraentes, demonstrando existir uma obrigação mútua entre as partes envolvidas.¹⁰⁷

A responsabilidade contratual se alicerça no dever de resultado, denotando ocorrer uma presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação. Excepcionalmente, permite-se a exclusão da responsabilidade pelos prejuízos alcançados a uma das partes, quando comprovado a existência precisa dos institutos jurídicos da força maior ou caso fortuito.¹⁰⁸

Assim, como o contrato se resume num extenso rol de obrigações, a sua inexecução também terá as mesmas características. Por isso, quando há o inadimplemento de um determinado contrato, não é a obrigação contratual que consubstancia a responsabilidade, haja vista que aquele inadimplemento surgiu de

¹⁰⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. tomo II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 232.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa De Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38.

¹⁰⁸ Idem. p. 39.

uma nova obrigação, ou seja, reparar o prejuízo advindo da inexecução da obrigação anteriormente assumida.

Com relação à franquia empresarial, a responsabilidade contratual do franqueador está ligada ao eventual descumprimento das obrigações por ele assumidas e à violação dos direitos conferidos ao franqueado em decorrência do contrato. Nesse campo, questões relevantes e intrincadas podem surgir, como as que dizem respeito à possibilidade de exercício da atividade concorrente do franqueado após a extinção do contrato de franquia; às hipóteses que ensejam a resilição do contrato e eventual necessidade de pagamento de indenização em razão da extinção, entre outras.

A responsabilidade contratual diz respeito, evidentemente, aos potenciais conflitos entre franqueador e franqueado. Em se tratando da responsabilidade extracontratual, deriva-se de um ilícito extracontratual, isto é, da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, na qual não havia vínculo anterior entre as partes, por não estarem ligadas por um vínculo obrigacional ou contratual.¹⁰⁹

A responsabilidade extracontratual se ampara na inobservância da lei, traduzindo-se numa lesão a um direito, sem que preexista qualquer relação jurídica entre o agente e a vítima. Ocorrendo o fato, o agente deverá reparar o dano que causou à vítima com o descumprimento de preceito legal ou a violação de dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade.¹¹⁰ Por outro lado, caberá à vítima o ônus de provar os prejuízos alcançados. É seu dever provar a culpa exclusiva do agente e, se não conseguir prová-la, infelizmente, não poderá ter direito ao ressarcimento.

No campo da responsabilidade extracontratual, insere-se a questão que é objeto do presente trabalho, qual seja: o dever do franqueador de indenizar os prejuízos eventualmente experimentados pelas pessoas que com ele se relacionam.

Nesse universo, inserem-se três grupos de pessoas que se relacionam e que podem, por ventura, serem colocadas na posição de vítimas: os consumidores dos produtos e serviços franqueados; fornecedores e clientes não consumidores dos franqueados; e quaisquer terceiros que sejam afetados por eventual abuso perpetrado pelo franqueador.

¹⁰⁹ Idem. p. 46.

¹¹⁰ GAGLIANO. Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. 3. ed. rev. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 18.

Antes, porém, de se adentrar na análise da responsabilidade do franqueador em cada uma dessas hipóteses supramencionadas, é necessário que se faça uma breve exposição da responsabilidade civil e sua atual disciplina legal no ordenamento jurídico.

Respaldando o Direito Romano, verifica-se que a responsabilização do agente independia de sua culpa, a qual funcionava como uma reação da vítima contra o aparente dano sofrido. Tal comportamento se aproximava, de forma muito tênue, da ideia de vingança, agindo como se animal fosse. O animal irracional agride quem acha que o está agredindo ou ameaçando, sem analisar as razões que o levaram àquela ofensa, tampouco cogita a possibilidade de pensar se a ameaça efetivamente existiu, ou mesmo, se o evento que o aflinge pode ou não ser considerado injusto.¹¹¹

Com a evolução da sociedade, aboliu-se a ideia de que a responsabilidade era uma espécie de reflexo do dano. Neste momento, foi lançada a ideia de imputabilidade. Este conceito foi incorporado na *Lex Aquilia*, que reclamava a caracterização da culpa do agente para a imputação do dever de indenizar o dano por ele causado.¹¹²

A responsabilidade civil, como regra geral, deixava de prescindir da noção de culpa, passando a exigir a sua efetiva demonstração em concreto, como condição para imputação ao agente do dever de indenizar os danos experimentados pela vítima.

A noção de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código de Napoleão, no qual a responsabilidade civil se fundava na culpa.¹¹³

O desenvolvimento industrial, aliado ao aumento de danos causados, fez surgir novas teorias que, tendenciosamente, objetivaram propiciar uma maior proteção à vítima. Uma dessas correntes foi a teoria do risco. Nestes casos, a responsabilidade seria observada pelo aspecto objetivo, no qual a vítima sempre teria direito a uma reparação. Esta teoria se subdivide em outras.

Em primeiro lugar, pode-se destacar a teoria do “risco-proveito”, na qual todo aquele que lucra com uma determinada atividade ou empreendimento deve reparar

¹¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 04.

¹¹² Idem. p.05.

¹¹³ Idem. p. 05.

os danos que, por ventura, ocorram, ainda que tais danos decorram da prática de um ato lícito. Ao lado da primeira teoria, desenvolveu-se a teoria do “risco criado”, segundo a qual aquele que exerce uma atividade perigosa e expõe terceiros a uma situação de risco deve indenizar os prejuízos verificados em concreto. Inclui-se, também, o chamado “risco profissional”, que reclama o amparo das vítimas de acidentes profissionais. Por fim, o fundamento da responsabilidade objetiva residiria, segundo a “teoria do risco social”, no princípio da solidariedade.¹¹⁴ Todavia, a legislação brasileira preferiu adotar a teoria subjetiva, confirmada pelos artigos 186 e 187 do Código Civil. Para existir dano é necessário que haja culpa. Para a legislação, a configuração de responsabilidade civil está atrelada à ideia de culpa. Sem a prova da culpa, não há como existir a obrigação de reparar.

Mesmo tendo seguido a linha da teoria subjetiva, o próprio Código Civil, aliando-se a outras legislações esparsas, apresentou dispositivos que adotam a responsabilidade objetiva. O parágrafo único do artigo 927 é uma das grandes inovações do Novo Código Civil. Além dele, há o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acidentes de Trabalho e o Código Brasileiro da Aeronáutica.

A previsão de responsabilidade objetiva confere ao Poder Judiciário uma maior abrangência de atuação para o amparo das vítimas de danos. O judiciário deve aplicar esse dispositivo com a prudência que dele se espera e que o caracteriza, sob pena de banalização do instituto. Há que se atentar, antes de tudo, para o fato de que o autor deve exercer a atividade danosa em caráter habitual. A atividade habitual deve ser, por sua própria natureza, uma atividade potencialmente causadora de danos. Há que se levar em consideração ainda, por parte do autor dano, o proveito experimentado e a adoção de todas as cautelas técnicas tendentes a evitá-lo. Por parte da vítima, deve-se perquirir sobre a natureza gratuita ou não da sua participação no evento e se eventualmente comportou-se ou não de maneira culposa. Em suma, a aplicação desse dispositivo depende da consideração de todos os fatores que envolvem o fato em análise, num balanceamento prudente das circunstâncias e da valoração do comportamento das partes envolvidas.¹¹⁵

Pode-se afirmar, neste diapasão, que a legislação civilista se sustenta sob os pilares da responsabilidade civil subjetiva, no entanto, já apresenta traços

¹¹⁴ Idem. p. 08.

¹¹⁵ Idem. p. 46.

evolutivos, no sentido de apresentar leis que denotam o caráter objetivo da responsabilidade e aplicabilidade destas leis, as quais estão diretamente relacionadas às áreas do direito, nas quais a vítima é sempre a parte mais fraca da relação.

4.2 Franqueador e suas responsabilidades perante os terceiros não consumidores

No Direito das Obrigações, a obrigação é comumente conceituada como o vínculo jurídico que permite a uma pessoa exigir determinado comportamento de outra. Trata-se da subordinação da conduta à vontade alheia.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, "obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável".¹¹⁶ Porém, o conceito trazido por Washington de Barros Monteiro se apresenta mais completo na medida em que afirma que:

[...] a obrigação é uma relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio.¹¹⁷

O vínculo é jurídico desde que esteja previsto em norma reconhecida pelo ordenamento jurídico. Portanto, aduz-se que as obrigações podem ser *ex lege* ou *ex contracto*. Via de regra, aquele que celebra um determinado negócio jurídico ou pratica um determinado ato é o único responsável pelo adimplemento das obrigações assumidas e pelas consequências de seu ato. E esta regra justifica-se pela razão de que cada um deve ser responsável pelos seus atos. Entretanto, existem situações em que a própria lei, ou mesmo as partes interessadas estabelecem que outras pessoas poderão ser credoras ou devedoras da obrigação pactuada. Neste caso, verifica-se a responsabilidade solidária.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 2. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 03

¹¹⁷ MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Forense, 2003. p. 04.

O que importa, pois, é a solidariedade passiva, a qual se traduz nas palavras de Pontes de Miranda:

[...] o que faz a solidariedade passiva não é a unidade de dívida e, pois, de crédito, mas sim a comunidade do fim. Nem a causa das obrigações, nem a própria fonte precisa ser a mesma: um dos devedores pode dever em virtude de ato ilícito, outro, por força de lei, e outro por infração de contrato. O que importa é que se haja constituído a relação jurídica única, com a irradiação de pretensão a que correspondem obrigações solidárias.¹¹⁸

Esta idéia corresponde à imputação de responsabilidade pelo cumprimento de uma prestação a mais de uma pessoa, ainda que o negócio tenha sido celebrado em favor de outro ou o ato danoso tenha sido praticado por apenas uma delas. Perfaz-se, assim, a confirmação da responsabilidade daqueles considerados coobrigados pelo negócio jurídico, muito embora não tiveram qualquer participação direta no inadimplemento ou na efetivação do dano.

No Direito Brasileiro, existem diversas situações de obrigações solidárias como, por exemplo, os sócios das sociedades irregulares ou dos signatários de um título de crédito. No entanto, a regra geral não é a da solidariedade. De acordo com o artigo 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.¹¹⁹

Com relação ao Sistema Contratual de Franquia, há situações onde o próprio franqueador contrata com terceiros em seu próprio nome e diante de suas próprias necessidades. Da mesma maneira ocorre com o franqueado, que assume todas as responsabilidades pelos negócios que efetiva. Por se tratar de duas pessoas juridicamente independentes, os terceiros que contratam com o franqueado não têm qualquer relação ou vínculo jurídico com o franqueador, da mesma forma que esta situação também serve para o franqueado.

Desta maneira, depreende-se que o franqueado não responde pelos contratos que, por ventura, o franqueado venha a firmar com terceiros. O franqueado deve responder exclusiva e pessoalmente pelos contratos que firmar e pelos seus atos e de seus prepostos, vale dizer, pois, que o franqueador não é, em princípio, solidariamente responsável pelos atos do franqueado, posto que não há previsão legal expressa nesse sentido.

¹¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. tomo II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 12.

¹¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 149.

Aliás, os contratos de franquia são bastante precisos, pois normalmente dispõem em sentido contrário, destacando a total ausência de responsabilidade do franqueador perante terceiros. Em alguns contratos, existem exigências no sentido de determinar ao franqueado a obrigação de contratar uma garantia, seja ela, seguro ou fiança, que tenha em seu objeto a referida abrangência.

Ressalte-se que, tanto o franqueado como o franqueador, atuam de forma mútua e são regidos por um contrato que tem a natureza jurídica de colaboração. Neste contrato, ambos objetivam resultados econômicos positivos. Mesmo diante desta simetria contratual, na regra geral, o franqueador não responde pelos atos praticados pelo franqueado. A razão dele ser o responsável direto pela rede de franquia não o põe na condição de responsável solidário.

A jurisprudência também já entendeu desta forma, consubstanciando seu entendimento ao afirmar que não há responsabilidade subsidiária ou solidária do franqueador, em relação aos atos praticados pelo franqueado,¹²⁰ devendo-se

¹²⁰ EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – SOLIDÁRIA – FRANQUIA – INEXISTÊNCIA – O princípio de responsabilidade trabalhista – Segundo o qual todo aquele que se beneficia direta ou indiretamente do trabalho empregado deve responder com seu patrimônio pelo adimplemento das obrigações correspondentes – Não se aplica normalmente aos casos de franquia. Isso porque os contratos dessa natureza prevêm apenas a cessão do uso de marcas, métodos de produção, de relacionamento com o mercado etc. E, por vezes, o fornecimento de matéria prima ou de produtos acabados, sem que o franqueador se aproprie direta ou indiretamente do labor dos trabalhadores do franqueado. Somente em casos excepcionais é que tem utilidade, quando a relação entre ambos extrapola esse âmbito, chegando ao ponto de um intervir na gerência e na administração do outro, em situação análoga à do grupo econômico. Nessa hipótese o princípio emerge, podendo ser aplicado em conjunto com o art. 9º da CLT. TRT 15ª Região. – Proc. 30453/02 – (1092/04) – 5ª T. – Rel. Juiz Ricardo Regis Laraia

EMENTA: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – SOLIDÁRIA – FRANQUIA – INEXISTÊNCIA – O princípio de responsabilidade trabalhista – Segundo o qual todo aquele que se beneficia direta ou indiretamente do trabalho empregado deve responder com seu patrimônio pelo adimplemento das obrigações correspondentes – Não se aplica normalmente aos casos de franquia. Isso porque os contratos dessa natureza prevêm apenas a cessão do uso de marcas, métodos de produção, de relacionamento com o mercado etc. E, por vezes, o fornecimento de matéria prima ou de produtos acabados, sem que o franqueador se aproprie direta ou indiretamente do labor dos trabalhadores do franqueado. Somente em casos excepcionais é que tem utilidade, quando a relação entre ambos extrapola esse âmbito, chegando ao ponto de um intervir na gerência e na administração do outro, em situação análoga à do grupo econômico. Nessa hipótese o princípio emerge, podendo ser aplicado em conjunto com o art. 9º da CLT. TRT 15ª Região. – Proc. 30453/02 – (1092/04) – 5ª T. – Rel. Juiz Ricardo Regis Laraia

EMENTA: Contrato de Franquia. Não configurada responsabilidade solidária do franqueador. Não se verifica a responsabilidade solidária do franqueador pelo cumprimento das obrigações da franqueada, primeiro porque a solidariedade somente decorre de lei ou de contrato entre as partes, hipóteses não verificadas no caso em tela, segundo pelo fato de que nos contratos de franquia há duas empresas autônomas e independentes e terceiro porque da própria Lei 8955/94 que dispõe sobre o contrato de franquia verificamos que ao estabelecer na parte final do seu artigo 2º a inexistência de vínculo empregatício entre franqueador e franqueado torna-se inequívoco o seu espírito de traçar uma fronteira marcante entre as duas empresas com uma linha divisória acentuada entre as obrigações assumidas pela franqueada contra terceiros e as obrigações contraídas pela franqueadora que são

destacar que a solidariedade não se presume, isto é, resulta de dispositivo legal ou consta no contrato entabulado entre as partes¹²¹.

Por tudo que foi exposto, conclui-se pela impossibilidade de, no futuro, o franqueador ser envolvido solidariamente em obrigações assumidas pelo franqueado, e vice-versa. E nem se deve, a priori, cogitar da aplicação, em relação à franquia empresarial, da supracitada regra da responsabilidade civil por fato de terceiro, prevista no artigo 932 do Código Civil Brasileiro, notadamente no que se refere à responsabilidade do patrão ou comitente, por atos dos seus empregados e prepostos. Isso se deve ao fato de que a relação de franquia empresarial não se confunde com uma relação empregatícia, muito menos com uma relação de comissão ou representação. Não existe a característica de preposição entre franqueador e franqueado.

A lei nº 8.955/94 afasta expressamente a caracterização de vínculo de emprego entre o franqueador e o franqueado. Nesse sentido, Melitha Prado Funaro reforça que, em razão da regra da não presunção de solidariedade, o franqueador não poderia ser responsabilizado pelos atos do franqueado, haja vista as características do contrato de franquia. A autora ainda destaca que o problema central da responsabilidade civil nos contratos de franchising deve ser fixado na forma e na amplitude das relações obrigacionais impostas pelas partes que, uma vez estabelecidas, servirão de suporte para todo e qualquer tipo de responsabilidade decorrente da inexecução do contrato e da ocorrência de danos a terceiros.¹²²

Sob essa perspectiva, afirma-se que o franqueador não responde pelos prejuízos eventualmente causados a terceiros por atos praticados pelos franqueados, pelo fato singelo de ser franqueador. Excetua-se, porém, os casos em que o franqueado seja um simples preposto do franqueador ou mesmo um terceiro de boa-fé que seja levado a contratar com o franqueado pensando que estava contratando com o franqueador.

totalmente diversas. TRT 2ª Região - RO01 02990258536/1999 – Ac. 20000322550 – 3ª T – Rel. Juiz Marcelo Freire Gonçalves

¹²¹ Op. Cit. P. 150

¹²² FUNARO, Melitha Prado. A responsabilidade civil do franqueador pelos atos praticados pelo franqueado ou empregador deste. In: **Revista do Advogado**. n. 30. p. 19.

4.3 Franqueador e suas responsabilidades perante os consumidores de produtos e serviços franqueados

Como já se verificou no primeiro capítulo deste estudo, a globalização foi a grande responsável pelo avanço tecnológico e pelos aspectos atuais da sociedade, hoje denominada sociedade de consumo de massa. Com o surgimento dessa nova realidade sócio-econômica, observou-se a necessidade premente de uma maior intervenção ou regulação do Estado nas relações de consumo, posto que a vulnerabilidade e hipossuficiência dos consumidores ensejavam medidas mais protetivas.

Em face deste contexto, o ordenamento jurídico pátrio confeccionou normas que protegiam os interesses dos consumidores. A primeira e mais importante norma foi a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXI. Em outra esfera, o legislador infraconstitucional, foi mais além e editou a Lei nº 8.078/90, também denominado de CDC – Código de Defesa do Consumidor.

A missão do Código Consumerista era harmonizar a relação entre consumidor e fornecedores de produtos ou serviços. De imediato, no *caput* do artigo 1º, já se visualizam os objetivos da lei: a proteção efetiva e eficaz do consumidor.

Uma série de princípios e direitos foram estabelecidos no CDC. O código protegia o consumidor desde a fase pré-contratual até a pós-contratual, inibindo a propaganda enganosa e/ou abusiva. Previa a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, em benefício do consumidor, nos casos de abuso de direito. Além disso, edificou a possibilidade de inversão do ônus da prova em juízo, em benefício do consumidor, sempre que fosse verossímil a sua alegação ou quando fosse ele hipossuficiente.

Com relação à seara da responsabilidade civil, acertadamente o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva do fornecedor. No CDC, esta responsabilidade dividiu-se em: Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço e Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço.

Diante da classificação supramencionada, verifica-se que a responsabilidade por vício de produto, traduzida dos artigos 18 ao 25 do Código do Consumidor, remete-se aos vícios de adequação. Com relação aos danos que forem decorrentes dos vícios de segurança, serão tratados do artigo 12 ao 17. Denominados de

defeitos, estes ensejaram a responsabilidade por fato do produto ou do serviço, também chamada de responsabilidade por danos ou por acidentes de consumo.

Os vícios de adequação (artigos 18 a 25), geralmente, apresentam-se na fase inicial do consumo e geram apenas uma desvantagem econômica para o consumidor proporcional à imprestabilidade. Com relação aos vícios de segurança, normalmente, estes são ocultos e só se manifestam depois de algum tempo de utilização do produto ou serviço. Nestes casos, a responsabilidade é bem maior, uma vez que os valores dos possíveis danos experimentados podem ser superiores aos valores de aquisição dos bens.

Cumprе ressaltar que a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, distingue-se da responsabilidade por vício do produto ou do serviço, porque, na primeira, o legislador quis resguardar a integridade físico-psíquica e a segurança do consumidor; enquanto na segunda, o consumidor ficou protegido de possíveis danos ao seu patrimônio. Exemplificando:

Se entro numa loja e compro um par de sapatos ou uma camisa com defeito de numeração, o vício em causa não afeta minha segurança e só pode causar o desconforto decorrente da inadequação do produto. Da mesma sorte, se os serviços de datilografia que contratei se ressentem de vício de qualidade, a minha segurança não está comprometida. Nesta detida hipótese (a supra) o defeito costuma se manifestar na fase inaugural de consumo, isto é, antes da sua utilização ou fruição, e o Código de Defesa do Consumidor dele se ocupa ao disciplinar a responsabilidade por vícios (arts. 18 ao 25).

Por outro lado, se compro uma partida de vacina para imunização de bovinos e sua aplicação provoca morte de todo o meu rebanho, ou se contrato a edificação de um prédio que desaba na primeira chuva, o produto e o serviço em causa, além de defeituosos, são Manifestamente inseguros. Nesta hipótese (b supra) (...) o Código de Defesa do Consumidor dele se ocupa ao disciplinar a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço.¹²³

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor – CDC – disciplina a responsabilidade perante o consumidor por fato ou vício do Produto. Caso o Produto ou o Serviço cause danos aos consumidores, os fabricantes, produtores e prestadores de serviços responderão por eles. Os últimos responderão independentemente de culpa aos danos causados aos consumidores por defeitos na Prestação de Serviços e por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

¹²³GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 176.

Note-se que, no artigo 12, não há qualquer menção da pessoa do comerciante, afinal é ele que estabelece efetivamente uma relação contratual e final com o consumidor. Sabiamente, a responsabilidade do comerciante foi retratada no artigo 13, no qual o comerciante só responderá caso o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não sejam identificados; quando o produto for fornecido sem identificação clara e precisa do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; ou quando não conservar adequadamente seus produtos perecíveis.

No tocante aos chamados vícios de adequação (artigos 18 a 25 do CDC), é resguardado ao consumidor o direito de exigir dos fornecedores, conforme cada caso específico, a substituição das partes que estejam viciadas; a complementação do peso ou medida; a substituição do produto; a reexecução do serviço; o abatimento proporcional do preço ou a restituição imediata da quantia paga, sem prejuízo das perdas e danos.

Destacam-se que as regras da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço, previstas nessa parte da lei consumerista, são destinadas, indistintamente, aos fornecedores. Para Rizzatto Nunes, no CDC, a palavra fornecedor é gênero. Os termos fabricante, produtor, construtor, importador e comerciante são espécies daquele.¹²⁴ Neste caso, não se leva em consideração a distinção feita nos artigos 12 e 13 do CDC, a qual determina separar os comerciantes dos produtores, fabricantes e importadores.

O artigo 34 fecha todas as arestas ao estabelecer a responsabilidade solidária entre o fornecedor de produtos ou serviços e os seus prepostos ou representantes autônomos¹²⁵, juntamente com o artigo 25, § 1º,¹²⁶ estipulando que, havendo mais de um responsável pelos danos, todos responderão solidariamente pela reparação do dano causado ao consumidor. Por meio desses dispositivos, demonstra-se que todo aquele que participar da cadeia de consumo também será responsável pelos prejuízos ou danos que, por ventura, venham a surgir para o consumidor.¹²⁷

Em face dessa conceituação normativa, há o questionamento sobre a responsabilidade do franqueador: na distribuição de produtos ou serviços por meio

¹²⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto . **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 90.

¹²⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. p. 220.

¹²⁶ Idem. p. 280.

¹²⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. p. 173.

do sistema de franquia empresarial, caso ocorram prejuízos aos consumidores, estes devem ser reparados exclusivamente pelo franqueado? Pelo franqueador? Ou a reparação dever ocorrer de forma solidária?

4.3.1 Relações de consumo e a responsabilidade do franqueador

Em momento algum, o Código de Defesa do Consumidor trata especificamente ou faz menção às figuras do franqueado ou do franqueador. Nas espécies de fornecedores, o franqueado não é citado. Neste caso, deve responder por prejuízos ao consumidor?

Em relação ao franqueado, seria inócua a sua referência no Código, posto que sempre responderá na qualidade de comerciante ou de prestador direto de serviço, ou ainda de fabricante (tratando-se de franquia de fabricação), nos termos das regras estatuídas especificamente para esses fornecedores.

Com relação ao franqueador, a inexistência de qualquer referência legal enseja à consequências diretamente relacionadas ao tratamento que se deve dispensar. O contrato de franquia apresenta peculiaridades. Notadamente, uma delas é a independência jurídica existente entre franqueador e franqueado. Por serem pessoas distintas e juridicamente independentes, como já foi exposto, não se cogita a responsabilidade solidária entre ambos, uma vez que esta não se presume, pois para haver a solidariedade deverá sempre existir a previsão expressa em lei ou no contrato.

A grande inovação trazida pelo Código foi a substituição do sistema tradicional da responsabilidade civil, baseada na culpa, pelo sistema da responsabilidade objetiva,¹²⁸ sobre a qual, Domingos Afonso Kriger Filho adverte:

Tendo as sociedades industrializadas modernas a característica de criar produtos e serviços dotados de complexidade tecnológica em constante evolução, não poderia a mesma coadunar com um regime de responsabilidade civil baseado somente na culpa, isto porque, necessitando provar sempre a culpa do responsável pelo evento danoso, raramente o

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini et al P. 179

consumidor teria sucesso na sua pretensão ao ressarcimento dos danos causados pelo fato do produto ou serviço, conforme já salientamos.¹²⁹

Zelmo Denari, em brilhante exposição, distingue os tipos de fornecedores em:

- a) fornecedor real, compreendendo o fabricante, o produtor e o construtor;
- b) fornecedor presumido, assim entendido o importador de produto industrializado ou in natura;
- c) fornecedor aparente, ou seja, aquele que apõe seu nome ou marca no produto final.¹³⁰

Sobre o fornecedor aparente cumpre Denari destacar que:

[...] o fornecedor aparente surge, em nossos tempos, como fruto da modernidade das relações jurídicas, e encontra no instituto das franquias comerciais (franchising) seu campo de atuação. [...] O franqueador, titular da marca e encarregado da supervisão e assistência dos respectivos produtos e serviços, é o fornecedor aparente, responsável pelos seus defeitos intrínsecos e extrínsecos, circunstância esta que não afasta a responsabilidade conjunta e solidária do concessionário franqueado, nos termos do precitado art. 25, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.¹³¹

Inicialmente, cumpre mencionar que pelas próprias características do contrato em análise, quando o consumidor, por exemplo, utiliza-se de serviço ou adquire um produto de determinada franquia, o faz sem ter o conhecimento de se tratar de unidade autônoma e independente, ou seja, de uma pessoa jurídica totalmente diferente. A confiança e a credibilidade passada ao consumidor são realizadas através da marca que o produto ou o serviço ostentam, bem como por uma série de fatores externos e internos que o possibilita optar pelo serviço ou produto daquela unidade franqueada.

Jorge Luiz Braga define plenamente esta situação:

No sistema de franchising, elemento fundamental é a notoriedade da marca, relacionada ao produto ou serviços oferecidos, e a formatação. Estas devem ser levadas a ponto tal que o consumidor passe a acreditar que esteja se utilizando de uma loja própria, da cadeia de sua preferência, e

¹²⁹ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **A Responsabilidade Civil e Penal no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 69.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. p. 181.

¹³¹ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. p. 182.

jamais que se trata de uma unidade autônoma e independente. Esta credibilidade é fator substancial para que o consumo, neste ponto-de-venda, seja levado a efeito. Não há, a nosso ver, como afastar do consumidor, eventualmente lesado, o direito à mais ampla garantia de reparação do dano sofrido. Esta poderá ser solicitada tanto ao franqueado como ao franqueador, mesmo porque, se torna patente neste caso o nexo de causalidade, que consiste nos elementos já mencionados (marca ostentada, formatação, know-how utilizado, métodos-sistemas, etc.), que visam tão-só que o consumo no ponto explorado pela unidade franqueada seja satisfatório e dentro dos conceitos prévios do franqueador.¹³²

Constata-se que existem franquias nas quais o franqueador não apenas indica o fabricante ou supervisiona a produção dos produtos que serão colocados no mercado pelo franqueado, como também, produz e vende para o franqueado, para este posteriormente revender. Nestes casos, fica bastante evidente que o franqueador assume toda e qualquer responsabilidade perante os consumidores, na qualidade de fabricante ou produtor. No entanto, a questão ganha maior complexidade quando se depara com as franquias de serviços, de fabricação ou de distribuição, nas quais o franqueador tem o papel, apenas, de selecionar os fornecedores dos produtos que serão comercializados pelo franqueado.

Os tribunais pouco se manifestam acerca desta questão. Com relação à doutrina, a situação não é diferente. O nível de gerenciamento do franqueador sobre a unidade franqueada interfere diretamente na liberdade e na criatividade, as quais não têm espaço nesta espécie contratual. Para Jorge Lobo, o franqueador exerce verdadeiro controle externo sobre o franqueado.¹³³

Constata-se, dessa forma, que há um nexo causal entre a atividade do franqueador e o evento lesivo. Comprovada a referida relação, é efetivada a obrigação de indenizar. Observa-se, pois, que em todo contrato de franquia há um controle muito grande do franqueador sobre as atividades do franqueado.

Convergindo na mesma ideia, Rui Stoco afirma, categoricamente, a existência de responsabilidade objetiva do franqueados perante os consumidores, tendo em vista o disposto nos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor:

A responsabilidade de ambos em face do consumidor final é objetiva, nos termos dos arts. 12 a 14 do CDC, obedecendo-se, pois, as regras gerais e básicas ali esculpidas, sendo, assim, despicienda para o consumidor e para a defesa de seus direitos a circunstância de o fabricante, produtor,

¹³² BRAGA, Jorge Luis. **Responsabilidade solidária do franqueador**. São Paulo: Revista Consulex, n. 28, 1999. p. 37.

¹³³ LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. São Paulo: Forense, 1997. p. 50.

construtor, importador, comerciante ou prestador de serviços caracterizarem-se como franqueador ou franqueado.¹³⁴

Por outro lado, analisando-se a legislação aplicável à matéria, que enseja a responsabilização do franqueador pelos danos ocasionados aos consumidores, o artigo 942 do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade solidária, permitindo o acionamento do franqueador caso tenha concorrido para o evento lesivo junto com o franqueado.

Indo de encontro com tal afirmação, Adalberto Simão Filho expressa que a responsabilidade do franqueador é essencialmente subjetiva. Suas afirmativas se amparam nos artigos 186 e 942 do Código Civil. As características exteriores da franquia — cessão da marca e a formatação do negócio realizado de modo a levar o consumidor a acreditar que está negociando com o próprio franqueador — justificariam o nexo de causalidade necessário para a imputação da responsabilidade ao concedente. No entanto, a efetiva responsabilização do franqueador dependeria da demonstração da culpa no caso concreto, a qual, segundo o referido autor, deveria ser “minuciosamente investigada pelo Poder Judiciário para análise de seu grau de solidariedade no ressarcimento”.¹³⁵ Contudo, não há previsão legal expressa determinando que, no contrato de franchising, franqueador e franqueado sejam responsáveis solidariamente.

O artigo 942 do Código Civil dispõe sobre a responsabilidade solidária, permitindo o acionamento do franqueador, caso tenha concorrido para o evento lesivo junto com o franqueado. Porém, o artigo 265, do mesmo diploma civil, aduz que “a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes”.

Por isso, na falta de norma expressa, por interpretação analógica, deve-se estender ao sistema de franquia o disposto nos artigos 25, § 1º e 34 do Código de Defesa do Consumidor, concordando-se apenas em parte quanto à teoria exposta por Jorge Lobo,¹³⁶ por meio da qual a responsabilidade do franqueador não está amparada apenas na solidariedade prevista no artigo 34 do CDC, já que se trata, também, da representação e preposição e é dirigida àqueles que praticam todos os atos em nome e por conta alheia, o que difere do caso do franqueado, que pratica os atos em nome próprio, assumindo os riscos de sua atividade.

¹³⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 450.

¹³⁵ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Op. Cit.*, p. 133.

¹³⁶ LOBO, Jorge. *Op. Cit.*, p. 42.

Entende-se, assim, que a responsabilidade do franqueador está diretamente relacionada à teoria da aparência do fornecimento, a qual encontra respaldo no próprio sistema legal.

A interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal, por sua vez, erige a proteção ao consumidor como um dos pilares da ordem econômica e o Código de Defesa do Consumidor, em vários dispositivos, demonstra a responsabilidade de todos aqueles que participam da cadeia de fornecimento do produto ou serviço.

Não há, portanto, como não considerar o franqueador que licencia sua marca ao franqueado, parte integrante do ciclo produtivo-distributivo do produto ou serviço, para fins de imputação de responsabilidade, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, já que, na condição de fornecedor aparente, ele responde sempre perante os consumidores do franqueado, independentemente de culpa, nos termos dos artigos 3º, 7º, parágrafo único, 12, 18 e 25, § 1º, e 30, todos da lei consumerista.

5 A RESPONSABILIDADE DO FRANQUEADOR POR ABUSO DE PODER

5.1 Conceituações de poder

A conceituação de poder sempre se mostrou bastante diversificada no âmbito acadêmico, servindo de base para diversas áreas das ciências sociais, como a filosofia, a história, a sociologia, a política e o direito.

Analisando a diversidade dos conceitos, pode-se verificar que todas as tentativas de delinear o que é poder estão relacionadas aos objetivos que cada uma das ciências acredita. Na sua grande maioria, o poder pode ser compreendido como o exercício de um determinado agente capaz de impor sua vontade em detrimento de outrem, independente de sua anuência. Essa noção de poder está diretamente relacionada ao princípio da liberdade, ou melhor, da restrição da liberdade individual, por meio da qual um indivíduo exerce a dominação sobre o outro.

Para Max Weber, o conceito de poder significa toda probabilidade de impor a vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade¹³⁷. Melhor fundamentando, seria, pois, a probabilidade de uma ordem contendo um determinado conteúdo específico seguida por um grupo de pessoas.

Ao analisar a noção de poder, deve-se atentar para os estudos realizados por Norberto Bobbio. O filósofo italiano retrata de forma elucidativa e assevera que não existe teoria política nem conformação do Estado que não tenham seu termo inicial, direta ou indiretamente, a partir de uma definição de poder.¹³⁸

De acordo com Bobbio, existem três formas de poder: o primeiro é o poder econômico, que é um dos atores do atual cenário de globalização onde a sociedade se encontra; o segundo é o poder ideológico, exercido, na grande maioria das vezes, pelos meios de comunicação de massa, como TV, rádio e agora a internet; e, por fim, o poder político, que é a forma mais completa e complexa de poder, na qual há

¹³⁷ WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Ed.Cultrix, 2000. p. 33.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto, **Dicionário de Política**. 13. ed. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

a possibilidade e a capacidade de se recorrer à força física e aos atos de violência para ser executada e implantada.¹³⁹

As formas de poder são engenharias sociais que, segundo as teorias modernas, influenciam diretamente as relações humanas e a concepção do que seria o poder. Assim, este pode ser analisado como uma relação entre indivíduos, de forma que um influencia o comportamento do outro, com o objetivo de angariar algum tipo de vantagem, seja ela econômica ou não. Desta maneira, essas relações são influenciadas pelo Estado, pela cultura, pelos costumes, pelas instituições, enfim, por todas as forças sociais existentes naquele determinado grupo social.

Sob outra vertente, com relação aos contratos de franquia, visualiza-se uma nítida relação de subordinação do franqueado perante o franqueador, o que faz surgir a seguinte indagação: a problemática está relacionada ao fato desta dependência ser juridicamente legítima ou ela pode caracterizar um ato ilícito?

No sistema de franquias, o franqueador é o principal condutor das atividades, exercendo o poder de controlar boa parte das atividades dos franqueados e, dependendo do tipo de negócio ou do tamanho da rede, é capaz de exercer uma influência direta no mercado em que atua. Nesse contexto, pode o franqueador praticar atos que gerem danos ao próprio franqueado e/ou terceiros.

5.2 Ações de controle e o abuso de poder

A união de empresas pode ocorrer através dos acordos de cooperação ou colaboração ou por meio de acordos de concentração. No primeiro caso, as sociedades envolvidas procuram manter seu patrimônio e personalidade próprios, por razões de ordem mercadológica, técnica, fiscal ou financeira.¹⁴⁰ Com relação aos acordos de concentração, estes resultam de uma convenção na qual duas ou mais empresas concordam em se sujeitar a um comando único que determinará todas as

¹³⁹ BOBBIO, Norberto, **Dicionário de Política**. 13. ed. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 221.

¹⁴⁰ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3098>>. Acesso em: 2 ago. 2009.

orientações e políticas comerciais das sociedades envolvidas, bem como controlará todo o patrimônio comum. Neste sentido:

Não obstante, o termo concentração geralmente vem empregado no campo do antitruste para identificar as situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia (o que ocorre em operações de fusão, incorporação etc), ou constituem uma nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle será compartilhado. Pode, ainda, haver concentração quando uma empresa adquire ativos ou parcela do patrimônio de outra. Nas palavras de Nuno T.P. Carvalho: Concentração de empresas é todo o ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não) seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial.¹⁴¹

Os acordos de concentração podem apresentar características de participação isonômica ou ser uma relação de dominação. No primeiro caso, a subordinação é recíproca, ou seja, é realizada através de um controle comum escolhido paritariamente, que pode ser por meio da constituição de nova sociedade com participações idênticas. No segundo caso, a sujeição ocorre entre a sociedade dominante e a sociedade dominada.

No tocante às franquias, estas não podem ser inseridas no contexto dos acordos de concentração, mas, sim, nos acordos de colaboração. Por isso, o *franchising* deve ser incluído no rol dos chamados “acordos de cooperação”, nos quais se caracterizam a relação de verticalidade.

Da mesma forma que não se pode falar em concentração de empresas no sistema de franquia, não há como se discutir o controle interno do franqueador sobre o franqueado. O controle interno, de acordo com a Lei nº 6.404/76, pressupõe a titularidade de participação societária e o exercício efetivo do poder de controlar os destinos da sociedade¹⁴². No entanto, no dia a dia dos negócios, não existe apenas

¹⁴¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹⁴² Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

o controle interno. Como se pode constatar, há também o controle externo, o qual pode ser entendido como o controle social exercido por instrumentos diferentes do exercício do direito de voto.

A identificação do controlador externo, em concreto, deve ser analisada a partir da influência que é exercida sobre a sociedade controlada. Para que fique caracterizado o controle de fato, de acordo com Guilherme Döring Cunha Pereira, é relevante que a influência seja de ordem econômica; estenda-se a toda atividade desenvolvida pela empresa controlada; trate-se de um estado de subordinação permanente ou pelo menos duradouro; e, sobretudo, impossibilite para a controlada a subtração de tal influência, sem séria ameaça de sofrer grave prejuízo econômico.¹⁴³

No sistema de franquia empresarial, em face das características expostas, é possível identificar a presença de todos esses requisitos, de tal forma que se depreenda que o franqueador também desempenha um papel de controlador externo dos negócios do franqueado. Desta maneira, o franqueado, quando assina o contrato de franquia, assume o dever de acatar e cumprir todas as orientações do franqueador, com o fito de ver atingidas as vantagens econômicas pretendidas.

Logo, a influência do franqueador se estende ao objeto principal da atividade. Caso o franqueado não cumpra as orientações repassadas pelo franqueador, aquele que tem o risco perde os direitos de utilização da franquia, bem como pode ser responsabilizado por perdas e danos.

Jorge Lobo enfatiza que o fenômeno do controle externo ocorre no sistema de franquias, na qual há uma forte relação de dependência do franqueado para o franqueador:

Se é possível falar-se quando se trata de contrato de concessão de venda com exclusividade, em 'grupo econômico de subordinação externa', com muito mais razão quando se cuida do franchising, em que o franqueador, além de ceder o uso da marca do seu produto e o know-how dos serviços de organização e método de vendas, cede, também, o projeto para construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria etc. (engineering), treina o pessoal do franqueado e monta a sua organização contábil e administrativa (management) e faz acurado estudo do mercado em potencial, publicidade, vendas promocionais e lançamento de produtos (marketing), permanentemente orientado e fiscalizando as atividades do franqueado, que não atua senão em conformidade com as

¹⁴³ PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação do poder de controle acionário**. São Paulo. Saraiva, 1995. p. 14

ordens do franqueador, a quem deve rigorosa obediência, sob pena de infringir o contrato que celebrou e que o obriga a observar e cumprir as instruções do franqueador sobre a produção, comercialização, administração e marketing.

Ora, se o franqueador cede, e efetivamente cede, (i) técnicas industriais ou métodos, expostos em 'manuais de operações', (2) a marca e o logotipo, (3) o seu know-how e know-why, (iv) na franquia de industrialização, o projeto de engenharia básica, (v) assessoria técnica e de treinamento contínuo (jurídico, fiscal, tributária, financeira, de engenharia, pesquisa de localização do ponto de venda, marketing, informática), além de prestar serviços de supervisão nas operações de comercialização e administração geral do franqueado, parece que ele, franqueador, externamente exerce, de fato, o poder de controle sobre o franqueado.¹⁴⁴

De certo, destaca-se que no arcabouço jurídico não há conceituação, nem tampouco menção à responsabilidade do controlador externo. Todavia, isso não permite pensar que o controlador externo nunca será responsabilizado pelas suas ações. Segundo a mais respeitada doutrina, ao controlador externo é atribuído o *status* jurídico especial, no qual lhe são atribuídos deveres e responsabilidades específicas.¹⁴⁵

Desta maneira, observa-se que o franqueador atua de forma expressiva como controlador externo das atividades do franqueado, devendo responder por todas as ações inerentes ao referido controle, como também por eventuais abusos do poder de controle, analogicamente estabelecidos, nos termos dos artigos 116 e 117 da Lei nº 6.404/76.¹⁴⁶

Ressalte-se, ainda, que o controle externo não pode ser caracterizado quando ocorrerem situações isoladas ou de curta duração no tempo. Da mesma forma, a submissão da controlada também não caracteriza um ato ilícito ou injusto. A opção de seguir as exigências do controlador externo não é em si ilegítima ou ilegal, nem pode ser analisada a partir de uma atitude isolada. A ilegalidade só se confirmará, pois, caso o abuso seja efetivamente comprovado.

Uma conduta, que a princípio seria legítima, dependendo do contexto em que se insere, pode ser considerada abusiva e merecedora de sanções jurídicas. A noção de abuso de direito está, diretamente, articulada às situações, nas quais o ato jurídico é manejado para oprimir os interesses de terceiros. Contudo, não é qualquer interferência no patrimônio jurídico de terceiros que pode ser considerada ilícita ou abusiva. A fórmula para se conseguir distinguir o exercício regular do direito do

¹⁴⁴ LOBO, Jorge. Op. Cit. p 49.

¹⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**. São Paulo. Saraiva. 1995. p. 182.

¹⁴⁶ LOBO, Jorge. Op. Cit. p 51.

excesso punível, encontra-se no elemento volitivo do agente. Assim, segundo Caio Mário Da Silva Pereira, constata-se:

[...] que o sujeito, que tem poder de realizar o seu direito, deve ser contido dentro de uma limitação ética, a qual consiste em coibir todo o exercício que tenha por finalidade exclusiva causar mal a outrem.¹⁴⁷

Neste mesmo diapasão, ensina Modesto Carvalhosa:

[...] dar-se-ia quando alguém, no exercício ou no uso de seus direitos subjetivos, desvirtue, sem um motivo legítimo ou com inobservância do princípio de boa-fé, a finalidade econômica ou social do instituto jurídico de que deriva o seu direito.¹⁴⁸

O artigo 187 do Novo Código Civil Brasileiro¹⁴⁹ reflete a evolução doutrinária do instituto, identificando o exercício irregular do direito não só nas situações em que se busca intencionalmente prejudicar terceiros, mas também naquelas em que o agente se distancia do fim social ou econômico da regra jurídica que lhe confere a faculdade exercida abusivamente.

No âmbito das sociedades anônimas, o desvio de finalidade que caracteriza o abuso do poder de controle vislumbra-se, segundo Modesto Carvalhosa, nas hipóteses em que o controlador colocar os seus interesses pessoais e egoísticos à frente do interesse social na acumulação de patrimônio e na prosperidade da empresa:

[...] entende-se configurado (o abuso) quando o agente não exerce com moderação a prerrogativa que lhe é legalmente atribuída, fazendo-o contrariamente ao interesse de terceiros e com o objetivo de causar-lhes danos, seja cerceando-lhes o exercício de seus direitos, seja visando a alcançar, com o abuso, enriquecimento ilícito ou vantagem sem justa causa.(...)

O abuso de poder de controle resulta na causa ilegítima de decisões tomadas com a única finalidade de prejudicar uma categoria de acionistas ou para satisfazer os interesses exclusivamente pessoais de alguns deles. Nessa hipótese, o controle é desviado de suas finalidades legítimas que são de assegurar a acumulação do patrimônio social e a prosperidade da empresa. Em consequência, o abuso de poder de controle, que engloba as

¹⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 2. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 430.

¹⁴⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades por Ações**. São Paulo. Saraiva, 1977. p. 134.

¹⁴⁹ 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

duas outras categorias, caracteriza-se pela prática de uma infração no exercício da prerrogativa legal de controle¹⁵⁰.

Transpondo-se esse conceito para a franquia empresarial e aplicando-o por analogia, os artigos 116 e 117 da Lei das Sociedades Anônimas aduzem que é possível afirmar que existirá responsabilidade do franqueador, por abuso do poder de controle, sempre que este impuser regras de conduta aos franqueados e estas não forem justificáveis. Sendo medidas que ameacem a manutenção do equilíbrio, a padronização e desenvolvimento da rede de franquia e somente tragam benefícios exclusivos, o franqueador deverá arcar com possíveis prejuízos sofridos pelos franqueados, seus empregados ou terceiros envolvidos.

5.3 Abuso de poder econômico nas relações entre o franqueador e o franqueado

Os sistemas jurídicos construídos no ambiente econômico competitivo apresentam mecanismos que buscam uma maior proteção ao regime concorrencial.

Denomina-se o primeiro mecanismo como a defesa dos concorrentes, o qual está relacionado às regras que visam coibir a concorrência desleal. Estas regras possibilitam ao agente econômico o direito subjetivo particular de impedir que seus concorrentes se comportem em desconformidade com as práticas estabelecidas pelo mercado. Destaque-se esta conduta contrária seja em lei ou não. Todavia, passíveis do dever de indenização, os atos de concorrência desleal não serão objeto deste estudo, haja vista, a sua caracterização estar ligada à prática de atos tipificados como crime ou aos meios fraudulentos que por ventura sejam empregados pelo empresário para desviar clientela, e, não, às características básicas do sistema de franquia.¹⁵¹

O segundo mecanismo, tendente a preservar a concorrência saudável, diz respeito à repressão ao abuso do poder econômico, tendo como finalidade a

¹⁵⁰ CARVALHOSA, op. cit., p. 134-135.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Gesner ; RODAS, João Grandino . **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 24.

proteção do mercado como um todo. São as regras do direito antitruste ou de defesa da concorrência.

No *franchising*, os instrumentos contratuais que regulamentam esta modalidade de relação podem modificar as condições de concorrência nos mercados, nos quais os franqueadores e franqueados atuam. Estas ações podem ser passíveis de análise pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, devendo, todavia, existir atenção para que não seja considerada anticoncorrencial uma prática que, em verdade, poderia ter efeitos pró-competitivos.

Deve-se destacar, ainda, que o direito concorrencial tem por escopo a defesa das relações de mercado de forma ampla, buscando não apenas proteger os agentes econômicos, mas, sobretudo, preservar o mercado ao modo de produção capitalista, ou seja, o bem jurídico sob tutela, que é o mercado e não os interesses particulares¹⁵².

Vale ressaltar que o direito antitruste tem como finalidade precípua a imediata proteção do mercado competitivo, gerando, reflexos e benefícios para empresários, consumidores e trabalhadores isoladamente considerados. As regras antitrustes não buscam assegurar aquilo que a ciência econômica chama de concorrência perfeita, na qual o consumidor é soberano. Nesse caso, consoante adverte José Inácio Gonzaga Franceschini¹⁵³, prevaleceria o princípio do *laissez-faire*, sendo absolutamente desnecessária a intervenção estatal.

A análise das regras de defesa antitruste é o cerne deste trabalho acadêmico, frente às características do sistema de franquia, que estão assentadas numa autorização de uso de marca e na distribuição. Aduz-se, ainda, que os contratos de franquia estabelecem a área de atuação do franqueado, sugerem os preços de revenda dos produtos e serviços franqueados e obrigam a aquisição de determinados insumos produzidos ou indicados pelo franqueador. Tais mecanismos têm o objetivo de manter e fidelizar a clientela do franqueador. Todavia, todas as medidas supramencionadas têm um custo. Elas podem representar uma enorme restrição da concorrência no mercado dos bens franqueados.

Caso esses mecanismos típicos da franquia configurem uma situação de ameaça ao direito antitruste, o franqueador será responsabilizado pelas condutas

¹⁵² FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito de Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996, p.75.

¹⁵³ Idem. 76.

anticoncorrenciais e deverá indenizar os prejuízos experimentados não só pelos franqueados, mas por qualquer terceiro envolvido.

O estudo das relações econômicas em comento, conforme a sua estrutura de incentivos, é de grande valia para esclarecer a racionalidade que permeia os agentes econômicos envolvidos no tipo de questão analisada na presente pesquisa, sendo imperioso verificar se há a ocorrência de infração concorrencial ou não.

Numa cadeia produtiva ou de distribuição de produtos, os atores econômicos relacionam-se de forma vertical, fundamentalmente como compradores e vendedores, até o produto chegar ao destinatário final.

No sistema de franquia, a figura do franqueador impõe a contratação de fornecedores de produtos ou matérias primas aos franqueados. Em contrapartida, estes usam e exploram a marca do franqueador, pagando-lhe valores a título de contraprestação pela atividade. Assim, pode-se considerar que ambos estão engajados no objetivo de vender produtos ao consumidor, em uma disposição vertical.

Nas relações de verticalidade, cada um dos atores econômicos envolvidos na cadeia produtiva busca estabelecer sua margem de receita, através dos custos diretos de produção ou distribuição. Pode-se dizer, portanto, que as empresas procuram estabelecer uma margem que lhes permita cobrir os custos, bem como a parcela de lucro que desejem obter.

Nas negociações existentes entre os atores da relação vertical, considera-se que a margem ficará com aquele agente com maior poder de barganha. Em regra geral, quanto maior o porte econômico, maiores são as opções de negociação com outros agentes. Todavia, caso um ator econômico detenha maior poder de barganha para exercer esse poder e obter uma margem maior em relação à de outro na cadeia de produção ou distribuição, não significa necessariamente um prejuízo ao mercado. Ao contrário, pode retratar uma situação regular e corriqueira.

Para a existência de dano ao mercado, uma ação, sob qualquer forma manifestada, deve causar efeitos líquidos negativos ao bem-estar social. De acordo com Luis Fernando Schuartz, na ótica econômica do atual regramento jurídico de defesa da concorrência, os diversos efeitos dos incisos do artigo 20 da Lei 8.884/94, nada mais seriam do que as instâncias de um tipo genérico de infração, definido,

então, como a produção efetiva ou potencial de efeito líquido negativo sobre o bem-estar social¹⁵⁴.

O autor ainda explana, de forma pontual, a conceituação do “efeito líquido positivo” da seguinte forma:

[...] uma determinada configuração econômica (ou mudança entre duas configurações) é eficiente se e somente os ganhos dos agentes econômicos beneficiados por essa configuração (ou por essa mudança) são suficientes para compensar as perdas dos agentes econômicos prejudicados pela mesma, isto é, se e se somente o valor total desses ganhos é maior ou igual ao valor total dessas perdas. Posto dessa maneira, o conceito de eficiência (aqui denominada de eficiência econômica, alocativa ou “potencial de Pareto”) irá servir como instrumento de mediação entre a idéia normativa de bem-estar social— agora despida das habituais conotações ético-políticas — e sua operacionalização sob forma de uma aplicação tecnicamente controlável da legislação antitruste.

Caracteriza-se como um ato que produz efeito líquido negativo para o bem-estar social, aquele que provoca uma redução drástica de consumo, face à diminuição da utilidade do produto para uma parcela dos consumidores em razão de um aumento significativo e não transitório dos preços deste. Soma-se a isto o custo de oportunidade incorrido pelos consumidores que continuam adquirindo o produto, mas deixam de consumi-lo ou reduzem o consumo de outros produtos por tal razão. Trata-se do chamado “peso morto”, assim definido por Calixto Salomão Filho:

O *dead weight loss* (peso morto) é formado exclusivamente pela perda social consistente no montante de recursos que não fica com os consumidores nem é transferido à empresa monopolista, sendo apenas desperdiçado.¹⁵⁵

Desta forma, pode-se destacar que possíveis desavenças entre os atores de uma relação vertical só causarão preocupações ao direito concorrencial quando estiverem aptas a produzir uma situação de escassez artificial no mercado de produtos, com aumento significativo e não transitório de preços, como se observará adiante.

¹⁵⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes. In POSSAS, Mario Luiz [et. al.], **Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência**, São Paulo: Singular, 2002. p. 98.

¹⁵⁵ SALOMAO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 125.

Portanto, para uma melhor análise da questão abordada no presente trabalho, é necessária a racionalidade econômica dos atores que interagem na relação vertical.

Via de regra, o franqueador sempre estará no topo da cadeia produtiva, uma vez que a política de pulverização de franqueados que comercializem seus produtos, ocasionará uma maior concorrência na distribuição, o que forçará uma compressão da margem destes e uma maior apropriação da margem de lucro pelo franqueador.

Como exceção, existe a hipótese do franqueador trabalhar com uma cadeia menos pulverizada, que acontecerá quando existir uma maior necessidade na distribuição devido à concorrência enfrentada por ele, que seria feita com poucos e grandes distribuidores; ou mesmo, pela sua vontade de facilitar o monitoramento dos preços dos produtos vendidos ao consumidor pelos franqueados.

A situação relatada no último ponto pode ocorrer por uma necessidade de manutenção da reputação dos produtos e da marca, como, também, pela intenção de controlar todos os preços, fixando as margens da distribuição, enfraquecendo ou eliminando a concorrência interna, ou, mesmo, garantindo a efetivação de acordos de preços firmados entre concorrentes franqueadores.

Assim, existindo concorrência entre franqueadores, não se pode falar da ocorrência de prejuízos ao mercado com as restrições verticais mencionadas. Neste diapasão, a situação acima, é a única em si que pode ser prejudicial ao mercado, pois pressupõe uma atitude anticoncorrencial entre agentes no mercado de produtos.

Pode-se afirmar, ainda, que, mesmo existindo interesse do franqueador em reduzir a concorrência interna da marca na distribuição e, com isso, majorar sua margem de lucros e não reduzir os preços ao consumidor, se não há possibilidade de dominação do mercado de produtos, não se deve falar em criação de efeitos líquidos negativos ao bem-estar, tratando-se eventuais desavenças entre franqueador e franqueado – sendo situações inerentes às relações privadas.

Frente ao exposto, conclui-se que, no sistema de franquias, sempre existirá uma tensão entre o franqueador e o franqueado, posto que o nível competitivo e de qualidade que aumenta a margem de lucros para o franqueado, situa-se abaixo das expectativas do franqueador. Por isso, ocorre a prática do franqueador atuar também no mercado com suas lojas próprias.

Pode-se afirmar que a intenção do franqueador gira em torno da promoção maior da concorrência entre as lojas, o que faz os franqueados seguirem um comportamento competitivo e mais acirrado em detrimento das lojas de propriedade do franqueador. Com isso, o franqueador espera manter ou aumentar a qualidade dos produtos e serviços e a reputação da marca a um nível mais próximo do que deseja.

Ao pretender que seus franqueados tentem seguir o padrão competitivo das lojas próprias, ademais, o franqueador pode estar procurando obter um melhor desempenho competitivo médio de sua rede, podendo, pois, reduzir seus preços ao consumidor, aumentando sua participação de mercado, promovendo, desta forma, a expansão da rede e se apropriando de maior parte das margens de lucro.

Conforme o exposto, eventual intenção do franqueador de, com isso, provocar a eliminação de marcas concorrentes, sejam elas internas ou externas, não terá como consubstanciar ilícito antitruste caso o mercado seja competitivo, visto que é natural do livre mercado a intenção das empresas vencerem a batalha da concorrência e auferirem os maiores lucros possíveis.

No Brasil, a regulamentação jurídica da atividade econômica está prevista no artigo 170 da Constituição Federal, que estabelece o primado da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano, com intuito de atingir a desejada justiça social, observados os princípios da livre concorrência, da proteção ao consumidor e ao meio ambiente, bem como da função social da propriedade privada.

A preocupação do constituinte com a preservação da livre concorrência manifesta-se, sobretudo, no comando do artigo 173, parágrafo 4º, quando prevê a repressão ao abuso do poder econômico¹⁵⁶.

Vale ressaltar que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que protege o poder econômico como um bem jurídico apropriável, não condena aquele que o detém e o exerce de maneira legítima. O que é merecedor de reprimenda, à luz do texto constitucional, é apenas o exercício abusivo do poder econômico. Note-se, ainda, que o texto constitucional estabelece uma presunção de que o prejuízo ao livre mercado só poderá advir de quem detém poder econômico e quando a sua conduta tenda a um dos seguintes efeitos: à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

¹⁵⁶ Art. 173. (...). § 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.

A esse respeito, Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁵⁷, assinala as seguintes considerações:

[...] a noção de poder econômico assinala, de um lado, um fenômeno da realidade, objeto de limitações jurídicas, mas também uma situação jurídica de tolerância, base para a configuração de um direito de concorrer. Em si, o poder econômico não é ainda um direito subjetivo, mas uma situação admitida ou permitida negativamente, isto é, permitida na medida em que não é proibida (mas não permitida positivamente, isto é, autorizada por normas permissivas expressas). Na medida em que é permitido negativamente (situação jurídica de tolerância), o poder econômico goza de uma certa legitimidade a contrario sensu, isto é, não pode ser limitado pelo Poder Público salvo se abusivo. Ou seja, quando desta tolerância indiretamente legitimadora se abusa, constitui-se infração contra a Ordem Económica concorrencial, por uma desvio no exercício do direito de concorrer do qual o poder econômico é base jurídica e de fato.

Com base neste dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.884/98, que tem por objetivo a prevenção e a repressão às possíveis infrações contra a ordem econômica, a partir da preservação da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão do abuso do poder econômico¹⁵⁸

De acordo com o artigo 20 da lei antitruste brasileira, considera-se infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos que, de maneira efetiva ou potencial, tenham o condão de produzir os seguintes efeitos: limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros e exercer, de forma abusiva, posição dominante.¹⁵⁹

Na sistemática da lei em foco, a infração à ordem econômica apresenta-se basicamente sob duas perspectivas: acordos entre empresários e atos unilaterais. A primeira forma é chamada colusão, que, por sua vez, subdivide-se em três espécies: horizontal, quando o acordo envolve empresários de um mesmo estágio de

¹⁵⁷ FERRAZ JUNIOR, T. S. **Da abusividade do poder econômico**. Revista de Direito Econômico, Brasília, DF, p. 23-30, 1995.

¹⁵⁸ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

¹⁵⁹ Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros;
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

produção e circulação econômica; vertical, quando envolve empresários de estágios de produção diferentes e, por fim, de concentração, quando as empresas passam a se submeter a uma mesma direção com ou sem perda de personalidade jurídica.¹⁶⁰

No artigo 21 da supracitada lei, são relacionadas algumas hipóteses que podem constituir infração contra a ordem econômica, a exemplificar: prática de preços concertados (inciso I), acordos para controle de pesquisa (inciso X), discriminação nas condições operacionais de venda (inciso XII), rompimento de fornecimento por não aceitação de cláusulas abusivas (inciso XIV), abusos perpetrados a partir de propriedade industrial (inciso XVII), venda abaixo do preço de custo (inciso XVIII), vinculação de vendas (inciso XXIII) e imposição de preços excessivos (inciso XXIV).

Insta mencionar, ainda, que o rol do artigo 21 é meramente exemplificativo. Por outro lado, as condutas nele previstas, uma vez praticadas, não caracterizam automaticamente ofensa à ordem econômica. Para que seja configurada uma infração, é necessário que as ações do empresário tenham por consequências um dos efeitos do artigo 20 da respectiva lei. A matriz constitucional dessa regra legal, conforme bem adverte Tércio Sampaio Ferraz Junior, repele a ideia de infração, uma vez que pressupõe o exercício abusivo de poder econômico¹⁶¹.

Portanto, conforme o texto constitucional, o poder econômico encerra uma situação jurídica de tolerância, que se justifica por ser em decorrência da liberdade de iniciativa, e, nessa medida base do direito, de atuar no mercado e, conseqüentemente, de concorrer. O que se reprime é apenas o abuso do poder econômico, assim entendido como o desvio no exercício do direito de concorrer, o qual restará caracterizado, de acordo com os ditames da Constituição Federal, sempre que este tender à eliminação da concorrência, à dominação de mercados ou ao aumento arbitrário do lucro.¹⁶²

Ocorre que, eliminar concorrência, dominar mercados e aumentar arbitrariamente os lucros são objetivos ou conseqüências potenciais da conduta empresarial, cujo limite entre o legítimo e o ilegítimo, por vezes, é bastante tênue e difícil de ser traçado.

¹⁶⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p 203.

¹⁶¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. Cit. p. 27.

¹⁶² OLIVEIRA, Gesner ; RODAS, João Grandino. Op. Cit. p. 51.

Um critério aceito, para tanto, é o de que a conduta empresarial considerada não represente um verdadeiro impedimento à entrada de outros concorrentes no mercado, ou seja, que a liberdade de iniciativa do agente não prejudique a liberdade de iniciativa de outros empresários. Entretanto, não só na liberdade de iniciativa alheia o direito de concorrer encontra o seu engessamento. Conforme aponta Tércio Sampaio Ferraz Junior, outros direitos fundamentais também são limitantes, como o direito de consumir, de ter acesso aos benefícios da propriedade e produção, além do próprio princípio da soberania nacional.¹⁶³

Em outras palavras, a abusividade do poder econômico, caracteriza-se pela eliminação da concorrência, dominação de mercado e aumento arbitrário de lucros, que se traduz, em última análise, em impedimento à entrada e permanência de outros competidores no mercado ou impedimento de acesso ao consumo.

Muitas vezes, contudo, é difícil enxergar quando ocorre a legítima restrição da entrada de novos concorrentes e permanência de antigos no mercado, transformando-se em indevido impedimento e comprometimento do ato de consumo, que passa a caracterizar infração contra a ordem econômica.

Quando se investiga a legitimidade de um contrato de franquia empresarial à luz das regras de defesa da concorrência, algumas condições do sistema devem ser especialmente levadas em consideração. De acordo com o artigo 21 da Lei nº 8.884/94, as seguintes condutas podem caracterizar infração da ordem econômica:

III — dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; (...)

VI — impedir o acesso de concorrentes às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (...)

XI — impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; (...)

XXIII — subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro à aquisição de um bem;

As condições normalmente presentes no *franchising*, como a cláusula de exclusividade de comercialização de produtos indicados pelo franqueado, a fixação

¹⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. Cit. P. 27-28.

de preços de revenda pelo franqueador, a divisão territorial, podem, a priori, parecer violadoras dos dispositivos acima citados e contrárias ao interesse no estímulo da concorrência. Todavia, deve-se destacar que, em princípio, algumas cláusulas restritivas de concorrência e estabelecidas no contrato de franquia são legítimas, servindo para proteger os direitos de propriedade intelectual ou industrial do franqueador; manter a identidade e reputação comum da rede franqueada; permitir que o franqueador fiscalize se o franqueado está desempenhando a sua atividade, estritamente, de acordo com o contrato e, por fim, disciplinar a atuação territorial dos franqueados.

Por outro lado, outras regras podem ser consideradas ilegítimas, tais como: impedir o franqueado de obter, através de outras fontes, o fornecimento de mercadorias de uma qualidade equivalente àquela fornecida pelo franqueador; recusar-se o franqueador a credenciar novos fornecedores a pedido do franqueado, desde que esses, quando indicados, tenham condição de manter o nível de qualidade do fornecimento; impedir o franqueado de, após o término do contrato, utilizar o *know-how* adquirido com a franquia, impor restrições ao franqueado na fixação dos preços de revenda – destaque-se que é legítimo ao franqueador sugerir os preços de revenda; proibir o franqueado de impugnar direitos de propriedade industrial do franqueador e impedir o franqueado de vender mercadorias a consumidores residentes fora do território designado para a franquia.

No atual ordenamento jurídico, observa-se que a análise antitruste dos contratos empresariais deve ser pautada na chamada regra da razão. Vale dizer, nenhuma condição contratual pode ser considerada, em si mesma, ilegítima, ainda que tais condições atentem, de certo modo, contra a liberdade individual e comercial, dois pilares do liberalismo jurídico e econômico.¹⁶⁴

Como visto acima, as condutas mencionadas no artigo 21 não constituem práticas condenáveis. O interesse na preservação da concorrência e no modelo econômico adotado pela Constituição Federal reprimem apenas as condutas comerciais abusivas, tendentes à eliminação da concorrência e ao impedimento de acesso dos consumidores aos bens e serviços de que necessitam. Assim, ainda que uma conduta possa implicar limitação da concorrência, pode ser considerada

¹⁶⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: As Condutas, São Paulo: Malheiros, 2003. p 118.

legítima se trazer vantagens econômicas para o mercado, especialmente sob a ótica do consumidor.¹⁶⁵

Sabe-se que o regime de distribuição de produtos por meio da rede de franquia, ao invés de impedir a entrada de concorrentes no mercado, na verdade, em sua essência, a estimula. De fato, a franquia viabiliza a atividade de empresários que, não fosse a assessoria prestada pelo franqueador e a cessão do direito de uso da sua marca, não lograria oportunidade de ingressar no mercado.

Por outro lado, como já mencionado, as vantagens do sistema são experimentadas não só pelo franqueador ou pelo franqueado, mas também pelos consumidores, que têm ampliado o acesso ao consumo de produtos e serviços. Assim, não se devem considerar abusivas determinadas condições da franquia empresarial, em razão de estabelecerem alguma restrição à concorrência. Mas, apenas, quando elas tenham o condão de abalar a estrutura de livre mercado como um todo e não tenham justificativa jurídico-econômica plausível.

Em abono a esse raciocínio, destaca-se o parecer de Rubens Requião:

Como se vê, desde que o contrato de franquia não vise ao domínio do mercado, com sujeição de empresas ao poder econômico mais forte da empresa concedente ou franqueadora, não se pode falar em domínio de mercado ou abuso de poder econômico.¹⁶⁶

Como se visualiza, a análise do impacto da franquia no mercado e das vantagens por ela estabelecidas é sempre casuística. Em princípio, as restrições à concorrência decorrentes do sistema de franquias são legítimas. Mas somente serão ilegítimas se, ocorrendo o prejuízo à competição, for constatado que há um desequilíbrio entre as restrições impostas pelo sistema e as vantagens dele emergentes.

Não é suficiente para justificar as restrições a alegação de interesse na preservação do valor da marca franqueada. De fato, um dos argumentos que sempre se apresenta quando se pretende justificar a imposição de determinadas regras anticompetitivas nos contratos de franquia, como, a vinculação de vendas, é a necessidade de assegurar o conteúdo do direito de propriedade industrial de titularidade do franqueador. Diz-se, então, que a obrigação do franqueado de

¹⁶⁵ Idem. p. 120.

¹⁶⁶ REQUIÃO, Rubens. **Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/1988, vol. 513. p. 41-62.

adquirir apenas os insumos fornecidos pelo franqueador decorre da necessidade de manutenção da qualidade do produto final, preservando-se, desse modo, a boa reputação da marca do franqueador.

A necessidade de proteção do valor da marca é, sim, um fator importante. No entanto, não pode ser considerada isoladamente. A restrição deve ser sempre interpretada dentro de um contexto, investigando-se, no primeiro momento, seus efeitos sobre o mercado em consonância com tudo quanto acima se aduziu.

Neste sentido, Guillermo Cabanellas¹⁶⁷ afirma:

El propietario de una marca puede exigir determinadas condiciones adicionales a los contrato mediante los que se vendan productos distinguidos por aquélla, a fim de asegurar su prestigio, particularmente en relación con senicios de mantenimiento, provisión de repuestos y, co ciertos casos, utilizacián de insumos y equipos accesorios. Si bico los propios compradores tendrán unterés en asegurarse estas prestaciones adicionales, cl vendedor puede tener 1 temor, findado, de que ei fracaso de sus equipos o productos em razón de mcii utilizarse los repuestos, insumos o servidos por éi stnnunistrados redundará en pejuicio de su marca, aun cuando los compradores tuvieren la posibilidad de recurrir voluntariamente a aqueflos. Debe detenninarse co estos casos co quê medida él vendedor podria ei prestigio de su marca simpleinente mediante recomendaciones respecto de las precauciones a seguirse para asegarar ei buen fimcionamiento de los productos vinculantes, o mediante especificaciones de calidad relativas a los repuestos, insumos o servicios a ser utilizados em relación com los citados productos. En otros casos también puede resultar suficiente cl condicionar las garantias a que ei comprador utilice los elementos precedentemente mencionados, o se atenga a las especificaciones indicadas por ei vendedor. Em estos casos, la existencia de alternativas que permiten una mayor libertad de elección ai comprador, ai tiempo que aseguran la protección de los intereses legítimos dei vendedor, obligan a Se

¹⁶⁷CABANELLAS DE LAS CUEVAS , Guillermo. **Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competência**. Buenos Aires: Heliasta Claridad, 1983. p. 429.

Guillermo Cabanellas Nesse sentido: "O proprietário de uma marca pode exigir determinadas condições, o contrato com os produtos vendidos por ele distinguidos, para assegurar o prestígio, nomeadamente em matéria de serviços com manutenção, peças sobressalentes e de prestação de re, em alguns casos, o uso de insumos e equipamentos auxiliares. Enquanto os compradores próprio interesse em assegurar que estes serviços adicionais, o vendedor poderia ter medo l, bem fundamentada, que a falha do equipamento ou por causa de produtos não utilizados em peças de reposição, materiais ou serviços fornecidos pelo resultado de seus ferimentos em marca, quando os compradores recurso tiverem para aqueles voluntariamente. Estes casos devem ser determinadas em que medida poderia a marca do vendedor prestígio simplesmente dando recomendações sobre as precauções a serem seguidos para assegurar o bom funcionamento dos produtos de ligação, ou especificações de qualidade dos ovinos e caprinos para as partes, os fornecimentos ou serviços a ser utilizados Com relação a esses bens. Em outros casos, também a condição pode ser garantias suficientes para o comprador de utilizar os elementos acima mencionados, ou a sua conformidade com as especificações estabelecidas pelo vendedor. Em estes casos, a existência de alternativas que permitem uma maior escolha ao comprador, garantindo a proteção aos legítimos interesses do vendedor, exigindo deste a aderir a essas alternativas. Outro fator a ser levado em conta é o preço e outras condições para as operações de fumus boni juris exijam o direito de ser ligado. Os serviços de manutenção imposición pode ser razoável, não cobrando dois preços para que impliquem o uso de poder de mercado resultante do quadro vinculativo para adicionalidade lucro, "Lei de proibição de monopólios, p.429

a ceflirse a esas alternativas. Otro elemento a ser tenido cii cuenta es ei precio y demás condiciones que se exijan por las operaciones, prima face legitimamente vinculadas. La imposición de servicios do mantenimiento puede ser razonable, no asi eli cobro de precios que impliquen la utilización del poder de mercado que resulta de la marca vinculante pan obener utilidades adicionales.

Conforme anota Franceschini, as cláusulas restritivas da concorrência são válidas no direito brasileiro, desde que tragam efeitos benéficos, tais como: possibilitar e estimular novas pesquisas, prevenir flutuações de preços e diminuir os custos de produção em benefício do consumidor – princípio da regra da razão¹⁶⁸.

As hipóteses de vinculação de vendas, em que o licenciante de marca condiciona a licença à utilização de outro produto ou serviço por ele fornecido e a alegação da necessidade em manter a qualidade do produto vinculante, por si só, não têm sido suficientes para justificar a limitação da concorrência, conforme jurisprudência pacificada do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica. No entanto, para que seja constatada a ocorrência ou não de ações que ameacem a livre concorrência, é necessário que a intenção possa ou não ser contida pelas próprias forças de mercado e se o resultado pretendido pode ou não ser obtido sem o sacrifício de valores protegidos pelo ordenamento jurídico.

Portanto, somente há uma racionalidade com direcionamento anticorrecional no fato de o franqueador vir a prejudicar os franqueados, se aquele puder dominar o mercado através das práticas denunciadas.

Ademais, frente à impossibilidade do franqueador dominar o mercado com sua marca, prevalece a presunção da estratégia adotada, qual seja: promover maior concorrência interna, estimulando os franqueados a seguirem o comportamento mais agressivo; buscar um melhor desempenho competitivo médio da rede, podendo ainda diminuir os seus preços ao consumidor; bem como aumentar a efetiva participação no mercado; tentar uma expansão da rede e melhorar a qualidade dos produtos e serviços a um nível mais próximo do que deseja.

Possíveis ações podem ser caracterizadas como excesso do franqueador sobre os franqueados. Todavia, estes assuntos devem ser discutidos ou dirimidos em foros específicos. Mesmo que o franqueador tenha também o interesse de, com as práticas denunciadas, aumentar sua margem de lucros em detrimento dos

¹⁶⁸ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito de Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 167.

franqueados e não reduzir os preços ao consumidor, se não há possibilidade de dominação do mercado relevante, não há que se falar em criação de efeitos líquidos negativos ao bem-estar, restando à conclusão de que as condutas estão adstritas à esfera privada, sem implicações anticoncorrenciais.

6 CONCLUSÃO

Como ficou constatado, a franquia empresarial é um contrato que envolve, por parte do franqueador, a estruturação, o licenciamento do uso de uma marca e a prestação de serviços de assessoria técnica para a implantação e o desenvolvimento de um negócio empresarial pelo franqueado, que, em contrapartida, compromete-se a desenvolver suas atividades obedecendo todas as orientações estabelecidas pelo franqueador.

Em face da evolução da Teoria Geral dos Contratos, com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, uma nova concepção foi dada aos contratos. Novos princípios foram lançados e suas funções proporcionaram uma maior segurança às partes hipossuficientes. No contrato de franquia, esses aspectos foram bem ratificados. Por exemplo, a Circular de Oferta de Franquia – COF ressalta essa nova realidade. A formulação da referida circular deve estar condicionada à honestidade, lealdade, retidão, cooperação, transparência e probidade, todos estes atributos que dão sustentáculos ao princípio da boa-fé objetiva.

Outra característica marcante e exposta nesta pesquisa foi a afirmativa de que o contrato de franquia é um exemplo de contrato relacional. Baseado na sua própria dinâmica e por longa duração, estas condições possibilitam, durante a execução do contrato, a correção de cláusulas que possam desestabilizar o equilíbrio contratual. Essa medida tende a ser mais eficaz na solução de possíveis conflitos.

É de singular importância mencionar ainda que, nos contratos de colaboração celebrados entre pessoas jurídicas distintas, é mantida a autonomia jurídica de cada uma das partes. Nesse sentido, o franqueador, como ficou esclarecido, em regra geral, não responde perante terceiros por ato ou fato do franqueado. Cogita-se a sua responsabilidade apenas nas relações de consumo e nas hipóteses de abuso de poder.

A respeito da independência jurídica das partes, o franqueador responde perante os consumidores dos produtos ou serviços oferecidos no mercado de consumo sob a marca de sua titularidade. Tal responsabilidade, no direito brasileiro, não decorre apenas do genérico interesse social de que os danos sofridos pela parte

economicamente mais fraca não fiquem sem reparação. O fundamento jurídico dessa responsabilidade encontra-se, em primeiro lugar, no princípio geral, consagrado na Constituição Federal, que determina a proteção do consumidor nas relações de consumo.

Ademais, o franqueador, quando licencia sua marca e executa propaganda dos produtos licenciados, induz o consumidor a participar, dessa forma, do ciclo produtivo-distributivo do produto ou serviço. A responsabilidade do franqueador, nas relações de consumo, decorre, assim, da sua qualidade de fornecedor, devendo, por isso, responder perante os consumidores, nos termos dos artigos 12, 18 e 30, combinados com o artigo 25, § 1º, todos do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Além da responsabilidade consumerista, o franqueador é responsável sempre que causar prejuízos, por ações e medidas que configurem abuso de poder, o que acontecerá quando cometer excessos no controle que exerce em relação aos franqueados, ou mesmo, por infração da ordem econômica.

De fato, tendo em vista a sua influência técnica e econômica, que se estende de maneira duradoura, geralmente, em toda a relação de franquia empresarial, o franqueador acaba exercendo um verdadeiro controle externo das atividades do franqueado. O exercício desse controle deve sempre ser pautado na busca do desenvolvimento de toda a rede de franquia, observando-se a manutenção da qualidade dos serviços ou produtos e a respeitabilidade dos seus sinais distintivos perante o mercado.

Por sua vez, deve-se mencionar que caso o franqueador, descurando-se das premissas supramencionadas, utilize-se das faculdades que lhe são conferidas causando prejuízos para os franqueados, será considerado responsável pela reparação dos danos materiais causados a estes, conforme preconiza os artigos 187 e 927 do Código Civil.

Por outro lado, o sistema de franquia está calcado em determinadas condições que, à primeira vista, podem parecer anticoncorrenciais. Dentre essas condições, destacam-se: a obrigação do franqueado de adquirir bens ou insumos apenas dos fornecedores indicados pelo franqueador ou dele próprio; a fixação de limites de preços de revenda e a divisão territorial do mercado que será explorado por cada franqueado.

É de bom alvitre ressaltar, ainda, que tais condições não são, em si, ilegítimas. Em princípio, elas se justificam, economicamente, em função das vantagens geradas pelo sistema de franquia para os franqueados e para os consumidores, de maneira geral. Eventuais “excessos” que, por ventura, sejam praticados pelo franqueador sobre os franqueados, são assuntos de natureza privada, devendo, portanto, serem discutidos ou dirimidos nos foros competentes, não devendo, assim, acionar o CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica- haja vista a inexistência de agressão à livre concorrência e à ausência de ações que busquem a dominação do mercado.

Diante do exposto, nessa análise da responsabilidade civil do franqueador no ordenamento jurídico pátrio, sabe-se que este tem um papel primordial na implementação do sistema de franquia, permitindo a estrita observância aos princípios e normas legais que proporcionarão uma maior segurança a toda rede de franquia, não deixando de ressaltar que o instituto da responsabilidade civil assegura a plena proteção contra os atos lesivos praticados, tanto pelo franqueado, como pelo franqueador.

REFERÊNCIAS

ABF. Disponível em: <www.abf.com.br>. Acesso em: 27 ago. 2008.

ABRAÃO, Nelson. **Da franquia comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem comercial internacional e ordem pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de Franquia e Leasing**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ARAÚJO, Letícia Franco de. **A autonomia da vontade e a nova Lei de Arbitragem**. Teresina: Jus Navigandi. ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=923>>. Acesso em: 13 nov. 2009.

BESSIS, Philippe. **Lê contrat de franchisage**. Paris: LGDJ, 1992.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de franchising. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 79, n. 653mar. 1990. p. 54-68.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Brasília: Senado Federal: 1990.

_____. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal: 2002.

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

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising: modificações à lei vigente, estratégia e gestão**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising & Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BOBBIO, Norberto, **Dicionário de Política**. 13. ed. vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BRAGA, Jorge Luis. **Responsabilidade solidária do franqueador**. São Paulo: Revista Consulex, n. 28, 1999.

BRITO, Rodrigo Toscano. **Equivalência material dos** contratos – civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos seus princípios sociais. In. **Direito contratual: temas atuais**. coord. Giselda Maria Fernandes Novais e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Incorporação imobiliária à luz do CDC**. São Paulo: Saraiva. 2002.

BULGARELLI, Valdério. **Contratos Mercantis**, 5. ed, São Paulo: Atlas,1990.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS , Guillermo. **Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competência**. Buenos Aires: Heliasta Claridad, 1983.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, Nuno T. P. **Os contratos de Franquia e o Direito Antitruste**. Revista da ABI, n. 14. 1995.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades por Ações**. São Paulo. Saraiva, 1977.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa De Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

CHERTO, Marcelo. O franchising e o contrato. In: **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP. 1999.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1.

_____. Considerações sobre a Lei de Franquia. In: **Revista da ABPI**, n.15.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Empresarial**. São Paulo. Saraiva. 1995.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CUNHA. Wladimir Alcebíades Marinho Falcão. **Revisão dos contratos: do código de defesa do consumidor no código civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007.

CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do Franchising**. São Paulo: Atlas, 2003.

CREUZ, Luiz Rodolfo Cruz. Disponível: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 11 set. 2009.

DELGADO, José Augusto. **O Contrato no Código Civil e a sua Função Social**. Revista Jurídica 322, Porto Alegre, ago. 2004.

CRETELLA JR., Jose. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003.

DAHAB, Sonia. **Entendendo Franchising: Uma Alternativa Eficaz para o Pequeno e Médio Empreendedor**. Salvador: Casa da Qualidade. 1996.

DELGADO. Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo. LTR. 2006.

DILVANIR, José da Costa, **Sistema de Direito Civil a Luz do Novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DUPAS, Gilberto. **Economia Global e Exclusão Social: Pobreza, Emprego, Estado e o Futuro do Capitalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

FEITOSA, Maria Luiza P. de A. M, **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra Editora. 2007.

_____. Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3098>>. Acesso em: 2 ago. 2009.

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

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Da abusividade do poder econômico**. Revista de Direito Econômico, Brasília, DF, p. 23-30, 1995.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FUNARO, Melitha Prado. A responsabilidade civil do franqueador pelos atos praticados pelo franqueado ou empregador deste. In: **Revista do Advogado**. n. 30.

FOSTER, Denis L, **O livro completo do fanchising**. Tradução de: M. E. Cabral de Melo. Rio de Janeiro: Infobook, 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito de Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. 3. ed. rev. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAMA JUNIOR., Lauro. **Contratos Internacionais à Luz dos Princípios do UNIDROIT 2004**: soft law, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUIMARAES, Haina Eguia. **A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional**. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 27 jul. 2008.

HETKOWSKI, Tânia Maria e GEWEHR, Rodrigo Barros. **A influência da globalização dos produtos de consumo na formação da personalidade dos adolescentes**. Ijuí. Editora Unijuí. Cadernos Unijuí, Série Educação, n. 62, 1999. Disponível em <www.unoescjba.rct-sc.br>. Acesso em: 17 fev. 2009.

HIRST, Paul & THOMPSON, Grahame. **Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1998.

HOUAISS, A. (Ed.). **Novo dicionário Folha Webster's: inglês/português, português/inglês**. Co-editor Ismael Cardim. São Paulo: Folha da Manhã, 1996. Edição exclusiva para o assinante da Folha de São Paulo.

IANNI, Otávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **A Responsabilidade Civil e Penal no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed., Porto Alegre: Síntese, 2000.

LEITE, Roberto Cintra. **Franchising na criação de novos negócios**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **O franchising na universalização da economia**. Disponível em: <http://www.cintraleite.com.br/pdfs/ser_fra_art_03.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2008.

LIMA, Fernando Falabella Tavares; SCHERB, Eliane. **Sobre a mídia, a infância e a adolescência**. Disponível em: <www.netpsi.com.br/artigos/98_midia_infancia.htm>. Acesso em: 17 fev. 2009.

LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. São Paulo: Forense, 1997.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 42.

_____. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Direito à informação nos contratos relacionais de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, n.35. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.I, p.113. 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

MAC'DONALDS. Disponível em:
<<http://www.mcdonalds.com.br/institucional/franquia.asp>>. Acesso em: 26 jul. 2008

MENDELSON, Martin. **The guide to franchising**. 7. ed. Cengage Learning EMEA. 2004.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Introdução aos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias**. MESC s. 2. ed. Brasília: CACB/SEBRAE/BID, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. tomo II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MONTEIRO, Washington Barros. **Curso de Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Forense, 2003.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato** - Novos Paradigmas – 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil**, apontamentos. São Paulo: LTr, 2003.

NOGUEIRA, Alberto. **Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto . **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Gesner ; RODAS, João Grandino . **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem, Comentários à Lei 9.307/96**, de 23-9-96. São Paulo: LED - Editora de Direito. 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 2. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. **Alienação do poder de controle acionário**. São Paulo. Saraiva, 1995.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier- Campos, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/1988, vol. 513.

RIZZO, M.; CHERTO, Marcelo. **Franchising na prática**. São Paulo: Makron Books.

SALOMAO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **História da análise econômica**. v. 1. Rio de Janeiro. Fundo de Cultura. 1964.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes. In POSSAS, Mario Luiz [et. al.], **Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência**, São Paulo: Singular, 2002.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da medição de conflitos**. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 1999.

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

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos do código de defesa do consumidor ao novo código civil**. São Paulo: Método, 2005.

_____. Direito Civil, **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 2. ed. vol. 3. São Paulo: Método, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 3.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Ed.Cultrix, 2000. es. São Paulo: Ed.Cultrix, 2000.