

FRANQUIA EMPRESARIAL
(FRANCHISING)
por
LUIZ GONZAGA MODESTO DE PAULA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE FRANQUIA.....	4
UM POUCO DA HISTÓRIA	7
DEFINIÇÃO LEGAL.....	8
ELEMENTOS DOS CONTRATOS DE FRANQUIA.....	13
1. PARTES INTERVENIENTES:	13
a) FRANQUEADOR.....	13
b) FRANQUEADO	13
2. LICENCIAMENTO DE USO DE MARCA DE PRODUTO OU SERVIÇO:	13
3. INEXISTÊNCIA DE VINCULO TRABALHISTA:	14
4. UNIÃO VERTICAL DE EMPRESAS:	14
5. POSSIBILIDADE DE DEMARCAÇÃO TERRITORIAL DE ATUAÇÃO:	14
6. DEFINIÇÃO PRECISA DOS CUSTOS DA CONTRATAÇÃO:	15
7. O DEVER DE BOA-FÉ CONTRATUAL.....	17
8. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO NEGÓCIO	17
OS INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CONTRATAÇÃO:.....	18
1. TITULARIDADE DO DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE MARCA E PATENTE	18
2. CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA – COF (Circular Offering)	18
3. MODELO DE CONTRATO DE FRANQUIA.....	24

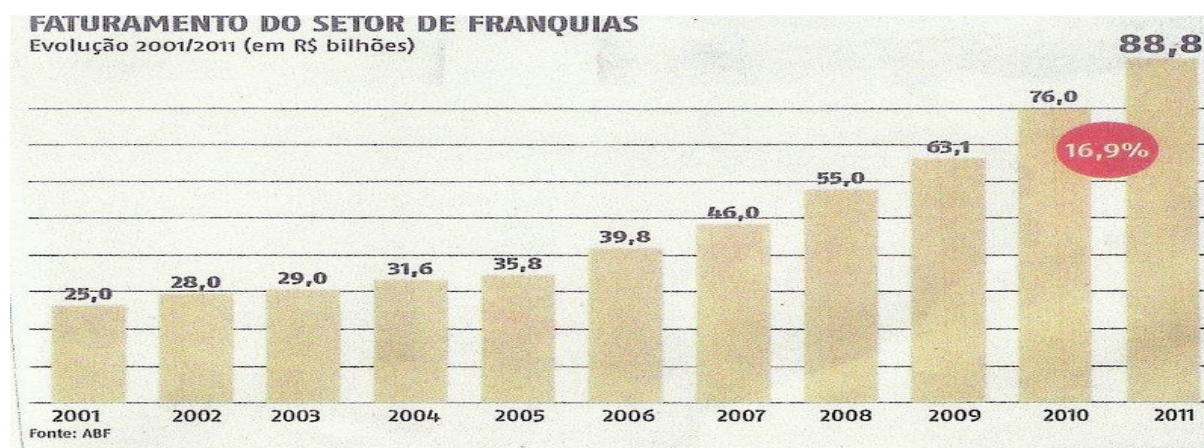
A NATUREZA JURÍDICA DA CIRCULAR DE OFERTA	24
TIPOS DE FRANQUIA	26
1. FORMA DE GESTÃO EMPRESARIAL.....	26
a) FRANQUIA DE MARCA OU DE PRODUTO	26
b) FRANQUIA DE NEGÓCIO FORMATADO (BUSINESS FORMAT FRANCHISING),	27
2. QUANTO AO ALCANCE DA OPERAÇÃO	27
a) FRANQUIA-MESTRE ou MASTER FRANCHISING	27
b) FRANQUIA DE DESENVOLVIMENTO DE ÁREA	27
c) FRANQUIA DE CANTO	27
d) CO-BRANDING.....	27
3. QUANTO Á NATUREZA DA OPERAÇÃO:	28
a) FRANQUIA DE PRODUTOS	28
b) FRANQUIA DE SERVIÇOS	28
c) FRANQUIA DE DISTRIBUIÇÃO.....	28
d) FRANQUIA INDUSTRIAL	28
OUTRAS CLASSIFICAÇÕES	28
1. QUANTO Á EXCLUSIVIDADE.....	28
a) FRANQUIAS DE CANAL ALTERNATIVO	28
b) FRANQUIAS DE CANAL EXCLUSIVO	28
2. O Á EVOLUÇÃO TÉCNICA.....	28
a) FRANQUIA DE 1ª. GERAÇÃO.....	29
b) FRANQUIA DE 2ª. GERAÇÃO	29
c) FRANQUIA DE 3ª. GERAÇÃO.....	29
d) FRANQUIA DE 4ª. GERAÇÃO	29
e) FRANQUIA DE 5ª. GERAÇÃO.....	29

INTRODUÇÃO

A utilização pelo comércio desse tipo de parceria empresarial cresceu de maneira exponencial a partir da metade do século passado e esse crescimento exigiu a elaboração de regras jurídicas para estabelecer um mínimo de segurança nas relações entre os participantes.

No Brasil, a Lei Federal nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, originada no Projeto de Lei nº. 318/91 do deputado José Roberto Magalhães Teixeira de 14 de março de 1991, veio regulamentar a matéria. Antes dela e porque essa forma de parceria empresarial já vinha sendo largamente utilizada houve a criação em 1987 da Associação Brasileira de Franchising¹ que se encarregou de criar um Código de Auto-regulamentação que pretendia disciplinar as relações entre os participantes, sem contudo, como é óbvio, ter força coercitiva por inexistência de sanção legal pelo seu descumprimento ou por meios de se exigir sua observância.

A importância do contrato de franquia para a economia nacional pode ser verificada pela pesquisa feita pela Associação Brasileira de Franchising – ABF, que estampamos abaixo:



A empresa que reflete bem a expansão do setor de franquias no Brasil é o Boticário que estima um crescimento de 19% para 2012 em comparação com 2011 no qual apresentou um faturamento de R\$ 5,5 bilhões de reais. O Boticário está presente em 1.650 municípios com 3.260 unidades franqueadas.

¹ in www.portaldofranchising.com.br/

Vamos, pois, neste trabalho, dada a importância do tema para a economia nacional, tentar descrever os termos mais característicos da lei de regência.

O REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE FRANQUIA

O estudo do contrato de franquia empresarial exige uma abordagem preliminar sobre a característica geral dos contratos, dada a sua especificidade. Embora não seja um contrato típico, como veremos adiante, ele se insere na vida econômica empresarial moderna com características próprias e enorme eficiência, razão pela qual, seu estudo exige uma recordação dos princípios gerais que informam o regime jurídico dos contratos.

Sobre a tipicidade desse contrato divergem os autores², muito embora todos o entendam como um contrato nominado, sinalagmático, oneroso, comutativo, "intuitu personae", e de adesão. Essa classificação é importante porque dela decorrem os princípios que devem ser observados na sua elaboração, concretização e na sua execução.

Entendemos, também, ser ele um contrato atípico, pois muito embora criado pela Lei n.º. 8.955/94, essa lei "encerra apenas normas que não regulamentam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas apenas impõe o dever de transparência na relação."³

Antes, porém, de nos debruçarmos sobre o contrato de franquia, cumpre destacar que o contrato, na sua concepção clássica oriunda do direito romano, resultava como um acordo de vontades: "O contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos."⁴ A evolução dessa concepção resultou no prestígio do consentimento, como manifestação da autonomia absoluta da vontade, prevalecendo, sempre, a máxima "pacta sunt servanda".

Tal entendimento sofreu lenta, mas progressiva atenuação, na medida em que desaparecia a visão estática e fechada da economia com a dinamização dos processos econômicos das trocas e das relações comer-

² Simão Filho, Adalberto, in Franchising, Ed. Atlas, 1997, pag. 42, e Bulgarelli, Waldirio, in Contratos Mercantis, Ed. Atlas, 1997, pag. 523, entre outros, entendem-no como contrato típico, enquanto Martins, Fran in Contratos e Obrigações Comerciais, Ed. Forense, Rio, 1998, pag. 485 e Coelho, Fábio Ulhôa in Considerações sobre a Lei de Franquia Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, 16/15-21, maio/jun.1955, pag. 15, dentre outros, como atípico.

³ Coelho, Fábio Ulhôa, ob. cit. pag. 15.

⁴ Pereira, Caio Mário da Silva, in Instituições de Direito Civil,, vol 3, 7ª. ed. Ed. Forense, Rio, 1996, pag. 6.

ciais. Esse estado de coisas foi denunciado por Christophe Jamin e Denis Mazeaud, em 2003, na obra coletiva “La nouvelle crise du contrat”⁵, como nos informa Claudia Lima Marques, na obra coletiva “A Nova Crise do Contrato”, coordenado por ela, em seu ensaio introdutório “A chamada nova crise do contrato e o modelo do direito privado brasileiro: crise de confiança ou crescimento do contrato.”⁶

Nesse novo contexto, o contrato vai aparecer, não mais como uma livre e autônoma manifestação da vontade dos contratantes, mas de um instrumento jurídico por meio do qual se concretiza a ordem pública econômica.⁷

A autonomia privada, adotada como princípio constitucional, nos termos do disposto no art. 170 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

V - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;”,

sofreu, como se vê restrições com a necessária adequação dos interesses pessoais à função social da propriedade, a defesa do consumidor e na redução de desigualdades sociais, dentre outras.

Essas restrições, impostas pela ordem pública constitucional à autonomia privada, a nosso ver, não justificam a crítica de Orlando Gomes, que disse: “a crise do contrato verifica-se na sua noção, na sua eficá-

⁵ Paris, Ed. Dalloz, 2003, pg. 1 e seguintes.

⁶ A Nova Crise do Contrato, Ed. RT. São Paulo, 2007.

⁷ Sica da Cunha, Daniel, “A nova força obrigatória dos contratos”, in A Nova Crise do Contrato, Ed. RT. São Paulo, 2007, pag. 247/284.

cia e no abalo que vem enfraquecendo o princípio de sua força obrigatória”.⁸ Não se pode negar a força obrigatória dos contratos, sob pena de subversão da ordem jurídica e da insegurança no mundo dos negócios. Não se trata aqui de discutir a intangibilidade do pactuado, mas a forma de sua manifestação.

Isso ocorre nos contratos de franquia, nos quais, evidentemente, como contratos de adesão que são, não traduzem a livre manifestação da vontade dos contratantes, mas antes a livre manifestação do franqueado em se vincular aos termos da avença.

Aquela liberdade inicial de livre manifestação da vontade das partes evoluiu para a liberdade de celebração; ou seja, todos são livres para decidir realizar ou não o contrato. Ninguém e nada podem submetê-lo à contratação forçada.

É o que veremos no contrato de franquia, típico contrato de adesão, onde o franqueado, por sua livre e espontânea vontade, realiza o negócio jurídico e se submete às regras cuja redação não participou e nem contribuiu.

A festejada autonomia da vontade, celebrada como “*pacta sunt servanda*”, cuja única restrição era a sua conformação com a ordem jurídica, pelo fato de que os contratantes podiam acordar sobre praticamente tudo, desde que não infringissem a ordem pública, ganhou nova dimensão com o surgimento dos chamados “contratos de adesão”, nos quais um dos contratantes se submete, integralmente, à vontade do outro.

Há, na verdade, um deslocamento temporal do exercício da autonomia da vontade, na medida em que o aderente, muito embora não participe da redação das cláusulas contratuais, adere às mesmas, de livre e espontânea vontade. É o que sucede com o contrato de franquia, no qual as cláusulas já estão consolidadas na Circular de Oferta, e que – como veremos adiante – não pode ser diferente para os participantes da rede. Todos os que aderirem a uma franquia devem ter os mesmos direitos e obrigações e celebrar o mesmo texto contratual.

Ressalta, pois, no contrato de franquia, que o franqueador se impõe ao franqueado, sendo o dirigente único de sua política mercantil.⁹ O preço dos produtos, e, conseqüentemente, a margem de lucro, sua apresentação, os métodos de venda, a publicidade, tudo o que se refere ao funcionamento da unidade, inclusive

⁸ Gomes, Orlando, “Uma introdução à temática do contrato”, in Ensaio de direito civil e do direito do trabalho, Aide, Rio, 1986, p. 66, apud Sica da Cunha, ob citada, pg. 253.

⁹ Confira-se à respeito ABRÃO, Nelson, in Da franquia comercial, Ed. RT, 1984, p. 15/16

asseio do estabelecimento e dos empregados, e atendimento às normas de higiene e segurança, tudo é previsto e ordenado pelo franqueador. Pode parecer um exagero, mas essas regras devem ser vistas como um benefício, não só para o franqueado individualmente, como para toda a rede de franquia, em prol da uniformidade necessária para o público consumidor. Parafraseando Nelson Abrão, na obra citada: “*a good franchise will never permit a franchise complete freedom.*”

A adesão do franqueado ao contrato de franquia implica na renúncia ao seu *status* de empresário autônomo em prol da sua inclusão na rede de distribuição de uma determinada marca, produto ou serviço.

UM POUCO DA HISTÓRIA

Alguns autores afirmam que a operação de franquia já era conhecida na Idade Média, por volta do século XII, quando a Igreja Católica passou a conceder licenças ou franquias a senhores de terras para que, em seu nome, coletassem impostos e taxas¹⁰. Ou, pouco depois, quando os reis franqueavam seus navios para os navegadores¹¹. Outros, na cobrança de pedágios pelo senhor feudal pela utilização dos caminhos do seu território.¹²

Contudo, a maioria dos autores concorda que esse tipo de negócio nasceu em 1850 na cidade de Boston, quando Isaac Merrit Singer, um americano que era mecânico e inventor conheceu, na oficina de Orson Phelps, uma máquina de costura.¹³

“Ao observar algumas máquinas em funcionamento, ele propôs substituir a agulha curva por uma reta e fazer a laçadeira mover-se em vai-e-vem (e não em círculos). A grande vantagem da máquina do Senhor Singer era permitir costuras em qualquer sentido, não só em linha reta. Em onze dias e ao custo de apenas US\$ 40, estava pronta a primeira máquina de costura que era realmente eficiente para uso doméstico. Singer solicitou uma patente em 1851 e continuou a melhorar sua máquina até sua morte em 1875 aos 63 anos. Em 1851, Isaac Singer, juntamente com Edward Clark, um advogado de Nova York, havia fundado a I.M. Singer & Co., que inicialmente enfrentou sérios problemas para introduzir seu produto no mercado, pois o público não acreditava que a máquina funcionava corretamente. Mas, aos poucos, o produto foi ganhando credibilidade. Dois anos depois do início das vendas ao público, a marca já era líder do mercado americano e

¹⁰ Barroso, Luiz Felizardo, *Franchising & Direito*, Lúmen Juris, Rio, 2ª. Ed. 2003;

¹¹ Idem, pag. 13. Neto, José Cretella, *Do Contrato Internacional de Franchising*, Forense, Rio, 2000, pg. 15

¹² Milman, Fábio, *Franchising*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996, pag. 31

¹³ Cretella Neto, José, *Do Contrato Internacional de Franchising*, Ed Forense, Rio, 2000, pag. 17

passou a produzir seus produtos em instalações na cidade de Nova York. Em 1855, a empresa ingressou no mercado francês, dando início a sua expansão internacional. Visando facilitar a compra das máquinas, a SINGER foi pioneira na introdução do sistema de franquia e vendas a prazo neste mesmo ano. Pouco depois, em 1857 inaugura seu primeiro showroom em plena Broadway, e no ano seguinte inicia suas operações no Brasil.”¹⁴

Depois dele, nos Estados Unidos, ainda no final do século XIX, verificamos a adoção desse sistema pela Coca-Cola, pela Western Union, pela General Motors, Ford, e mais inúmeras empresas que desejavam expandir os seus negócios, sem dispêndio de capital próprio. A adoção do sistema de franquia permitia a expansão dos negócios, o crescimento da marca e o atendimento dos clientes de modo mais eficaz.

O grande passo, entretanto, veio a se dar com a criação de um sistema de franquias realmente inovador pela McDonald’s. Inicialmente nos Estados Unidos e hoje em rede mundial com mais de 30.000 lojas espalhadas em 119 países.¹⁵

Enquanto que os anteriores licenciavam as suas marcas e, por vezes, forneciam treinamento ou davam assistência técnica aos seus franqueados, a McDonald’s passou, além de licenciar a sua marca, a fornecer treinamento para o futuro franqueado, construir a loja a ser explorada, adquirir, ou indicar de quem comprar, as máquinas e instalações a serem utilizadas, fornecer todas as mercadorias a serem comercializadas, instruir o franqueado no cumprimento de suas obrigações contábeis, fiscais e legais, treinar empregados e encarregar-se da publicidade.

As operações de franquia já eram conhecidas no Brasil desde 1910 quando Arthur de Almeida Sampaio introduziu algumas práticas desse tipo na distribuição de seus CALÇADOS STELLA. Além dessa iniciativa pioneira, em 1950, a Yázigi Internexus (Curso de Línguas) passou a licenciar outros empresários para a exploração do negócio.

Mas a grande explosão se deu na década de 90, anterior até à edição da lei n. 8.955, em dezembro de 1994.¹⁶

DEFINIÇÃO LEGAL

¹⁴ Cartilha do Franchising, ed. do Instituto Brasileiro de Franchising – IBF, in www.portaldofranchising.com.br).

¹⁵ (McDonald’s restaurants, in Wikipedia)

¹⁶ Coelho, Fabio Ulhoa, Curso de Direito Comercial, vol. 1, pag. 126, Saraiva, São Paulo, 2005.

O contrato de franquia é um contrato atípico, pois o direito brasileiro não regula a formação desse contrato. Apenas exige a elaboração de alguns instrumentos contratuais, deixando a cargo dos contratantes a decisão sobre as condições, as garantias e as obrigações decorrentes dessa prática comercial.¹⁷ De fato, vamos verificar que a lei não tipifica o contrato de franquia, pois nada dispõe sobre o conteúdo da relação obrigacional entre as partes.

A dificuldade não é só do direito brasileiro. Nos Estados Unidos, a I.F.A (International Franchise Association) sediada em Washington, conceitua a franquia como um contrato complexo, envolvendo licenciamento de uso de marca, transferência de tecnologia, , “know how”, treinamento, e outros procedimento formatados, com a finalidade de desenvolvimento de parceria empresarial entre franqueador e franqueado para o desenvolvimento do negócio.¹⁸

Mais uma vez, na história do direito comercial, os fatos atropelaram a legislação, e só depois de plenamente desenvolvida a prática comercial desse contrato de colaboração entre empresários ou sociedades empresarias foi que a legislação veio para regulamentar a operação.

Em 1973, o Conselho de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e Comércio publicou um folheto denominado “Franquia ao alcance do pequeno e médio empresário” como um método moderno e eficaz de distribuição de bens e serviços, propondo o seguinte conceito:

“Franquia é um sistema de distribuição de bens e serviços, pelo qual o titular de um produto, serviço ou método, devidamente caracterizado por marca registrada, concede a outros comerciantes, que se ligam ao titular, por relação contínua, licença e assistência para a exposição do produto ao mercado.”

Em sua obra “Contrato de franchising”, Jorge Lobo¹⁹, com base em Newton Silveira²⁰, apresenta a definição de franchising dada pela Corte de Apelação de Paris, em decisão de 28.04.1978: “*um método de*

¹⁷ Coelho, Fabio Ulhôa, ob. cit. pag. 126 e anteriormente “Considerações sobre a lei de franquia” in Revista da ABPI, 16:15-21, maio.jun/1995.

¹⁸ “A franchise operation is a contractual relationship between the franchisor and the franchisee in which the franchisor offers or is obliged to maintain a continuing interest in the business of the franchisee in such areas as know-how and training; wherein the franchisee operates under a common trade name, format and/or procedure owned or controlled by the franchisor, and in which the franchisee has or will make a substantial capital investment in his business from his own resources”.in Cretella, ob. cit. p. 26

¹⁹ Ed. Forense, Rio, 3ª. edição, 2003, pg. 29

²⁰ Novos Contratos Empresariais, obra conjunta, RT, 1ª ed., ps. 160/161.

colaboração entre duas ou várias empresas comerciais, uma franqueadora, outra franqueada, pelo qual a primeira, proprietária de um nome de uma razão social conhecidos, siglas, símbolos, marca de fábrica, comércio ou de serviços, bem como de savoir-faire particular, coloca à disposição de outra o direito de utilizar, mediante um pagamento ou outra vantagem, uma coleção de produtos ou de serviços, originais ou específicos, para explorar obrigatoriamente e totalmente segundo técnicas comerciais experimentadas, desenvolvidas e periodicamente recicladas, de uma maneira exclusiva, para o fim de realizar um melhor impacto sobre um mercado considerado e de obter um desenvolvimento acelerado da atividade comercial das empresas envolvidas; esse contrato pode ser acompanhado de uma ajuda industrial, comercial ou financeira, permitindo a integração na atividade comercial do concedente franqueador em benefício do franqueado iniciado em uma atividade técnica original e num savoir-faire fora do comum, permitindo a manutenção da imagem de marca do serviço ou do produto vendido e o desenvolvimento da clientela por menor custo e com uma maior rentabilidade para as duas partes, que conservam juridicamente uma independência total”

Essa definição, extensa, traduz, em verdade, todos os aspectos de um contrato de franquia, principalmente, as relações entre o franqueador e seus franqueados na formação, e direção de uma rede de distribuição. Muitas dessas características indispensáveis ao bom funcionamento do relacionamento empresarial acabam por não serem observadas, quer pelos franqueadores, quer pelos franqueados, o que faz surgir problemas de difícil solução.

Como acentua Fabio Ulhôa Coelho (ob. cit. pg. 126): “Alguns empresários, no entanto, passaram a conceder franquias sem se aparelharem de modo conveniente para a prestação dos serviços de organização empresarial.”

E o surgimento de conflitos entre as partes fez surgir a Lei Federal nº. 8.955, de 15.12.1994, denominada de Lei Magalhães Teixeira, em homenagem ao Deputado José Roberto Magalhães Teixeira, seu autor, nos seguintes termos:

“Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e

administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício. (art. 2 °. da Lei Federal n°. 8.955/94).

Verificamos, então, que o contrato de franquia envolve, em verdade, vários contratos entrelaçados, sendo o principal deles o de licenciamento do uso da marca, que deve vir acompanhado de outras contratações, dando a configuração necessária a uma operação de franquia. Normalmente a licença de uso de marca ou patente vem acompanhada de prestação de serviços técnicos, de organização da empresa, fornecimento de mercadorias, treinamento de pessoal, processos contábeis, etc.

Os contratos mais importantes que até podem ser individualmente considerados são, em sua maioria, nas franquias atuais são:

- Licença de uso de marca
- Fornecimento de mercadorias
- Transferência de tecnologia (know how)
- Operação (engineering)
- Administração (management)
- Publicidade (marketing)

e, ainda, eventualmente, treinamento de pessoal, orientação fiscal e contábil, assessoria jurídica e todos os demais necessários ao pleno funcionamento do negócio.

O contrato de licença de uso de marca ou patente é a matriz dos contratos de franquia. É a essência da operação. Nas franquias mais antigas, denominadas de franquias de primeira geração, o contrato se compunha de duas partes: a licença de uso e a assistência técnica de organização do empreendimento.

Embora não essencial para a configuração do contrato de franquia, o fornecimento de mercadorias pelo franqueador é praxe na maioria dos contratos desse tipo, porque a operação da empresa tem por objeto a mercadoria específica produzida pelo franqueador. Caso da McDonald's, Amor aos Pedacos, Água de Cheiro, O Boticário e tantos outros cujo produto principal é o objeto do contrato.

Pode a franquia conter, também, a previsão de transferência de tecnologia (know how) pelo qual algum processo de fabricação, ou de comercialização, ou de apresentação de produtos faz parte do pacote, este sempre com cláusula de confiabilidade.

Existe, ainda, a possibilidade de haver a previsão da entrega de projetos arquitetônicos, de operação de negócio, ou fornecimento de plantas industriais, denominados de contratos de “engineering”.

A administração do negócio também pode ser objeto de transferência de conhecimentos sobre a organização administrativa, e essa possibilidade é conhecida pelo nome de contrato de “management”.

A publicidade ficará, sempre, sob a responsabilidade do franqueador, para evitar conflitos com interesses dos franqueados e entre eles próprios. Assim as operações de “marketing”, bem como a forma de sua remuneração, conhecida como taxa de propaganda, deverão ser previstas no contrato de franquia.

Em resumo, podemos reconhecer, nos contratos de franquia, três capítulos distintos que podem ou não estarem vinculados:

- a) o contrato de licenciamento de marca ou patente;
- b) os contratos que dizem respeito à organização empresária (engineering, management, e marketing); e
- c) contrato de fornecimento de mercadorias.

O único indispensável é o contrato de licenciamento de marca ou patente, no qual o titular do direito de propriedade intelectual (propriedade industrial) concede ao franqueado o direito temporal de uso em troca de determinada remuneração (royalties).

De acordo com a definição legal, para a caracterização do contrato de franquia, portanto, se faz necessário:

- a) o contrato celebrado entre franqueador e franqueado, após a aceitação dos termos da Circular de Oferta policitada pelo franqueador;
- b) exploração de marca ou patente, com assistência permanente do franqueador;
- c) independência jurídica do franqueado, nos termos do contrato;
- d) exclusividade de território;

e) onerosidade do contrato.²¹

A característica mais importante do contrato de franquia, tendo em vista que a relação jurídica por ele criada faz nascer uma subordinação do franqueado ao franqueador (como veremos adiante na análise dos direitos e deveres das partes) é a *independência do franqueado*, que se revela na sua autonomia financeira e jurídica. Fazendo o franqueado parte integrante da cadeia de distribuição, mas não tendo nenhuma participação na franquadora. Essa característica essencial dos contratos de franquia foi ressaltada por Fran Martins, em sua obra “Contratos e Obrigações Comerciais” de 1990.²²

ELEMENTOS DOS CONTRATOS DE FRANQUIA

Os elementos que caracterizam um contrato de franquia, pelas regras estabelecidas pela Lei Federal nº. 8.955/94, são:

1. PARTES INTERVENIENTES:

a) FRANQUEADOR (franchisor), titular de nome ou marca, ideia, produto, serviço, método, processo ou equipamento e que tenha poderes para dispor da marca de serviço ou de produto, bem como realizar todas as obrigações constantes na Circular de Oferta e no contrato celebrado com o franqueado, permitindo a exploração do negócio por terceiros.

b) FRANQUEADO (franchisee), cessionário que se obriga, nos termos do contrato celebrado com o franqueador a participar da distribuição dos produtos ou serviços da marca licenciada.

2. LICENCIAMENTO DE USO DE MARCA DE PRODUTO OU SERVIÇO:

A franquia, como vimos, na sua história, nasceu do licenciamento do uso de marca como forma de expansão da rede de fornecedores de um determinado produto ou serviço, ao qual se agregava principalmente a prestação de serviços técnicos. Foi assim com a maioria das fábricas de veículos automotivos (Ford, GM, etc.) que contrataram a utilização de suas marcas para melhorar a distribuição dos seus produtos, agregando, ainda a prestação de assistência técnica para os compradores. A medida que esse tipo de contratação

²¹ Confira-se Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, Saraiva, São Paulo, 3°. Vol. 21^a. Ed. 2005.

²² Ed. Forense, Rio, 1990, pag. 578.

evoluiu, as relações jurídicas entre as partes se tornaram mais complexas, agregando-se novos contratos para novas necessidades, como vimos no exemplo da McDonald's. Entretanto, sem a existência do contrato de licenciamento de uso da marca de produto ou serviço não existiria contrato de franquia.

3. INEXISTÊNCIA DE VINCULO TRABALHISTA:

Como já transcrito acima, expressamente, o art. 2º. da Lei Federal nº. 8.955/94, diz que *“Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, , sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.”*

Ambos são sociedades empresárias, num relacionamento empresarial complexo, no qual, por força da natureza jurídica das tratativas, o franqueado se subordina contratualmente ao franqueador. Essa subordinação contratual, entretanto, não implica na subordinação definida no art. 2º. da Consolidação das Leis do Trabalho. Essa questão será abordada mais adiante pois existem manifestações da Justiça do Trabalho sobre essa matéria que exigem maior atenção.

4. UNIÃO VERTICAL DE EMPRESAS:

A finalidade do contrato de franquia é exatamente a constituição de uma rede de distribuição dos produtos ou serviços titularizados pelo franqueador, e que na medida em que aumenta o número dos franqueados deve criar uma sociedade, diferente da sua própria, para se dedicar exclusivamente à administração da rede.

O direito brasileiro não cuida da união vertical de empresas, muito embora trate, nos arts. 265 a 277 da Lei das Sociedades por Ações (Lei Federal nº. 6.404/76), do grupo de sociedades, cujo objeto é a interparticipação acionária entre elas (controladora e controladas). No caso de franquia não temos participação acionária entre franqueador e franqueados, mas coparticipação na empresa. Empresa aqui conceituada como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

5. POSSIBILIDADE DE DEMARCAÇÃO TERRITORIAL DE ATUAÇÃO:

Na Circular de Oferta e na minuta do contrato a ser celebrado deve constar “em relação ao território, se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso

positivo, em que condições o faz; e possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações.” (inciso X do art. 3º da Lei nº. 8.955/94);

6. DEFINIÇÃO PRECISA DOS CUSTOS DA CONTRATAÇÃO:

O contrato de franquia é um contrato oneroso, bilateral, (que muito embora tenha a característica de um contrato de adesão, uma vez que na Circular de Oferta já há uma minuta do contrato a ser celebrado e que não pode ser diferente entre os franqueados) que deve conter, de forma clara e específica todos os encargos de ambas as partes. E o principal desses encargos para o franqueado é o pagamento do preço, como determina o inciso VII da Lei n. 8955/94:

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;*

A Circular de Oferta deve conter uma estimação do investimento necessário para a implantação do negócio pelo franqueado.

Pode haver ou não uma taxa inicial (initial fee, entry fee ou entrance fee), denominada pela lei de “taxa de filiação” ou “taxa de franquia” que tem por finalidade remunerar o franqueador pelas despesas que fez ao consolidar a sua marca e formatar o seu empreendimento.

Poderá essa taxa inicial, também, ser uma caução, nos termos da lei, muito embora não tenha sido utilizada a hipótese.

O contrato deve estipular um pagamento periódico ou por resultado (royalties) que pode ser fixo, mas na maioria das vezes é um percentual calculado sobre o faturamento. Ou mesmo um sistema misto que preveja um pagamento mínimo mensal e um percentual sobre o faturamento.

É cobrada também uma taxa de propaganda que tem a finalidade de possibilitar ao franqueador a promoção de campanhas publicitárias em benefício de toda a sua rede de franqueados.

O contrato pode, ainda, prever, um pagamento à título de seguro, ou conter a obrigação do franqueado de celebrar um contrato de seguro com alguma companhia seguradora num determinado montante contra os riscos eventuais do negócio.

Todas essas taxas, pagamentos e remunerações devem estar previamente previstos nos contratos de franquia sob pena de impossibilidade de sua exigência.

Há a previsão, ainda, da possibilidade de cobrança de aluguel pelos equipamentos ou pelo prédio, ou ainda pelo estabelecimento, cujas regras deverão estar no contrato de franquia e não se submetem ao regime jurídico da Lei n. 8.245/91 (direito de retenção, direito de preferência, direito de renovação compulsória e direito de retomada para uso próprio):

"O contrato de franquia não se confunde com nenhum outro contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. Ainda que híbrido, não pode ser configurado como a fusão de vários contratos específicos" (voto-vista proferido por este signatário no julgamento do REsp 189.225/RJ, in DJ de 03.06.2002). Dessa forma, o contrato de franquia não pode ser qualificado como uma espécie de contrato de locação de bem móveis, consoante entendeu a Corte de origem, pois que configura um contrato complexo, autônomo e não subordinado a nenhuma outra figura contratual." REsp 403799 / MG. (2001/0194942-9) Relator Ministro FRANCIULLI NETTO (1117) 2ª. Turma, em 19/02/2004, DJ. 26/04/2004, pag. 159.

Além dos valores mencionados no inciso VII e VIII do mesmo art. 3º da Lei, após a celebração do contrato nada mais poderá ser cobrado do franqueado, a qualquer pretexto, mesmo em casos extraordinários, pois isso implica em transgressão grave dos termos do contrato, sujeitando a uma das partes ao arbítrio da outra.

7. O DEVER DE BOA-FÉ CONTRATUAL

O dever de se observar a boa-fé nas relações contratuais introduzido no direito brasileiro pelo art. 422 do Código Civil de 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Não cabe aqui a análise do significado do conceito de boa-fé contratual, “dada a alta complexidade do tema”²³ mas como afirma Fábio Ulhøa Coelho: “Em razão da cláusula geral de boa-fé objetiva, os contratantes devem-se, tanto nas negociações como na execução do contrato, mútuo respeito quanto aos direitos da outra parte.” Como o contrato de franquia é um contrato de execução continuada a conduta dos contratantes deve ser a de lealdade e boa-fé, não só um em relação ao outro, como também e principalmente ao objeto da empresa contratada. Cumpre ao franqueado, assim, mesmo que o contrato não o preveja, “manter a reputação dos produtos ou serviços que distribui”.²⁴

8. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO NEGÓCIO

Independentemente da existência ou não de cláusulas contratuais específicas é sumamente importante que os empresários envolvidos numa operação de franquia, tanto o franqueador como o franqueado, cumpram todos os deveres impostos pela natureza desse negócio. Pode não fazer parte do contrato a previsão da obrigação do franqueado e do franqueador de manterem em ordem as suas obrigações burocráticas, fiscais, tributárias, contábeis, legais ou outras exigidas no exercício da empresa e na existência de sociedade empresária, mas cumpre ao empresário a obediência a todas as regras atinentes à sua atividade.

Na elaboração de uma Circular de Oferta e na redação do pré-contrato, ou modelo de contrato de franquia, é importante que os advogados se atentem para esse fato e incluam no instrumento essas normas, como regras contratuais de observância obrigatória, no sentido de se evitar questões futuras.

²³ Cf. Coelho, Fábio Ulhøa, in Curso de Direito Civil, vol. 3, 4ª. edição. Ed. Saraiva, 2012, p. 48, onde ele atribui essa expressão a Martins-Costa, 1998 e 1999; 273/377; Nery Jr. 2003; Cordeiro, 1983:1182/1184.

²⁴ Diniz, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º vol., 21. edição, Ed. Saraiva, p. 728

OS INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CONTRATAÇÃO:

1. TITULARIDADE DO DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE MARCA E PATENTE

O contrato de franquia só poderá ser celebrado se o franqueador for titular do direito de exploração de marca ou de patente, quer por titulação própria, quer por cessão de terceiro cujo contrato permita a operação com subfranqueados ou subcontratantes.

2. CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA – COF (Circular Offering)

A contratação de uma franquia começa com o denominado CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA – COF (Circular Offering), verdadeiro pré-contrato necessário e indispensável para a posterior celebração do contrato definitivo, pelo qual, com a cláusula de “disclosure” fornece aos interessados as informações básicas sobre o negócio a ser celebrado, como se vê da redação do artigo terceiro da lei de regência:

“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;

No histórico deve constar, obrigatoriamente, as informações cadastrais completas do franqueador começando com a história do seu desenvolvimento, desde a criação até a atualidade, ressaltando sua forma societária, com a indicação do endereço da matriz e filiais, agências ou sucursais, e a qualificação completa dos sócios ou acionistas, e suas ligações societárias, utilização de nomes de fantasia ou títulos de estabelecimento.

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

As demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios são aquelas publicadas e aprovadas pela respectiva assembleia ou reunião de quotistas, não sendo necessária a elaboração de balanço de determinação ou seja de balanço especial para compor os documentos necessários da circular de oferta.

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 subfranqueados, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

Comumente denominada de “due diligence”, há a necessidade de se efetuar uma relação de todas as ações judiciais nas quais o franqueador, as empresas coligadas e controladas, sejam autor, réu ou interessado, inclusive reclamações trabalhistas e execuções fiscais nas quais seja reclamado ou executado, e também questionamentos quanto às marcas, patentes e direitos autorais, com relação ao negócio e seus subfranqueados.

Deve haver, obrigatoriamente, a descrição pormenorizada de eventuais ações judiciais promovidas contra a franqueadora pelos franqueados (ou subfranqueados, como diz a lei) para que o pretendente à fazer parte da rede de franqueados não possa alegar, em caso de dificuldade futura, que foi enganado por ocultação de informações relevantes ou insuficientes e que poderiam servir de fundamento de rescisão contratual.

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

O franqueador deve fornecer ao candidato a franqueado um verdadeiro “portfólio” do seu negócio, com as mesmas características e informações do “prospecto” previsto no art. 84 da Lei Federal n. 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações). Quanto mais informações forem disponibilizadas ao candidato com relação ao negócio, menor o risco de o franqueador ser posteriormente questionado na justiça pela omissão. É importante se lembrar de que a Circular de Oferta, como veremos adiante, é um verdadeiro pré-contrato que pode gerar efeitos futuros no relacionamento empresarial.

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

A descrição do “perfil” do franqueado desejado pelo franqueador é muito importante para que o candidato avalie, previamente, as possibilidades de êxito do seu investimento de capital na operação. É óbvio - como veremos adiante – que o êxito da empreitada depende, na sua maior parte, do esforço do franqueado. Muito embora a participação do franqueador seja necessária para o sucesso da rede, é o franqueado quem efetivamente dirige o seu negócio. E a aptidão prévia do candidato é, indiscutivelmente, fator preponderante do seu sucesso ou fracasso.

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

A Circular de Oferta e a minuta do contrato de franquia a ser celebrado devem prever os requisitos indispensáveis da participação do candidato na operação e na administração do negócio principalmente como forma de se apurar eventuais responsabilidades, pois é evidente que a falta de interesse do franqueado vai repercutir não só no êxito de seu negócio, como e principalmente, no negócio todo, prejudicando o franqueador e os demais franqueados da rede.

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;

Já vimos acima que a descrição pormenorizada do preço da franquia é uma condição essencial do contrato, porque nenhum outro valor poderá ser, posteriormente, exigido do franqueado, à que título for. Todas as verbas e pagamentos que não estiverem previstos no contrato serão de única e exclusiva responsabilidade do franqueador e não poderão ser exigidos do franqueado.

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;

É sumamente importante que o candidato a franqueado seja informado previamente, - antes de investir os seus recursos na rede (às vezes economias de toda uma vida), - não pelo franqueador, mas pelos outros franqueados, especialmente pelos que já se desligaram da rede, tomando conhecimento das dificuldades que poderá eventualmente enfrentar.

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

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

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

A territorialidade é, também, um requisito importante desse contrato, porque, como se trata de uma rede, a atuação individual dos participantes deve encontrar limites geográficos para se evitar a concorrência entre eles, o que sem dúvida, seria desastroso não só para cada um dos participantes mas especialmente para o negócio como um todo.

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;

Hoje em dia, o denominado contrato de “engineering” faz parte integrante dos contratos de franquia. Quer no seu modelo clássico de “turn key”, pelo qual a obra só é entregue em pleno funcionamento; como

na fixação de padrões de construção, especialmente quanto à exclusividade de fornecedores. O item XI desse artigo prevê a hipótese. Na Circular de Oferta deve vir, detalhadamente, a descrição das instalações necessárias ao funcionamento do negócio e a quem cabe-las fornecer. A previsão contida nas letras “f” e “g” do item seguinte – o XII – “escolha do ponto onde será instalada a franquia” e layout ou padrões arquitetônicos das instalações” deveria fazer parte deste inciso XI, pois diz respeito exatamente às exigências para a implantação do negócio e não à sua operação, que é objeto do inciso XII. O “layout” ou os padrões arquitetônicos constituem aquilo que denominados de “trade dress”, que é a identificação visual do negócio e passível de defesa concorrencial com fundamento nas hipóteses do art. 209 do Código de Propriedade Intelectual (Lei Federal n. 9.279/96):

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento a prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta lei, tendentes a prejudicar a reputação e os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, indústrias ou prestadores de serviços, ou entre produtos ou serviços colocados no comércio.

Muito embora a lei de proteção à concorrência desleal não preveja especialmente a hipótese, já há construção jurisprudencial no sentido de se proteger o “trade dress” com fundamento no transcrito art. 209 do Código de Propriedade Industrial.

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;*

Não se pode desconhecer a importância do treinamento do franqueado e de seus funcionários e do fornecimento dos manuais da franquia para a adaptação do candidato ao novo negócio e para que tome conhecimento das melhores práticas negociais. O mais importante, porém, é a questão relativa à supervisão da rede e a previsão da criação de um Conselho de Franqueados, que terá por finalidade, unificar a participação e a representação junto ao franqueador. A atuação do Conselho de Franqueados é de suma importância, não só para a defesa dos interesses de cada um dos seus membros, como para o bom desenvolvimento da marca e de sua rede.

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

A titularidade do uso da marca é essencial para o contrato de franquia, como já vimos. Como a marca depende de registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial, o candidato deve ser informado de qual natureza jurídica é a propriedade da marca a ser explorada pelo franqueador. Pode suceder – e sucede nas chamadas “master franquias” – que o franqueador não é o titular do direito da marca, mas tem apenas uma autorização temporária de seu uso. E essa situação deve ser bastante clara na Circular de Oferta.

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;*

Sumamente importante, também, é o estabelecimento na Circular de Oferta e que certamente constará do contrato de franquia, da previsão de dois acontecimentos possíveis de ocorrerem após a expiração do contrato de franquia: a confidencialidade e a concorrência.

Deve haver uma cláusula dispondo sobre a não divulgação de conhecimentos que o franqueado adquiriu durante o exercício da franquia, e não só sobre o denominado “segredo de indústria” (ou know how). Por “know how”, ou segredo de indústria, se entende um invento ou um processo de obtenção de um produto, que o detentor não exerceu o direito de obtenção de privilégio junto ao INPI, exatamente para evitar a sua divulgação e incidir na temporalidade que o privilégio acarreta. É muito comum no ramo de perfumaria e no de cosméticos, onde a manutenção do segredo (know how) de fórmulas de perfumes ou cremes estéticos impede que ao cabo de algum tempo essa fórmula caia o domínio público. É o caso do famoso perfume

“Chanel n.º. 5” criado em 1921 cuja fórmula ninguém consegue reproduzir,²⁵ muito embora sejam conhecidos os seus componentes.

Além dos segredos de indústria podem existir processos não patenteáveis de uso exclusivo do franqueador cuja divulgação pode ser impedida através de cláusula de confidencialidade. Por exemplo, um corte diferente em produtos alimentícios (carne de boi, peixe, crustáceos) ou aplicação de um molho ou tempero de fórmula desconhecida.

3. MODELO DE CONTRATO DE FRANQUIA

Por último, como um documento indispensável e essencial, a lei exige a apresentação, junto com a Circular de Oferta, de um modelo do contrato padrão, com texto completo, inclusive com todos os anexos. Isto é exigência da necessária uniformidade de tratamento dos franqueados de uma rede e por se tratar de contrato de adesão no qual a única manifestação de vontade do franqueado se limita a aceitar os termos da contratação.

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.”

O fornecimento da Circular de Oferta de Franquia deve ser feita, no mínimo 10 (dez) dias antes da celebração do contrato, sob pena de anulabilidade deste, com a devolução de todas as importâncias pagas, acrescidas de indenização por perdas e danos. (art. 4º).

Além disso, constitui crime a veiculação de informações falsas na circular de oferta, com as mesmas consequências: anulabilidade, restituição de pagamentos ou depósitos efetuados e reparação de perdas e danos (art. 7º).

A NATUREZA JURÍDICA DA CIRCULAR DE OFERTA

²⁵ Diz a Wikipédia, no verbete “Chanel n. 5”, que o perfume foi criado no verão de 1920, quando Chanel tinha como amante o príncipe russo Dimitri Pavlovich, quem a apresentou ao perfumista dos Romanov, Ernest Beaux, o criador do perfume. In http://pt.wikipedia.org.Chanel_n_5

Questão interessante que não cabe nos estreitos limites deste trabalho é a da natureza jurídica da Circular de Oferta. É simples promessa de contrato ou um verdadeiro pré-contrato?

Clovis Bevilacqua, citando Vidari e Gerber²⁶, diz que a simples promessa de contrato não produz efeitos jurídicos - *Nihil stipulator*.

Pela descrição dos termos do parágrafo único do art. 4º. da Lei nº. 8.955/94, vemos que a Circular de Oferta é uma simples promessa de contrato e não tem natureza jurídica de um verdadeiro pré-contrato:

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

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

Assim, para nós, a Circular de Oferta, tal qual desenhada na lei de regência, não é um pré-contrato ou contrato preliminar, porque não produz efeitos no mundo jurídico, e não cria vínculos jurídicos entre as partes pré-contratantes. Não cria expectativas para o futuro franqueado porque, como a regra de gerência diz, nada dele pode ser exigido nessa etapa.

Como vamos verificar adiante, junto com a Circular de Oferta deve vir um modelo do contrato-padrão ou, se for o caso, uma minuta do pré-contrato-padrão. O primeiro é o modelo do contrato de franquias igual para todos os franqueados e que deverá ser assinado em caso de conclusão do negócio; e o segundo, um pré-contrato que deverá ser assinado antes da conclusão do contrato definitivo e que serve para possibilitar, na maioria das vezes, o treinamento do interessado. Este pré-contrato, se celebrado e não concluído por culpa do franqueador, pode acarretar direitos de indenização por danos materiais e danos morais.

Mesmo em se levando em consideração que o contrato de franquias é um contrato de adesão, ou “contrato-standard”, a falta de conclusão do mesmo após a entrega da Circular de Oferta, por culpa ou dolo do peticitante, sem participação do oblato, pode gerar danos a serem ressarcidos.

²⁶ (Limongi França, Manual de Direito Civil, Ed. RT., São Paulo, 1969, pag. 20)

As hipóteses são as seguintes:

a) se as negociações se interrompem sem uma conclusão satisfatória para as partes, pode acontecer que durante as tratativas uma das partes não se conduziu de forma leal, e a sua conduta desleal induziu em erro a outra parte. Seja por ter transformado o contrato em contrato inútil; seja porque a ilusão do contratante o levou a perder outras oportunidades. A violação da boa-fé resulta em responsabilidade;

b) a ruptura das negociações pode ser injusta ou arbitrária gerando os mesmos efeitos da condução desleal. Não se nega que qualquer das partes tem o direito de romper com o contrato, desde que tenha justa causa que torne legítimo o exercício do direito. (princípio da liberdade econômica²⁷);

c) a deslealdade ou a falta de boa-fé podem, ainda, serem premeditadas por uma das partes, que aplica um verdadeiro logro no outro contratante, ou através de mentiras, ou através de ameaças. A deslealdade, nesse caso, não é ativa, mas omissiva, causando as mesmas consequências.

Entendemos que, na fase pré-contratual, não há como se negar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, porque o policitante é, na definição legal, um “fornecedor” que atrai o interesse do futuro franqueado mediante os termos do um documento de elaboração unilateral (a Circular de Oferta). Após a conclusão do contrato de franquia, porém, não há mais que se falar em proteção consumerista, pois ambos, franqueador e franqueado, são empresários e suas relações são empresariais.

TIPOS DE FRANQUIA

Muito embora não haja nenhuma concordância entre os autores sobre as formas e tipos de franquia, podemos dizer contrato de franquia pode ser classificado conforme três parâmetros diferentes²⁸: forma de gestão empresarial, alcance contratual e quanto à natureza da operação.

1. FORMA DE GESTÃO EMPRESARIAL

Quanto à forma de GESTÃO EMPRESARIAL, temos:

a) **FRANQUIA DE MARCA OU DE PRODUTO**, que é a forma adotada pelas empresas que tem interesse em apenas distribuir um determinado produto de forma exclusiva. As mercadorias são produzidas

²⁷ Roppo, Enzo, O Contrato, Ed. Almedina, Coimbra, 2009, pg. 107

²⁸ Redecker, Ana Claudia, Franquia Empresarial, Ed. Memória Jurídica, São Paulo, 2002, pg.58.

pelo franqueador, ou por terceiros por este contratados, e o franqueado faz a sua distribuição para o consumidor final. Exemplo: Postos de Gasolina (Shell, Esso, Petrobrás), distribuição de Pneus (Firestone, Good Year, Pirelli).

b) FRANQUIA DE NEGÓCIO FORMATADO (BUSINESS FORMAT FRANCHISING), na qual o franqueador desenvolve um modelo de negócio que é integralmente transmitido aos franqueados. O melhor exemplo é o do McDonald's.

2. QUANTO AO ALCANCE DA OPERAÇÃO

Quanto ao ALCANCE DA OPERAÇÃO, temos:

a) FRANQUIA-MESTRE ou MASTER FRANCHISING, que é a técnica segundo a qual o franqueador confere ao franqueado o direito de conceder subfranquias, num determinado território.

b) FRANQUIA DE DESENVOLVIMENTO DE ÁREA ou AREA DEVELOPMENT FRANCHISE, que é uma espécie de *master franchising* na qual o franqueado, denominado *area rep*, tem a incumbência de examinar candidatos à franquia numa determinada área, mas não tem autorização para celebrar o contrato de subfranquia.

c) FRANQUIA DE CANTO ou CORNER FRANCHISING, ou ainda “STREET FRANCHISING”, é o contrato de franquia que tem como local de desenvolvimento da franquia um canto ou um espaço definido dentro de um espaço maior. É o que ocorre nos shopping-center e em seus corredores, com a instalação de quiosques de venda de determinados produtos. Exemplo: Sorvetes Gellato, .

d) CO-BRANDING é um formato de negócio, ainda recente, no ramo de franquias, especialmente imaginado para vir a ser aplicado em cidades menores, onde franqueadores estão unindo os seus negócios e dividindo o mesmo espaço de vendas. Duas ou mais marcas ocupam o mesmo espaço de negócios. Nesse formato, uma mesma loja oferece produtos de diferentes marcas, aumentando o *mix* de produtos a ser oferecido, elevando o faturamento. No Brasil, empresas como Baloné, Puket e Imaginarium, já aderiram esse novo formato, as redes estão dividindo um mesmo ponto de venda em São José do Rio Pardo, interior de São Paulo. O conceito foi criado para operar em cidades pequenas e médias, onde não existem shoppings centers. Este novo formato é interessante, especialmente para novos empreendimentos, pois aproveita um

franqueado para operações complementares, sinérgicas entre si, aliando produtos de marcas diferentes, mas do mesmo público alvo. Para que esse formato dê certo as marcas precisam ter perfis complementares.

3. QUANTO À NATUREZA DA OPERAÇÃO:

Quanto à NATUREZA DA OPERAÇÃO, temos:

a) FRANQUIA DE PRODUTOS, onde o objeto do contrato é a produção e a distribuição de determinado produto, sob supervisão e fiscalização do franqueador que garante a qualidade dos mesmos.

b) FRANQUIA DE SERVIÇOS, também chamada de FRANQUIA DE CONVERSÃO onde o objeto do contrato é a prestação de um determinado serviço que foi desenvolvido pelo franqueador. Exemplo: Hotéis Holiday Inn

c) FRANQUIA DE DISTRIBUIÇÃO, na qual o objeto do contrato é a simples distribuição de um determinado produto ou serviço, ficando a cargo do franqueador a sua produção ou aquisição. Exemplo: Amor aos Pedacos, O Boticário.

d) FRANQUIA INDUSTRIAL, pela qual o franqueador transfere ao franqueado os seus processos de produção de uma determinada mercadorias. É uma simbiose entre o contrato de “know how” com licença de uso de marca. Exemplo: Parmalat, Coca-Cola.

OUTRAS CLASSIFICAÇÕES

1. QUANTO À EXCLUSIVIDADE

Sob a ótica da EXCLUSIVIDADE, podemos ainda distinguir:

a) FRANQUIAS DE CANAL ALTERNATIVO no qual não há a cláusula de exclusividade, ou seja, o franqueado pode negociar com outras marcas, inclusive concorrentes. Exemplo: Ellus;

b) FRANQUIAS DE CANAL EXCLUSIVO, oposto do modelo anterior, no qual o franqueado fica obrigado, por cláusula contratual de exclusividade a só negociar com um determinado produto, sendo impedido de oferecer qualquer outro produto no mesmo local. Por exemplo: Boticário, Benetton.

2. QUANTO À EVOLUÇÃO TÉCNICA

Do ponto de vista meramente TÉCNICO-ECONÔMICO, temos ainda a classificação encontrada na Associação Brasileira de Franchising que reconhece:

a) FRANQUIA DE 1ª. GERAÇÃO, onde o objeto do contrato é o fornecimento de produto ou serviço e licença temporária de uso de marca;

b) FRANQUIA DE 2ª. GERAÇÃO, onde o objeto do contrato, além do fornecimento de produto ou serviço e da licença de uso temporário da marca se acresce o direito de distribuição exclusiva;

c) FRANQUIA DE 3ª. GERAÇÃO, é a denominação que se dá ao contrato de franquia que além das cláusulas dos dois primeiros há o acréscimo de suporte para a operação do negócio (engineering);

d) FRANQUIA DE 4ª. GERAÇÃO, quando além dos anteriores acrescenta-se a exclusividade do franqueador nas campanhas publicitárias de marketing;

e) FRANQUIA DE 5ª. GERAÇÃO, na qual o contrato não concede nenhuma liberdade ou uma mínima liberdade para o franqueado (menor risco).

OBRAS CONSULTADAS

ABRÃO, Nelson, *Da franquia comercial*, Ed. RT, São Paulo, 1984.

BARROSO, Luiz Felizardo, *Franchising, Modificações à Lei Vigente, Estratégia e Gestão*, Ed. Forense, Rio, 2003

BARROSO, Luiz Felizardo, *Franchising & Direito*, Ed. Lumen Juris, Rio, 2ª. Ed. 2002

BENJAMIN, Antônio Herman, *Manual de Direito do Consumidor*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

BERTOLDI, Marcelo M. e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *Curso Avançado de Direito Comercial*, Ed. RT. São Paulo, vol. 2, 2003.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 1ª ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2008

CHERTO, Marcelo, *O Franchising e a Lei*, Instituto de Franchising Com. E Eventos Ltda., São Paulo, 1996.

COELHO, Fabio Ulhôa, *Curso de Direito Comercial*, Ed. Saraiva, São Paulo, vol. 1, 2012.

----- . *Manual de Direito Comercial*, Saraiva, São Paulo, 1993.

----- . *Considerações sobre a lei de franquia* in Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, 16:15-21, maio-jun./1995.

COMPARATO, Fabio Konder, *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*, Ed. Forense, Rio, 1983.

CRETELLA NETO, José, *Do Tratado Internacional de Franchising*, Ed Forense, Rio, 2000.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 3. Vol. Saraiva, São Paulo, 21ª. Ed. 2005.

GOMES, Orlando, *Contratos*, Editora Forense, Rio, 14ª edição, 1994.

LOBO, Jorge, *Contrato de Franchising*, Ed. Forense, Rio, 3ª. Ed. 2003.

MARQUES, Claudia Lima, *A Nova Crise do Contrato*, Ed. RT. São Paulo, 2007.

MILMAN, Fábio, *Franchising*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, in Instituições de Direito Civil,, vol 3, 7ª. ed. Ed. Forense, Rio, 1996, pag. 6.

PINHEIRO DA SILVA, Marcela, *Franchising: Repercussões Trabalhistas do Contrato de Franquia*, in Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, vol. 25, fev/mar. 2009, pgs. 80 e sgts.

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

SILVA PEREIRA, Caio Mario, *Instituições de direito civil*, Ed. Forense, Rio, 5ª. Ed., 1976

SILVEIRA, Newton, Novos Contratos Empresariais, obra conjunta, Coordenador Carlos Alberto Bittar, Ed. RT, 1ª. ed., 1990.

SIMÃO FILHO, Adalberto, *Franchising, Aspectos Jurídicos e Contratuais*, 2ª. Ed. Ed. Atlas, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto, *Responsabilidade Civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial: Apontamentos*. in Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, vol. 15, jun/jul/2007, pgs. 54 e sgts.

SEBRAE/SP. *Franchising, Como adquirir uma Franquia*, Manual Prático, 1997