



**FELIPE ROSSI DO VALLE**

**IMPACTO DO *E-COMMERCE* NOS CONTRATOS DE *FRANCHISING*:  
Análise prospectiva da concorrência desleal no Brasil.**

Monografia de conclusão de curso apresentada à banca examinadora do Centro Universitário de Brasília, como exigência parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação da Professora Samira Otto.

BRASÍLIA

2010

**FELIPE ROSSI DO VALLE**

**IMPACTO DO *E-COMMERCE* NOS CONTRATOS DE *FRANCHISING*:  
Análise prospectiva da concorrência desleal no Brasil.**

Monografia de conclusão de curso apresentada à banca examinadora do Centro Universitário de Brasília, como exigência parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito sob a orientação da Professora Samira Otto.

BRASÍLIA

2010

A minha vó Ninon que me ajudou desde o início, aos meus pais e irmão por todo o apoio dado, à tia Dinda por tornar tudo possível, à tia Cida pela conversas, aos tios Wagner e Junia por me darem uma escolha e à minha namorada pela compreensão e carinho.

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a minha cara Professora Samira Otto, exemplo de mestre a amiga, pelo inestimável apoio e pela indispensável orientação que me deu para a realização deste trabalho.

### ***O caminho não escolhido***

*“Num bosque amarelo dois caminhos se separavam,  
E lamentando não poder seguir os dois  
E sendo apenas um viajante, fiquei muito tempo parado  
E olhei para um deles tão distante quanto pude  
Até que se perdia na mata;  
Então segui o outro, como sendo mais merecedor,  
E vendo talvez melhor direito,  
Porque coberto de mato e querendo uso  
Embora os que por lá passaram  
Os tenham realmente percorrido de igual forma,  
E ambos ficaram essa manhã  
Com folhas que passo nenhum pisou.  
Oh, guardei o primeiro para outro dia!  
Embora sabendo como um caminho leva para longe,  
Duvidasse que algum dia voltasse novamente.  
Direi isto suspirando  
Em algum lugar, daqui a muito e muito tempo:  
Dois caminhos se separaram em um bosque e eu...  
Eu escolhi o menos percorrido  
E isso fez toda a diferença.”*

*Robert Frost, 1916*

## RESUMO

Nos últimos anos, o avanço da tecnologia junto a criação da Internet, proporcionou ao mundo, a constituição de um novo ambiente de interação social, particularmente atraente pela facilidade de comunicação a qualquer distância e em tempo real de voz, dados e imagens. A exploração econômica deste fascinante meio de relacionamento interpessoal, os famosos *e-commerce*, já impõe aos operadores jurídicos inúmeros desafios, sobretudo em relação à concorrência desleal. O exemplo mais claro observado no contexto da economia nacional gira em torno dos *franchising*, onde os franqueadores, atraídos por uma maior exposição de suas marcas a nível global, ingressam no mercado virtual, gerando, por mais que indiretamente uma concorrência desleal junto a seus franqueados. Propõe-se por este trabalho, analisar tal cenário a luz do direito concorrencial brasileiro, conceituando seus agentes, institutos e normativas, de forma a contribuir para a consolidação de uma dogmática jurídica específica sobre a concorrência exercida pelo *e-commerce* ao instituto do *franchising*.

Palavras-chave: *Franchising*. Direito concorrencial. Direito empresarial. Concorrência desleal. CADE. *E-commerce*.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
DF	Distrito Federal
EUA	Estados Unidos da América
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
LTDA	Limitada
ME	Micro Empresa
PI	Propriedade Intelectual

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I: CONTRATOS DE <i>FRANCHISING</i> .....	4
1.1 Evolução histórica.....	4
1.2 Conceito do franchising.....	6
1.3 O direito brasileiro.....	8
1.4 Natureza jurídica.....	9
1.5 Regulamentações comparadas.....	15
1.6 Aspectos jurídicos: riscos do contrato.....	19
1.7 Elementos essenciais.....	20
CAPÍTULO II: DIREITO DA CONCORRÊNCIA E OS CONTRATOS DE <i>FRANCHISING</i> .....	24
2.1 Concorrência: O que é?.....	24
2.2 Direito da concorrência no Brasil.....	26
2.2.1 Legislação antitruste.....	26
2.2.2 Concorrência desleal.....	31
2.3 Contratos de franchising: Infração a concorrência?.....	35
2.3.1 Propriedade intelectual.....	35
2.3.2 Infração a ordem econômica.....	37
2.3.3 Concorrência desleal.....	38
CAPÍTULO III: <i>E-COMMERCE</i> E OS CONTRATOS DE <i>FRANCHISING</i> .....	39
3.1 E-commerce.....	39
3.1.1 Relação site/estabelecimento comercial.....	41
3.1.2 Princípios do contrato e legislações.....	43
3.1.3 Aspectos jurídicos.....	45
3.2 E-commerce e a concorrência nos contratos de franchising.....	48
3.3 Aspectos Legais.....	49
3.2.1 Infrações a ordem econômica.....	50
3.2.2 Concorrência desleal.....	50
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55



## INTRODUÇÃO

Com um faturamento em 2009 de mais de 63 bilhões reais, o *franchising* assume no Brasil uma potencia de mais de 1,6 mil redes e 79,9 mil unidade espalhadas em todo o território nacional. É uma massa de mais de 700 mil funcionário espalhados em mais de 20 setores da economia e um crescimento anual na margem dos 16% que tornam o sistema de *franchising* uma referencia no mercado nacional.<sup>1</sup>

O *e-commerce* vem se impondo de forma expressiva no mercado nacional. Com um crescimento de mais de 170% no últimos dois anos, este atinge no ano de 2009 um faturamento de mais de 13 bilhões de dólares americanos.<sup>2</sup> É um mercado de mais de 50 milhões de usuário só no Brasil e quase 2 bilhões a nível global que tornam deste novo instituto um exponencial instrumento de vendas, desenvolvimento de marcas e produtos.<sup>3</sup>

Os dois institutos despontam na atualidade como grandes referências modernas de exploração comercial no mercado. Atraindo a atenção de vários empresários em todo território nacional devido a seus altos retornos de investimento, grande propagação de marcas e baixos investimentos iniciais, esta nova combinação nem sempre é saudável à economia e principalmente à concorrência. Se de um lado a *e-commerce* pode beneficiar a aplicação do *franchising*, sendo um instrumento de forma cooperativa para a melhora da atuação dos empresários, por outro lado ele pode provocar danos aos franqueados em função de um atuação supostamente irregular, problemática, ilegítima e desleal.

Esta constatação surgiu perante uma análise fática junto a situação atual análoga da sociedade Chiquita Bacana Comércio de Acessórios Femininos LTDA ME, pessoa jurídica de direito privado situada em Brasília – DF, o que motivou o presente trabalho ante o questionamento em saber se a combinação entre *franchising* e o *e-commerce* poderia constituir em alguma modalidade comercial anticoncorrencial.

---

<sup>1</sup> Jornal Valor. Caderno Especial: Pequenas e médias empresas. **Dividir para multiplicar**. Matéria do dia 31 de maio de 2010.

<sup>2</sup> G1 - Tecnologia e Games. **Estudo revela que comércio on-line cresceu 170% no Brasil em dois anos: Faturamento do e-commerce no país atingiu US\$ 13,23 bilhões em 2009. Na América Latina e Caribe, crescimento foi de 39,2% no mesmo período.** <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/08/estudo-revela-que-comercio-line-cresceu-170-no-brasil-em-dois-anos.html>. Acesso dia 21/09/2010.

<sup>3</sup> Internet World Stats: Usage and Population Statistics. **Internet Usage and Population in South America.** <http://www.internetworldstats.com/stats15.html>. Acesso dia 21/09/2010. (tradução nossa)

A sociedade supracitada, titular da marca “Chiquita Bacana”, iniciou suas atividades no ano de 2005 com apenas um estabelecimento, situado em comércio local na região sul de Brasília. Como forma de promoção da marca e uma maior comunicação com o mercado consumidor, foi criado no ano de 2007 um *blog*<sup>4</sup> onde a empresa atualizava suas informações institucionais e anunciava eventuais estratégias comerciais. Com o grande aumento de visibilidade derivada da exposição virtual, surgiu no ano de 2009 a oportunidade de franquear a marca, expandindo-a através de nova sociedade empresária estabelecida num dos maiores *shopping* da cidade, bem como com a ampliação de suas atividades no meio virtual.

É criado no ano de 2010 o comércio eletrônico da sociedade, com a finalidade de atingir o mercado nacional, não abrangido pelas lojas físicas, iniciando suas atividade ainda no mesmo ano. Em contrapartida, inicia-se também, no mesmo período, as atividade da franqueada no *shopping* de Brasília com a finalidade de abranger uma maior fatia do mercado da capital federal.

Desde o início notou-se por partes dos sócios e franqueados a interferência nas operações de venda a partir da atuação da sociedade com estabelecimento virtual. Houve tentativas de restrição a esta concorrência indesejada, intramarcas, como bloqueio de acessos ao estabelecimento virtual advindos da região de Brasília – DF, bem como restrições de envios por parte da loja virtual a qualquer CEP da região de Brasília – DF; mas as iniciativas foram implementadas sem sucesso.

Diante de tais constatações, o presente trabalho tem como objetivos principais:

- A conceituação e elaboração de um estudo detalhado a respeito da estrutura identificadas nos contratos de *franchising*.
- A análise do instituto do *franchising* junto ao direito concorrência Brasileiro, e identificação de seus pontos fundamentais.

---

<sup>4</sup> “Página da internet que pode ser criada por qualquer pessoa, com conteúdo livre, ger. pessoal (histórias, ideias, imagens), e que depende de autorização do criador para que os visitantes possam adicionar comentários.” - iDicionário Aulete. **Blog**. [http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete\\_digital&op=loadVerbete&pesquisa=1&palavra=blog&x=0&y=0](http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete_digital&op=loadVerbete&pesquisa=1&palavra=blog&x=0&y=0). Acesso dia 23/09/2010.

- O estudo dirigido junto as novas tecnologias de promoção de venda e abrangência de mercado relevante abarcado no *E-commerce*.
- A discussão do conceituado *e-commerce* junto a estrutura de mercado e concorrência e principalmente ao instituto do *franchising*, sob a finalidade de identificar seus principais pontos relevantes.

Como metodologia, privilegiou-se a pesquisa bibliográfica, tendo-se ainda recorrido de forma complementar a jurisprudência brasileira e análise de processos administrativos pertinentes. Análises comparativas e dados estatísticos também foram utilizados como métodos. A partir destes instrumentos buscou-se oferecer uma análise conceitual de *franchising* e *e-commerce*, bem como estabelecer um diálogo entre esses institutos com as normas e estruturas do direito concorrencial brasileiro, a fim de identificar, de forma direcionada, os pontos relevantes à investigação pretendida.

Vale mencionar sobre a grande dificuldade deste pesquisador em conseguir bibliografia especializada que tratassem de forma simultânea os institutos jurídicos envolvidos nesse trabalho. A maior parte das obras editadas discute concorrência ou *franchising* ou *e-commerce*, mas nada ou, quase nada, que abordasse de forma satisfatória o diálogo entre os institutos. Também a jurisprudência encontrada a respeito é escassa decorrente da grande utilização de tribunais arbitrais na resolução de lides decorrentes de tais institutos.

Finalmente, para tratar do presente contexto, foi dividido o presente trabalho em 3 capítulos. No capítulo 1, explica-se os contratos de *franchising*, natureza jurídica, elementos essenciais, importância da cláusula de exclusividade como essencial a essa modalidade de negócio. No capítulo 2, contextualiza-se o *franchising* nos diferentes aspectos do direito concorrencial brasileiro. Finalmente no capítulo 3, realiza-se uma abordagem possível para se compreender ou discutir os problemas constatados pelas operações comerciais da Chiquita Bacana.

# CAPÍTULO I: CONTRATOS DE *FRANCHISING*

## 1.1 Evolução histórica

A história do *franchising* como ocorre nos dias de hoje se iniciou nos Estados Unidos da América no final do século XIX, mas sob uma análise ampla, pode-se identificar a presença deste instituto em tempos muito mais remotos e de forma rudimentar como a exemplo das expedições marítimas lançadas ao mar no século XV pelos diversos países como Portugal, Espanha, Holanda dentre outros, em busca de especiarias e uma nova passagem para as índias como formas primitivas de *franchising*.

Naquela época, os reis (franqueadores) “franqueavam” navios (o estabelecimento) e os aprestavam (os aprestos, ou apetrechos eram as respectivas instalações) para que, em nome do reino, sob suas armas (suas marcas), os navegadores (comandantes – máster franqueados ou subfranqueadores) buscassem novas terras (hoje novas unidades franqueadas para incorporação à rede – isto é, ao reino), novos produtos (especiarias) e, por fim, mais riquezas (a lucratividade sempre tão almejada por qualquer empreendimento).<sup>5</sup>

Outro exemplo é ainda mais antigo advindo da baixa idade média onde para que agissem em seu nome, cobrando e coletando impostos devidos, a Igreja Católica concedia esta autorização aos senhores feudais, que ficavam com uma parte do valor coletado como forma de remuneração, enviando o restante à Igreja.<sup>6</sup>

Os exemplos dados até o presente momento tratam-se, no entanto, de atividades bem rudimentares, longe de ser como é hoje o *franchising* predicada na economia moderna. O ambiente do pós-guerra e uma economia em crescimento acelerado foram fatores decisivos para que, em meados do século XIX, nascesse nos Estados Unidos da América o que hoje se conhece por *franchising*.

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p 13

<sup>6</sup> CRUZ, Gléria Cardoso de Almeida. *Franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p 15

Foi por volta de 1850, que uma empresa chamada *I. M. Singer & Co.* sem saber acabara criando o primeiro embrião de uma rede de *franchising* na tentativa de distribuir e vender suas máquinas de costura para um público até então cético.<sup>7</sup>

Os Estados Unidos da América saíam da Guerra de Secessão e os industriais do Norte, visando ao comércio com o Sul e Oeste do país, para expandir seus negócios, celebraram acordos diversos com comerciantes destas regiões a fim de que estes passassem a distribuir, através de venda, produtos de marca que possuíam.<sup>8</sup>

Apesar de suas raízes iniciais, o *franchising* não se concretiza até meados de 1950 quando, terminada a Segunda Guerra Mundial, um grande contingente de combatentes retornava aos EUA, que passavam por um crítico momento de diversos problemas socioeconômicos. Muitos ex-combatentes vislumbraram na atividade comercial a resolução imediata do problema da falta de trabalho, porém ressentiam o reflexo de dificuldades de ordem financeira, que impossibilitavam a adoção de grandes investimentos no mercado ou indústrias.<sup>9</sup>

Com a junção destes problemas, surgiu na época a ideia de utilizar o *franchising* como forma de ingresso ao comércio não só dos ex-combatentes, como também de uma gama da população sem experiência, nem prática comercial que almejava um pensamento recém criado no pós-guerra chamado *American Way of Live*, o famoso estilo de vida americano que prezava o capitalismo e a ideia positiva de poder ser seu próprio dono, conceito que hoje é utilizado para atrair novo adeptos ao sistema.

O *franchising* apresentava agora uma conotação mais econômica e indicando a criação de um novo sistema de distribuição, fundado sobre a integração parcial em uma entidade privada de natureza econômica e aparência única, embora constituída por comerciantes e empresários independentes entre si, que adquiririam, de um líder e contra uma remuneração, o privilégio de explorar localmente seu sistema de comercialização.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> *Singer. História*. Disponível em: <http://www.singer.com.br/institucional/historia.asp>. Acesso em 06/04/2010.

<sup>8</sup> CARDELÚS, Lluís. *El contrato de franchising*. Madri: *Promociones y Publicaciones Universitarias*, 1988. p. 9-10. (tradução nossa)

<sup>9</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 566.

<sup>10</sup> MENDEZ, Max de. *Comment réussir em franchise*. Paris: Dunod, 1989. p. 59 (tradução nossa)

A ideia ressurgia de forma tentadora. As empresas que adentravam ao sistema se deparavam com a possibilidade de diminuir custos e atingir os mais diversos pontos do globo terrestre refletindo no fortalecimento das suas marcas.

É quando os gigantes aparecem: Holiday Inns, Roto-Rooter, Dunkin Donuts, McDonalds, Burger King, H. & R. Block, Lee Myles, Midas, 7-Eleven, Dunhill Personnel, Baskin-Robbins, Wendy's, Kentucky Fried Chicken, Pearle Vision Center, Sheraton.<sup>11</sup>

Poucos anos após o chamado boom do *franchising* ocorrido nos EUA, o sistema aportou em vários países da Europa, sendo adotado em largas escalas, principalmente em função das vantagens técnicas que oferecia.

## 1.2 Conceito do *franchising*

A palavra *franchise* vem do Francês antigo numa derivação anglo-francesa cuja partícula *franc* significa liberdade, outorga de um privilégio ou de uma autorização, o que veio a se tornar significado de uma autorização concedida por uma empresa para vender seus produtos ou serviços. Recentemente uma licença comercial.<sup>12</sup>

O espanhol Vicent Chulia<sup>13</sup> entende que o contrato de *franchising* em certo modo, é um contrato de concessão comercial, já que o distribuidor compra e revende. O concedente dá uma autorização para o concessionário utilizar sua marca, geralmente uma marca internacional, integrando-o em sua rede de comercialização e prestando assistência técnica na organização do estabelecimento e da atividade de venda, apresentação do produto, promoção, publicidade e distribuição.

Para o italiano Aldo Frignani<sup>14</sup>, é um sistema de colaboração entre um produtor ou vendedor de bens ou serviços e um distribuidor, jurídica e economicamente

---

<sup>11</sup> State of Wisconsin Department of Financial Institutions. *A Brief History franchising*. Disponível em: <http://www.wdfi.org/fi/securities/franchise/history.htm>. Acesso em 06/04/2010. (tradução nossa)

<sup>12</sup> *Online Etymology Dictionary*. Procura por *franchise*. Disponível em: <http://www.etymonline.com/index.php?term=franchise>. Acesso em 06/04/2010. (tradução nossa)

<sup>13</sup> CHULIÁ, Francisco Vicent. *Compendio crítico de derecho mercantil*. Valência: 1982 v. 2, p. 314 (tradução nossa)

<sup>14</sup> DOTT, A. G. *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale*. Milão: 1978. p. 226 (tradução nossa)

independentes um do outro, por um contrato em que o primeiro concede ao segundo a faculdade de participar, em cadeia de distribuição, do direito de desfrutar de determinadas condições, após pagar soma em dinheiro, bem como o uso da marca, insígnia, patente ou uma simples fórmula ou segredo comercial a ele pertencente.

Para o argentino Jean Guyenet<sup>15</sup>, o *franchising* tomou nos EUA a forma de uma concessão de licença comercial e, no plano da comercialização de produtos, é equivalente a uma concessão de licença de patente.

Para o francês Jean-Pierre Lehnisch, é um método de colaboração entre uma empresa franqueadora, de uma parte, e uma ou várias empresas franqueadas, de outra parte. Esta colaboração tem por objetivo o desenvolvimento acelerado das empresas contratantes pela ação comum, resultante da conjuntura e dos capitais, sempre coma preservação das respectivas independências, dentro de um plano de acordo de exclusividade recíproca.<sup>16</sup>

Para o *International Franchise Association*<sup>17</sup>, uma operação de *franchise* consiste em uma relação contratual entre o franqueador e o franqueado, pela qual o franqueador oferece ou se obriga a manter um contínuo interesse no negócio do franqueado, em campos como o *know-how* e a formação da empresa, em que o franqueado opera sob um nome comercial comum, um método ou procedimento próprio controlado pelo franqueador e em que o franqueado tem ou terá que fazer uma substancial inversão de capital no negócio com seus próprios recursos.

Para o *European Franchise Federation*<sup>18</sup>, o *franchising* define-se como um método de colaboração contratual entre duas partes juridicamente independentes e igualadas, de uma parte, uma empresa franqueante, o franqueador, de outra, uma ou mais empresas, os franqueados. No que concerne à empresa franqueante, implica na propriedade de um razão social, nome comercial, siglas ou símbolos de comércio ou de serviços, de *know-how*, colocados à disposição de uma ou várias empresas franqueado, o controle de um conjunto de

<sup>15</sup> GUYENOT, Jean. *¿Que es el franchising? In: Concesiones comerciales*. Buenos Aires : *Ediciones Jurídicas Europa-América*, 1977. p. 21 (tradução nossa)

<sup>16</sup> MENDEZ, Max de; e Jean-Pierre Lehnisch. *Que sais-je? La franchise commerciale*. Paris : *Presses Universitaires de France*, 1984. p. 11. (tradução nossa)

<sup>17</sup> *The International Franchise Association. Help w/ Acquiring a Franchise-Articles-Most FAQs about Franchising*. Disponível em: <http://www.franchise.org/franchiseesecondary.aspx?id=10008>. Acesso em 06/04/2010.

<sup>18</sup> *European Franchise Federation. What is meant by "franchising"?*. Disponível em: <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique6>. Acesso em 06/04/2010. (tradução nossa)

produtos e/ou serviços apresentados de maneira original e específica e que devem ser adotados e utilizados pelo franqueado. Essas maneiras repousam sobre um conjunto de técnicas comerciais específicas, que já foram experimentadas antes, que são continuamente desenvolvidas e verificadas no que concerne a seu valor e eficácia. O principal objetivo em entabular um contrato de *franchise* entre as duas partes é o de promover benefícios aos franqueadores e franqueados, combinando os recursos humanos e financeiros sem que possa afetar a independência de cada uma das partes. Todo contrato de *franchise* implica um pagamento efetuado sob qualquer forma, do franqueado ao franqueador, em reconhecimento aos serviços consubstanciados no fornecimento do nome, maneira de comerciar, tecnologia e *know-how*. O *franchising* é, por conseguinte, mais que um contrato de venda ou de concessão ou que um contrato de licença, visto que as duas partes aceitam, umas e outras, obrigações importantes em respeito recíproco, formando uma cédula estável numa relação comercial convencional. Um contrato de *franchise* repousa sobre a confiança mútua e as partes buscam a todo o momento evitar os mal-entendidos dentro da relação recíproca e como público em geral. O franqueador garantirá a validade de seus direitos, sobre a marca, insígnia, siglas, slogan etc. e assegurará às empresas franqueado a concessão pacífica de se colocarem a sua disposição.

### 1.3 O direito brasileiro

No Brasil, o instituto do *franchising* é tratado pela Lei 8.955 de 15 de dezembro de 1994.

Para Nelson Abrão<sup>19</sup>, o *franchising* é um contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador), concede seu uso a outro empresário (franqueado), posicionado no nível de distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão comercial, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios realizados pelo franqueado.

Para Waldirio Bulgarelli<sup>20</sup> é uma operação pela qual um comerciante, titular de uma marca, concede o uso desta, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O

---

<sup>19</sup> ABRÃO, Nelson. **Da franquia comercial**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984. p. 10.

<sup>20</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. São Paulo : Atlas, 1986. p. 484.



beneficiário da operação assume integralmente o financiamento de sua atividade e remunera seu contratante com uma porcentagem calculada sobre o volume do negócio; a operação de *franchising* repousa sobre a cláusula de exclusividade, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade.

Para Raquel Sztajn<sup>21</sup> o *franchising* tem por objeto a utilização ou a licença do uso de marca e prestação de serviços de organização e métodos de venda, fornecidos pelo franqueador ao franqueado. Às vezes, haverá fornecimento de produtos, mas o franqueador não é distribuidor de produtos, podendo ser, ele mesmo, produtor. O franqueador fornece técnica(s) e/ou marca de comercialização de produtos ou serviços e transfere, juntamente com seu conhecimento e marca, a reputação a eles ligada.

Finalmente, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 8.955<sup>22</sup>, *franchising* 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.

#### **1.4 Natureza jurídica**

Ao serem analisados, alguns aspectos sobre a natureza jurídica do instituto, identificou-se uma incrível semelhança entre o *franchising*, e diversos outros institutos mercantis tais como a compra e venda, licença de marcas, agência e distribuição, comissão e, concessão de vendas.

---

<sup>21</sup> SZTAJN, Rachel. **Contratos de sociedades e formas societárias**. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 133.

<sup>22</sup> Presidência da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei No 8.955, de 15 de Dezembro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8955.htm>. Acesso em 06/04/2010.

- ***Contrato de compra e venda***

Maria Helena Diniz<sup>23</sup> leciona que o contrato de compra e venda consiste no negócio jurídico em que uma ou ambas as partes comprometem-se a pactuar outro negócio, denominado principal, gerando, portanto, por consequência, o dever de concluir outro contrato.

O contrato de compra e venda tem sua previsão no art. 481 do Código Civil e tem desde seu início um caráter direto uma vez acertados entre vendedor e comprador o objeto do negócio, o valor cobrado, bem como as condições que, uma vez cumpridas confere ao mesmo como acabado.

Tal articulação não se verifica no *franchising*, onde, ao contrario do contrato de compra e venda, o mesmo não se finda após a concretização da venda ao franqueado pelo franqueador, uma vez que ainda haverá imposição do preço de revenda, bem como da forma de realizá-la.

A relação entre franqueador e franqueado se estende muito além do simples contrato de compra e venda, pois o franqueador também deve conceder à assistência técnica necessária, e/ou outras exigências específicas que podem integrar a essência do mesmo negócio. Assim, o instituto do *franchising* se estende para além da simples compra e venda de produtos, bens e serviços, mas envolve a concretização de todo um negócio formatado dentro das características previstas no contrato. Desta forma, não há como afirmar que o *franchising* seja apenas um contrato de compra e venda.

- ***Licença para exploração de marcas ou patentes***

Em uma primeira análise é fácil constatar a semelhança existente entre as licenças para exploração de marcas ou patentes com a licença concedida a um comerciante para que este se utilize da marca, expressão ou sinal de propaganda ou até, de uma patente mediante um rígido controle do franqueador. Ocorre que quando aprofunda-se um pouco mais nos institutos identifica-se os aspectos que os distinguem.

---

<sup>23</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. III. p. 49.

O art. 139 da Lei n° 9.279/96 dispõe que o titular do registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso de marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços.

Já a licença para exploração de patentes é disposta no art. 61 da mesma lei que, segundo João da Gama Cerqueira<sup>24</sup>, é o contrato pelo qual o concessionário da patente autoriza alguém a usar ou explorar a invenção, sem lhe transferir a propriedade. É um contrato especial, peculiar às patentes, que por sua natureza se assemelha à locação de coisas.

Mesmo com a conceituação, todos os institutos parecem de tal forma se entrelaçarem, porém, *franchising* não se conclui apenas com cessões e licenças, pois existe ainda a comercialização de produtos, mercadorias ou serviços na forma especificada no contrato, a sujeição aos preços estipulados, ao manual de normas técnicas inerentes ao negócio em conjunto com a obrigação do franqueador à prestação de assistência específica, o que por fim, culmina por distanciar estes institutos que, no início, tanto se assemelhavam.

- ***Contrato de agência e distribuição***

O contrato de Agência ocorre quando uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.

Para Fran Martins, o contrato de agência é aquele em que uma parte se obriga, mediante remuneração, a realizar negócios mercantis, em caráter não eventual, em favor de outra.<sup>25</sup>

A grande distinção com o *franchising* ocorre por que o agente não pratica o negócio com os produtos do representado em nome próprio, mas sim em nome de seu

---

<sup>24</sup> CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de propriedade industrial**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. p. 438.

<sup>25</sup> MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 8.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 337.

representado. Já no *franchising*, este torna-se dono da mercadoria que o fornecedor lhe transfere, e a negocia com o consumidor em nome próprio e por sua própria conta.

Mesmo quando a lei admite que o agente atue como distribuidor<sup>26</sup>, ele, ainda assim, não se transforma em um franqueado uma vez que a mercadoria adquirida pelo fornecedor é objeto apenas de depósito ou consignação, e não mercadoria própria como ocorrer no instituto do *franchising*.

- ***Contrato de comissão***

O artigo 693 do Código Civil prevê expressamente que o contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente, onde o comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes.

Pereira<sup>27</sup> descreve comissão como o contrato pelo qual uma pessoa adquire ou vende bens em seu próprio nome, mas por conta de outrem.

Mesmo no contrato de comissão, ainda que neste o comissário assumira as responsabilidades por si sobre as obrigações firmadas, percebe-se que estas são sempre em favor do comitente, o que não ocorre no *franchising*, onde, devido a autonomia entre as partes, e a relação independente de compra e venda de mercadorias, produtos ou serviços por parte do franqueado junto a franqueadora, a relação se demonstra muito mais complexa, diferenciando-os por completo do contrato de comissão.

- ***Concessão comercial***

Mesmo em sua forma mais restrita com o advento da lei 6.729/79, e a queda da primeira parte do código comercial, a concessão comercial ainda se destaca como o instituto mais similar ao do *franchising* enquanto conceito.

---

<sup>26</sup> “Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada.” Art. 710 do Código Civil.

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18 ed, v. III, p. 247

Nos dias de hoje apenas utilizada para a concessão de vendas de veículos automotores de via terrestre, a concessão comercial ocorre para Champaud<sup>28</sup> quando um comerciante-concessionário põe sua sociedade de distribuição ou de venda a serviço de outro comerciante ou industrial, para assegurar durante um período de tempo limitado e sob a vigilância do concedente, a distribuição de seus produtos, cujo monopólio de revenda lhe é concedido.

A característica de distribuição de produtos por outro comerciante, com cláusula de exclusividade e sob fiscalização do concedente induz a vislumbrar, neste instituto, a mesma essência do negócio encontrada em *franchisings* por todo o mundo. As incríveis semelhanças na estrutura de negócio de uma *franchising* de roupas e uma concessionária de automóveis nos leva a acreditar que a única diferença entre ambos encontra-se apenas na característica dos produtos.

Esta confusão conceitual e destoou de tal forma, que desde as primeiras aparições do modelo de *franchising* em território brasileiro, doutrinadores renomados como Rubens Requião não efetuavam quaisquer distinções. Em conhecido parecer intitulado “Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas”, Rubens<sup>29</sup> menciona: “Não temos dúvida de que a expressão ‘franquia comercial’, recentemente introduzida no vocabulário jurídico brasileiro, corresponde ao conhecido instituto da concessão comercial com exclusividade”. E continua: “E *franchising* nada mais é do que a mesmíssima técnica de comercialização há tempos conhecida de nosso comércio como ‘concessão de vendas comercial com exclusividade’ ou simplesmente concessão comercial”.

É claro que o *franchising* como conhecido nos dias de hoje não se restringe apenas a um canal de distribuição dos produtos do franqueador, mas também como prestação de serviços e indústria. Basta analisar modelos como o da *Coca-Cola* (*franchising* de indústria) e de institutos educacionais como o *Wizard* (*franchising* de serviços) para entender que, conforme a comparação realizada, os dois institutos não se assemelham em praticamente nada.

---

<sup>28</sup> CHAMPAUD, Claude. *La concesion comercial*. *Revue Trimestrelle de Droit Commercial*, 1963, p. 471. (tradução nossa)

<sup>29</sup> REQUIÃO, Rubens. *Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas*. *Revista dos Tribunais*, ano 67, vol. 513, julho de 1978, pp. 42-43.

Porém, as diferenças mais radicais, entre os institutos do *franchising* e o da concessão comercial, se tornam mais claros à medida que se analisa o *franchising* por meio do chamado *Business Format Franchising* ou *franchising* de negócio formatado, que é o meio pelo qual o franqueado assume o compromisso de atuar no mercado, nos exatos moldes previstos pelo franqueador, de forma a preservar a identidade da rede.

Esta característica impede que franqueados possam utilizar-se de elementos visuais próprios, criando identidades próprias, como as encontradas nas concessionárias de veículos, que, pela não restrição, não apresentam nenhuma dificuldade ao cliente na simples distinção de em qual rede de veículos o mesmo se encontra. Ao contrário, as *franchisings* seguem exigentes modelos de formatação de negócio, procurando ao máximo a uniformização em prol da melhor identificação visual da rede.

Tal fator culmina por possibilitar que concessionárias de uma mesma rede, sob identificações autônomas passem a estabelecer concorrência direta contra seus próprios pares, realizando anúncios próprios em diversos campos com o intuito de promover suas marcas específicas. Junto ao *franchising*, nota-se que devido a perfeita semelhança, tal concorrência não ocorre de forma tão direta, e mesmo quando indiretamente, esta é restringida através de elementos contratuais.

A padronização identificada na estrutura de mercado do *franchising*, visa, muito além que coibir uma concorrência direta entre os seus membros, atingir o cliente, beneficiando-o ao ponto de o fazer sentir comprar um produto ou adquirir um serviço em qualquer lugar do mundo como o faria no estabelecimento próprio da franqueadora.

Um outro ponto de distinção entre *franchising* e concessão comercial ocorre quando analisa-se às formas de pagamento. Enquanto na concessão os pagamentos básicos são decorrentes de percentagens de vendas e/ou serviços prestados pelo concessionário, no *franchising*, estes se estendem à cobranças de *entry fee* ou pagamento inicial do pacote de *franchising*, *royalties* a serem pagos sobre as vendas ou serviços prestados de forma mensal, e, por muitas vezes diversas outras como auxílio-propaganda, fundo de auxílio aos componentes da rede.

De tal forma conclui-se com o amparo de jurista como Caio Mário da Silva Pereira<sup>30</sup> e Roberto Baldi,<sup>31</sup> que o *franchising* nos moldes como vem se estruturando no mercado, ainda que respeitadas as semelhança analisada, é instituto diverso da concessão comercial.

- ***Classificação final do instituto***

A natureza jurídica do *franchising* se demonstra como um contrato típico tendo como embasamento a Lei n° 8.995/94 que o regulamenta. Pode ser considerado misto por se utilizar de diversos contratos nominados ou inominados para sua estruturação; Bilateral por que só pode ser formado com a participação de outras partes além do franqueador; E de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão.<sup>32</sup> Desta forma, observa-se que o *franchising* apresenta natureza jurídica única, mesmo após análise sistemática junto aos institutos mais similares do direito brasileiro.

### ***1.5 Regulamentações comparadas***

Apesar de toda extensão já demonstrada sobre o instituto, boa parte do mundo reconhece o *franchising* apenas como um sistema de distribuição e de utilização de marcas sendo regulamentada apenas por normas amplas. Pouquíssimos países a exemplo dos Estados Unidos, França, Brasil e recentemente a China regulamentam a fundo suas atividades, redigindo leis significativas sobre o *franchising*.

No Brasil – Como um dos grandes mercados no ramo de *franchising*, o Brasil atinge em 2006 a marca de 1013 redes de *franchising*, com mais de 62.500 estabelecimentos, o que o torna um dos maiores mercados do mundo em termos de número de

---

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito civil**. 18. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 3. p. 387.

<sup>31</sup> BALDI, Roberto. *El franchising. El derecho de la distribución comercial en la Europa Comunitaria*. Madri : Revista de *Derecho Privado, Derecho Reunidas*, 1988. p. 123. (tradução nossa)

<sup>32</sup> SIMÃO, Adalberto Filho, **Franchising**. São Paulo, 3a ed., Atlas, 1998, pp. 36/42.

unidades. Com apenas 11 por cento deste total composto por franqueadores estrangeiros, o Brasil demonstra grande potencial para o desenvolvimento de franquias internacionais.<sup>33</sup>

Fato este que só se iniciou com o advento da Lei n ° 8.955 de 15 de dezembro de 1994, que regulamentou o *franchising* em território brasileiro, instituindo circular de oferta de franquia, o requisito de registro junto ao INPI, passando assim a dar credibilidade a este instituto tão recente no mercado nacional.

Nos Estados Unidos da América – Regulamentada pela *Federal Trade Commission* (FTC) desde 1970, esta agência certifica que todos os franqueadores providenciem a seus potenciais franqueados ao menos 10 dias antes da assinatura do contrato de *franchising*, um pré-contrato detalhado conhecido como *Franchise Trade Rule*, protegendo todos envolvidos no possível acordo, contendo por volta de 300 a 700 páginas e ao menos 20 categorias diferentes de informação sobre o *franchising* como, as taxas requeridas, o investimento inicial, um histórico de falências e litigâncias do franqueador. É também necessária informações como por quanto tempo o contrato de *franchising* terá efeito, a situação financeira do franqueador e ganhos futuros caso estes possam ser mensurados. Não há registros federais de *franchisings*, por tal os Estados Americanos são os principais coletores de informações a respeito das companhias de *franchising*, bem como das leis e regulamentações que resguardam sua presença.<sup>34</sup>

Na França – O maior mercado europeu, similar aos Estados Unidos, a França tem uma longa historia no ramo do *franchising*. Iniciadas por volta de 1930, tendo seu ápice na década de 70. O mercado é considerado de alta dificuldade para muitos franqueadores, devido a miscigenação cultural, mas ainda assim *Mc Donald's* e diversas outras redes de *franchisings* são encontradas por toda parte.<sup>35</sup>

Não existem agências governamentais regulamentando o *franchising*, e toda as diretrizes são trazidas pela *Loi Doubin* de 1989 que foi a primeira lei europeia a

<sup>33</sup> *All Business* "A D&B Company". *Franchising in Brazil: a survey conducted by the Brazilian Franchise Association in 2006 shows that the number of franchise units in that country increased 11 percent in 2006, compared to 2005*. Disponível em: <http://www.allbusiness.com/legal/international-law/8887771-1.html>. Acesso em 12/08/2010. (tradução nossa)

<sup>34</sup> *Reference for Business (Encyclopedia of Business, 2nd ed.) – Governmental Regulation in Franchising*. Disponível em: <http://www.referenceforbusiness.com/encyclopedia/For-Gol/Franchising.html>. Acesso em 08/04/2010. (tradução nossa)

<sup>35</sup> *International Franchise Association. France Serves as a Gateway to Europe*. Disponível em: <http://www.franchise.org/franchise-news-detail.aspx?id=33190>. Acesso em 08/04/2010. (tradução nossa)



regulamentar o *franchising*. Combinada com o *Decree n° 91-337*, elas regulam os contratos de *franchising*, bem como todos os contratos de cessão de nome corporativo, marca e outros acordos comerciais. Deve haver a existência de um pré-contrato cujo qual deve ser firmado ao menos 20 dias antes da assinatura do contrato principal, este contendo informações como a data da inauguração da sociedade franqueadora, bem como seu histórico comercial, uma descrição do mercado local para o tipo de serviço a ser oferecido, uma lista com todos os outros franqueados da rede e todos aqueles que a deixaram durante o ano, seja por cancelamento do contrato ou por não renovação. É também necessário a explanação de termos como da renovação e cancelamento contratual e dos termos de exclusividade.<sup>36</sup>

Na Espanha – Segundo país europeu a elaborar uma legislação sobre *franchising* regulamentada pela *Spanish Retail Trading Act*, a Espanha assim como a França, também adota a existência de um pré-contrato cujo qual deve ser firmado ao menos 20 dias antes da assinatura do contrato principal e que contenha todos os direitos a serem conferidos ao franqueado, bem como as informações essenciais para realização do mesmo. Ainda assim a lei espanhola não prevê soluções para a sua violação.<sup>37</sup>

Na Itália – Regulamentada pela Lei n° 129 de maio de 2004, junto ao decreto ministerial para atividades de produção n° 204 de setembro de 2005, as *franchisings* italianas seguem o mesmo padrão na cobrança de um pré-contrato detalhado antes da realização do contrato principal, devendo este ser disponibilizado ao franqueado ao menos 30 dias antes do último.

Na China – Dona da maior quantidade de *franchisings* do mundo, a China apenas não se destaca no mercado mundial de *franchisings* devido as suas operações serem praticamente ínfimas, em média 43 pontos de *franchising* por rede, comparados com os mais de 540 das *franchisings* americanas. A maioria das entradas das famosas *franchisings* em território chinês se dá pela forma de *joint-ventures* (conhecidas no Brasil como associação

---

<sup>36</sup> Perala Law Office. *Franchise Disclosure Laws in The European Union*. Disponível em: [http://www.peralaw.com/EU\\_Franchise\\_Disclosure.html](http://www.peralaw.com/EU_Franchise_Disclosure.html). Acesso em 08/04/2010. (tradução nossa)

<sup>37</sup> Ibidem. (tradução nossa)

de empresas), e mesmo assim estas totalizam apenas 3% do mercado chinês, um mercado que cresce faminto por investimento estrangeiro.<sup>38</sup>

Uma atualizada regulamentação sobre o tema só surgiu em 2005, conhecida como *Measures for the Administration of Commercial Franchise*, composta por 42 artigos e 8 capítulos, esta lei doutrinou matérias de relevante interesse antes não citadas, como a inserção do capital estrangeiro no mercado chinês e o prazo de 20 dias para promulgação do pré-contrato, este disponibilizando todas as informações necessárias ao cumprimento do contrato, bem como quaisquer informações requisitadas pelo franqueado.<sup>39</sup> Mas foi apenas em 2007 que a China atinge sua última fase nesta longa jornada que se iniciou em 1997, na tentativa de criar uma estrutura legal para o modelo chinês de *franchising* comercial.<sup>40</sup>

Na Inglaterra – Sem regulamentação própria, as *franchisings* inglesas se situam em um mercado legalmente desnordeado, governado pelas mesmas leis de outros contratos mercantis, a maioria delas se reúne sob a auto-regulamentação da *British Franchise Association* (Associação Inglesa de *Franchising*) procurando respostas legais para a situação das *franchisings*, porem muitos se frustram por não se encontrarem em conformidades com as normas da associação.<sup>41</sup>

Preocupado por diversas petições de cidadãos que perderam dinheiro investindo em *franchisings* na Inglaterra. Ministra da Indústria, Margaret Hodge, realizou audiências junto ao parlamento inglês em 22 de maio de 2007 afim de regulamentar tal impasse.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> *International Franchise Association. Franchising Industry in China.* Disponível em: [http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise\\_Industry/International\\_Development/franchising%20in%20China.pdf](http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise_Industry/International_Development/franchising%20in%20China.pdf). Acesso em 08/04/2010. (tradução nossa)

<sup>39</sup> *Nixon Peabody LLP (Franchise Law Alert). New Franchise Regulations in China.* Disponível em: <http://www.pfa.org.ph/images/stories/PFA/PDF/chinafranchiseregulations.pdf>. Acesso em 08/04/2010. (tradução nossa)

<sup>40</sup> *Franchise Update. China's New Franchise Rules.* Disponível em: <http://www.franchise-update.com/article.php?id=316>. Acesso em 08/04/2010. (tradução nossa)

<sup>41</sup> *Select Your Franchise (Blog). Franchise agreements subject to European Code of ethics.* Disponível em: <http://www.selectyourfranchise.com/franchise-blog/2009/10/franchise-agreements-subject-to-european-code-of-ethics/>. Acesso em 08/04/2010. (tradução nossa)

<sup>42</sup> *Parliament UK (House of Commons). Hansard Debates for 22 May 2007.* Disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmhansrd/cm070522/halltext/70522h0001.htm>. Acesso em 08/04/2010. (tradução nossa)

## 1.6 Aspectos jurídicos: riscos do contrato

- **Obrigação das partes**

Em toda *franchising*, na entrada de cada parte ao sistema, interesses contrapostos se colidem desde o início afim de proteger valores certos. O franqueador se preocupa mais em garantir a proteção de sua marca, controlando o conceito do negócio e garantindo o melhor aproveitamento de seu *Know-how*.

Para isto é necessário que o franqueado trabalhe para a concretização de sua marca mais proeminente e famosa, onde a padronização de conceitos e elementos identificadores da marca se torne uma de suas principais ambições. Todas as empresas da rede de *franchising* devem conter os sinais, logotipos e marcas do franqueador em lugar de destaque, os uniformes usados pelos funcionários do franqueado devem conter determinado tom, cor e estilo, o serviço deve estar em conformidade com o padrão bem-sucedido seguido pelo franqueador.

O franqueado deve negociar cuidadosamente o contrato de *franchising*. Junto ao franqueador devem desenvolver um plano de negócios onde as taxas devem ser inteiramente demonstradas, o capital inicial necessário junto aos custos do negócio devem ser conhecidos antes mesmo da assinatura do contrato e o mais importante, deve haver garantias de que não haverá mais franqueados no território delimitado contratualmente enquanto o mesmo estiver vigente, item este crucial para o sucesso do negócio de *franchising* e que será abordado com mais detalhe em breve.<sup>43</sup>

Normalmente as taxas iniciais cobrem todo o período de treinamento, mas muitas vezes os franqueados têm de continuar seus aprendizados por si só junto aos manuais operacionais de *franchising*. Visando a ampliação deste vínculo junto a redução dos custos, os franqueadores estão cada dia mais migrando para um treinamento contínuo e virtual, estabelecendo esta ligação por *intranets* e *e-mails*.

---

<sup>43</sup> *United Nations Industrial Development Organization. Manual on Technology Transfer Negotiation (A reference for policy-makers and practitioners on Technology Transfer)*. Vienna : 1990. p. 274. (tradução nossa)

Os contratos de *franchising* normalmente são unilaterais por parte do franqueador, e por seu aspecto não-negociável e pré-estabelecido protegem os franqueadores junto aos franqueados.

Por um outro lado, tal proteção não se contempla absoluta. O franqueador expõe o seu negócio a partir da atuação de terceiros que passam a representá-lo de forma completa. Pela uniformização exigida no *franchising*, a maioria dos consumidores não conseguem distinguir os erros cometidos por um franqueado dos erros do próprio franqueador. Desta forma, é de extrema importância para o franqueador que os franqueados sigam a risca os manuais operacionais, bem como as cláusulas do contrato de *franchising*, afim de que tal relação empresarial venha a se tornar o mais saudável possível.

Desta delicada mistura de representação, uniformidade e confiança encontrada no *franchising* encontra-se elementos essenciais ao instituto que visam balancear os riscos sofridos por ambas as partes do negócio.

### **1.7 Elementos essenciais**

O instituto do *franchising*, assim como conceituado, demanda elementos essenciais que o classificam e o delimitam. Estas características são intrínsecas a estrutura do *franchising* que hoje se conhece e fundamentais para sua criação.

**Distribuição** – Está é uma das características mais marcantes dos *franchisings*, a primeira ideia que leva à criação de um *franchising* e a vontade pela empresa franqueadora de distribuição de suas marcas, produtos e serviços ao público em âmbito global, a custo baixo.

**Colaboração recíproca** – Diferente de outras formas de negócio empresarial, o *franchising* traz uma ideia de colaboração mútua muito bem elaborada, com o franqueado e o franqueador, detentores de interesses comuns. Tal característica torna-se um dos grandes fatores que justificam o sucesso mundial de *franchisings*.

**Preço** – Na aquisição das ditas franquias comerciais, o franqueado recebe um negócio literalmente pronto e conhecido no mercado, em contrapartida, pagará ao

franqueador uma entrada inicial intitulada *Royalty* e uma porcentagem mensal relativa ao faturamento da franqueada.

**Concessões de autorizações e licenças** – Essenciais a qualquer *franchise*, as concessões e licenças de uso exclusivo das marcas, produtos, nomes e todos os elementos delineadores de uma sociedade bem elaborada fazem da franqueada uma sociedade competitiva e já conhecida no mercado.

**Independência** – Apesar da forte ligação entre a franqueada e a franqueadora é importante salientar a completa distinção e autonomia entre ambas para todos os fins necessários, formando duas pessoas jurídicas diversas com personalidades próprias. Muitos doutrinadores acreditam que este fator é crucial para a viabilidade do instituto do *franchising*.

**Métodos e assistência técnica permanente** – Compromisso fundamental do *franchising* onde franqueador se compromete a transferir todo o conhecimento específico do negócio capacitando o Franqueado afim de que por um ideal mútuo ambos venham a colher frutos desta parceria. Esta assistência se estende da própria implantação do *franchising* ao treinamento do franqueado para a administração e melhor direção do *franchising* utilizando-se do manual de operações.

**Contrato mercantil** – Cerne efetivo do *franchising*, a celebração de um contrato mercantil, marca o ponto inicial do instituto onde todos os elementos descritos acima são regulamentados de forma detalhada, visando sua expressa legalização documental. Devido a complexidade do instituto, este detém normatização específica e é obtida apenas por contrato escrito celebrado por ambas as partes seguindo todas as exigências demandadas pela Lei.

**Exclusividade** – Característica marcante dos contratos de *franchising* e cerne deste trabalho acadêmico, a exclusividade é um dos elementos essenciais mais importantes e característicos deste instituto. A exclusividade é classificada por Pontes de Miranda<sup>44</sup> como “de não permitir concorrência”, pela qual um comprador, vendedor, locador

---

<sup>44</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. - 2.ed. - Rio de Janeiro. p. 313 e ss.

ou locatário se comprometem a só receber de ou só dar a uma determinada pessoa, com exclusão de seus concorrentes.

Diz Rubem Requião, citando Ripert :

Ora, dessa forma, desde que a exclusividade seja concedida tendo em vista a organização das vendas para proporcionar maior garantia e comodidade aos consumidores, sobretudo no que diz respeito aos serviços de atendimento pós-venda, sendo em suma isenta da ideia de fraudar a liberdade do comércio, é ela legítima, e nesse sentido se têm inclinado os autores e, de forma mais acentuada atualmente, a jurisprudência francesa.<sup>45</sup>

Desta forma, se adaptando ao caso concreto, a exclusividade vem muitas vezes acompanhada de uma forma de exclusividade mútua, onde o franqueado só presta os serviços, fabrica os produtos ou os comercializa sob a marca registrada em nome do franqueador. Este, em contra partida, só fornece os produtos, permite o uso das marcas ou nomes, ou fornece as informações ao franqueado, na área e pelo prazo acordado.

Adalberto Simão Filho<sup>46</sup> afirma que a exclusividade territorial é de profundo interesse do franqueado porque delimitará o campo de sua atuação e limitará o acesso de outros integrantes da rede à zona concedida. Protege-se, desta forma, a possibilidade de uma concorrência danosa sobre o franqueado e racionaliza o processo distributivo, evitando-se a saturação de pontos de mercado quando bem aplicada.

A cláusula de exclusividade se torna de tamanha importância para a viabilidade do contrato de *franchising*, que a lei impõe ao franqueador expor de forma nítida ao franqueado se é ou não assegurada ao mesmo a exclusividade ou prioridade sobre um determinado território e, se assim sendo, em que condições ocorre<sup>47</sup>. Além disso, o franqueador deve informar se o franqueado pode ou não realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou até mesmo realizar exportações, bem como, se é ou não possível ao franqueado implantar após o término do contrato, atividade concorrente a atividade do franqueador, esta conhecida como exclusividade *post mortem*.

---

<sup>45</sup> REQUIÃO, Rubens. **Aspectos Modernos do Direito Comercial**, Saraiva, 1977, p.133.

<sup>46</sup> SIMÃO, Adalberto Filho, **Franchising**. São Paulo, 3a ed., Atlas, 1998, p. 71.

<sup>47</sup> “Art. 3º, inciso X, alínea “a” da Lei de Franquias diz que, 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 se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz.” Art. 3º, inciso X, alínea “a” da Lei de Franquias.

Nesta linha de raciocínio, entende-se que a cláusula de exclusividade é extremamente importante como forma de salvaguardar investimento do franqueado, evitando o canibalismo entre empresas da mesma rede. Mas não será a cláusula de exclusividade, como afirmada por Pontes de Miranda, apenas uma forma de restringir a concorrência?

Para responder esta pergunta deve-se aprofundar a pesquisa junto ao instituto da concorrência, de seus conceitos, regulamentações, do CADE, e do significado de termos como “poder de mercado” e “mercado relevante”, o que se fará no capítulo seguinte.

## CAPÍTULO II: DIREITO DA CONCORRÊNCIA E OS CONTRATOS DE FRANCHISING

O Estado, regulador histórico, em maior ou menor intensidade, da atividade econômica, estabelece regras para o funcionamento, comportamento dos agentes econômicos e acesso aos mercados, visando o equilíbrio entre os interesses envolvidos, assim como o bem estar da coletividade.

Os contratos de *franchising*, enquanto modalidades de contratos que envolvem exploração de propriedade intelectual (PI), suscitam debates em matéria de concorrência que podem envolver as duas categorias do direito concorrencial. De um lado, a atuação do estado controlando a estrutura e a conduta dos agentes privados capaz de provocar infração à concorrência (legislação antitruste); de outro, a relação entre os agentes privados (concorrência desleal). No entanto, para se chegar até a delimitação e discussão que se propôs a fazer nas duas esferas, entende-se necessária a discussão inicial sobre o próprio conceito da concorrência, bem como o objeto tutelado pelo direito concorrencial.

### 2.1 Concorrência: O que é?

A concorrência pode ser traduzida pela disputa entre empresas que buscam atingir a maior fatia do mercado com seus produtos, e representa um dos principais termômetros técnicos a ser analisado para mensurar a saúde de um dado mercado.

A competição entre empresas oferece elementos essenciais à própria manutenção e desenvolvimento da economia, tais como perfil dos agentes, qualidade dos produtos oferecidos, preços etc. Assim, exercendo uma espécie de seleção natural, a concorrência pretende selecionar os concorrentes mais habilidosos, excluindo aqueles que não atendem ao mercado com os serviços mais atrativos.

Para Farina<sup>48</sup>, a defesa da concorrência pode ser definida como aqueles instrumentos utilizados pelo Estado tendo em vista a preservação de ambientes competitivos, coibindo condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, com a

---

<sup>48</sup> FARINA, Elisabeth. Desregulação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. **Revista de Economia Política** Vol. 14 n° 3(55) jul-set/1994 pp.78-81



finalidade de preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados.

De acordo com Jairo Saddi<sup>49</sup>, para que haja concorrência em um mercado é necessário que este abarque um número suficiente de produtores e consumidores, de tamanhos não muito diferentes, e agindo de forma independente entre si. Tais características impedem que vendedores ou compradores obtenham qualquer tipo de poder de mercado, a ponto de serem capazes de determinar, de forma unilateral ou coordenada, as condições com que os bens e serviços serão comercializados.

Conforme Aguillar<sup>50</sup>, com a finalidade de promover a eficiência econômica, as políticas de defesa da concorrência são responsáveis pelas regras que delimitam o ambiente concorrencial, valendo-se sempre de dois princípios basilares à estrutura das economias capitalistas: a livre iniciativa e a livre concorrência. Sustenta o autor que modo de produção capitalista surge sob dois poderosos signos em contradição. De um lado, o princípio da livre iniciativa, busca demarcar os espaços de ação dos agentes econômicos em face da interferência estatal. De outro, o princípio da liberdade de concorrência subjugua uma necessidade fundamental do mercado.

Como um respaldo jurídico ao agente econômico de empreender o que desejar sem a interferência estatal, o princípio da livre iniciativa passa a ideia de que a sociedade liberal capitalista prescreve espaços de liberdade dentro dos quais a ação individual não pode ser tolhida, regulada ou proibida pelo Estado, muito menos por organismos intermediários.<sup>51</sup>

No que se refere à livre concorrência, Proença entende que este princípio desempenha um papel fundamental para que a livre iniciativa possa gozar da presunção de beneficiar a coletividade. A livre ação dos agentes econômicos, o livre acesso ao mercado e a

---

<sup>49</sup> SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Editora Campus, 2005. p. 355.

<sup>50</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006. p.227.

<sup>51</sup> Ibidem, p.227.

livre escolha dos consumidores ou utilizadores são as três liberdades que objetivam o princípio da livre concorrência, bem como caracterizam um mercado concorrencial de fato.<sup>52</sup>

## **2.2 Direito da concorrência no Brasil**

De acordo com Fábio Ulhoa<sup>53</sup>, há duas formas de concorrência que o direito repudia: a desleal e a perpetrada com abuso de poder. A primeira, que pode ser reprimida penal e civilmente, envolve apenas o interesse particular de empresários concorrentes pela disputa da clientela; a segunda, que pode ser reprimida também a nível administrativo, compromete as estruturas do livre mercado e é designada de infração a ordem econômica ou legislação antitruste. No tratamento da matéria, a legislação brasileira, mais em consonância com a legislação europeia do que com a legislação norte americana, observa a separação entre os dois regimes repressivos a concorrência ilícita<sup>54</sup>.

### **2.2.1 Legislação antitruste**

A legislação brasileira que regulamenta o direito concorrencial- Lei 8884/94, bem como, as instituições responsáveis pela apuração de práticas lesivas ao mercado econômico – CADE, SDE e SEAE, formam juntos, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência cuja finalidade é promover uma economia competitiva reprimindo ações que prejudiquem a concorrência.<sup>55</sup> O pilar normativo que sustenta o atual sistema brasileiro encontra guarida na própria constituição federal, que prevê a repressão ao abuso do poder econômico que visa à dominação de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

<sup>53</sup> ULHOA, Fábio. **Curso de direito comercial e o direito de empresa**. Vol. I. 13ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p 189.

<sup>54</sup> *ibidem*, p. 189.

<sup>55</sup> MONTEIRO, Carmen Diva. **Sobre a política Antitruste no Brasil e seus aspectos Críticos**. Disponível em: [http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/documento\\_trabalho/2002-1/doctrab27.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab27.pdf). Acesso: 20/08/2010.

<sup>56</sup> CF/88 art. 173, § 4°.

O princípio da repressão ao abuso do poder econômico, de acordo com Eros Grau<sup>57</sup>, é um fragmento da livre concorrência. Deste modo, a interpretação da legislação antitruste brasileira, não deve ser feita de modo dissociado ao tratamento constitucional sobre a matéria. Assim, a livre concorrência deve ser prestigiada como estrutura fundamental da ordem econômica e a repressão ao abuso do poder econômico deve servir unicamente como garantia.

O poder econômico é inerente ao livre mercado. Conforme Miguel Reale, citado por Ulhoa<sup>58</sup>, o poder econômico não é um ilícito em si, mas é o instrumento normal de produção e/ou circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em economias de mercado. Portanto, nem a constituição nem a lei poderiam pretender a eliminação do poder econômico. O que o direito pretende fazer é disciplinar o exercício desse poder, reprimindo certas iniciativas que comprometam as estruturas do livre mercado, ou seja, reprimindo certas modalidades do exercício de poder econômico que a lei pode contemplar, em obediência ao mandamento constitucional<sup>59</sup>.

Sendo assim, nem todas as manifestações do exercício do poder econômico se encontram, pela constituição econômica, no campo do que a lei considera ilícito administrativo, mas apenas aquelas que podem ter o efeito de domínio de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros.<sup>60</sup>

De acordo com Andrade<sup>61</sup>, a regulação da concorrência no Brasil não é um fim em si mesma, mas um meio que pretende atingir finalidade maior, qual seja, assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social. Tal caráter instrumental significa que, em determinadas circunstâncias, a concorrência pode até ser sacrificada uma vez comprovado que os efeitos negativos da suposta prática terão eficiências compensatórias. Eficiências compensatórias significam que do custo-benefício da prática anticompetitiva

---

<sup>57</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000. pp. 234-236.

<sup>58</sup> Op.Cit., p. 201.

<sup>59</sup> Op.Cit., p. 228-229.

<sup>60</sup> ULHOA, Fábio. Op.Cit., p. 201

<sup>61</sup> ANDRADE, Gustavo Piva de. A Interface entre a propriedade intelectual e o Direito Antitruste. **Revista da ABPI**. Revista n.91, edição de novembro/dezembro de 2007.pp.29-49.

ainda traduz ganho econômico para a coletividade ou, pelo menos, implica na não constatação de redução do bem estar da coletividade.<sup>62</sup> De acordo com o citado autor :

Como consequência, tem-se que, no Brasil, eventuais práticas restritivas da concorrência devem ser sempre examinadas sob a regra da razão (*rule of reason*) - em contraposição à regra do ilícito *per se* -, sendo extremamente importante determinar, numa análise antitruste, os eventuais efeitos pró-competitivos decorrentes da conduta<sup>63</sup>.

Assim, a partir desse contexto, a legislação concorrencial atua em duas dimensões dos mercados: a estrutura do mercado e a conduta dos agentes que dele participam.<sup>64</sup>

No primeiro caso, a legislação brasileira pretende impedir o surgimento de estruturas de mercado que aumentem a probabilidade de abuso de poder econômico por parte dos agentes que atuam no mercado, podendo envolver situações de concentração verticais ou horizontais<sup>65</sup>. De acordo com a Portaria conjunta do CADE/SDE n. 50, os atos de concentração vertical estão relacionados às fusões, aquisições ou *joint-ventures* entre empresas que se relacionam - ou podem se relacionar - ao longo de uma determinada cadeia produtiva. Já os caso de atos de concentração de caráter horizontal associam-se aos casos envolvendo agentes que atuam no mesmo mercado.

Essa esfera de controle trata dos casos de controles estruturais, proibindo fusões, aquisições ou *jointventures*, de caráter horizontal ou vertical, que visem exclusivamente a dominação de mercados e/ou que impliquem a redução do grau de competição nos mercados onde se realizam, sem a devida contrapartida em termos de geração de eficiências produtivas.

No que se refere às condutas, a legislação veda as práticas anticompetitivas - verticais ou horizontais, por parte dos agentes que detêm poder de mercado, ou seja, que são capazes, através de suas ações, de gerar situações em que a concorrência é inibida e os

---

<sup>62</sup> Portaria Conjunta SEAE/SDE N° 50, De 1° de Agosto de 2001. p. 17.

<sup>63</sup> Op. Cit, p.33

<sup>64</sup> GADELHA Carlos Augusto Grabois. Política industrial: uma visão neo-Schumpeteriana sistêmica e sstrutural. *Revista de Economia Política*, vol. 21, n° 4 (84), outubro-dezembro/2001, pp.150-155

<sup>65</sup> “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.” **Art. 54 da Lei N° 8.884**, de 11 de Junho de 1994.

consumidores finais, direta ou indiretamente, prejudicados. Trata-se, portanto, de evitar condutas empresariais que visem restringir a ação dos concorrentes, limitando o alcance da competição por algum tipo de colusão por exemplo, ou impondo aos compradores (vendedores) condições desfavoráveis na aquisição de produtos. O artigo 21 da lei antitruste brasileira cita mais de 20 tipos de condutas consideradas anticoncorrenciais: fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades à constituição, ao Funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros, entre outras.<sup>66</sup>

Para que seja caracterizada a infração a ordem econômica é indispensável a conjugação dos dois dispositivos supramencionados: ou seja, artigos 20 e 21 da lei 8884/94. Ou seja, qualquer das condutas previstas no artigo 21 somente se configurará como ato ilícito se o seu efeito, efetivo ou potencial, no mercado estiver configurado no artigo 20; portanto, se dela resultar dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros. Quando o exercício de poder econômico for incapaz de produzir tais efeitos, o ato é lícito e de pleno direito.

Finalmente, para a análise das práticas anticoncorrenciais no mercado, junto os processos administrativos referentes às infrações contra ordem econômica é de fundamental importância a delimitação do mercado relevante. Somente após a delimitação precisa do mercado relevante é possível averiguar se um ato praticado por agente econômico gera ou não consequências danosas ao mercado.

---

<sup>66</sup> Art. 21 da Lei Nº 8.884, de 11 de Junho de 1994.

Mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. É determinado em relação aos produtos e/ou serviços que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica).<sup>67</sup>

Para Paula Forgioni<sup>68</sup>, o mercado relevante se compreende nos âmbitos geográfico e material. O mercado relevante geográfico corresponde a área física onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva. Por um outro lado, o mercado relevante material considerar como fator principal, o produto ou o serviço produzido ou prestado pelo agente econômico. Desse modo, deve-se verificar se ambos os produtos ou serviços satisfazem as necessidades dos consumidores, ao ponto de ser pouco relevante a utilização de um ou de outro.

Já para Calixto Salomão Filho<sup>69</sup>, uma correta definição de mercado relevante deve levar em conta três dimensões: às tradicionais dimensões geográfica e do produto acrescentando-se, portanto, a dimensão temporal. Cujas discussões são incluídas nos mercados geográficos e de produto, permitindo restringir ambas definições em caso de existência de poder na perspectiva de poder temporal.

Para Arnold Wald<sup>70</sup>, a determinação de mercado relevante deve ser obtida priorizando a necessidade de proteção ao consumidor. O função do CADE é impedir que determinados produtos ou serviços se imponha em um determinado mercado, deixando o consumidor sem alternativa de escolha.

Considerando o objeto desta monografia e a impossibilidade de abranger todos os casos possíveis de análise das práticas anticoncorrenciais, foi selecionado algumas modalidades de infrações relacionadas aos contratos de *franchising* para serem tratadas em tópico específico (2.3).

---

<sup>67</sup> Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50, de 1° de agosto de 2001. p. 9.

<sup>68</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais., 1998. p. 200.

<sup>69</sup> FILHO, Calixto Salomão. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Malheiros., 1998. p. 89.

<sup>70</sup> WALD, Arnold *et.al.* **A empresa no terceiro milênio**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. pp. 459-484.

### 2.2.2 *Concorrência desleal*

O direito da concorrência, do ponto de vista privado, é antes de tudo uma expressão de liberdade reconhecida pelo direito, dos empresários competirem entre si através de meios idôneos e leais para conquistar a clientela.<sup>71</sup>

Assim, a concorrência desleal diz respeito à concorrência individual entre os agentes econômicos entre si, na exploração da atividade econômica, tendo em vista o alcance da distribuição dos bens e serviços ao público consumidor. Mas a definição do que é considerado como “leal” ou não na disputa pela clientela, ainda se configura como um dos grande imbróglios, envolvendo a matéria.

Para boa parte da doutrina francesa, tanto o interesse protegido pela legislação quanto a natureza do ato em si praticado pelo agente podem ser utilizados para a configuração das diversas modalidades previstas como infração<sup>72</sup>. Sob este aspecto, o interesse tutelado pela legislação é de zelar pelas práticas escrupulosas na conquista do consumidor, vedando os meios de abordagem que desrespeitem a lealdade na competição, e possam configurar como desvio desleal da clientela.

A caracterização da concorrência desleal, conforme Fábio Ulhoa<sup>73</sup> não pode se dar a partir dos objetivos do agente ou dos efeitos de determinada prática empresarial. É irrelevante para fins de imputar a determinado empresário a responsabilidade civil por prática de concorrência desleal a discussão sobre os objetivos pretendidos ou sobre os efeitos alcançados. De acordo com o autor, tanto na concorrência legítima como na concorrência desleal, o empresário quer a mesma coisa: subtrair parcela do mercado dos concorrentes; tanto numa como noutra, os efeitos são os mesmos: ganho para um e prejuízo para o outro concorrente.

Ainda de acordo com o autor,

---

<sup>71</sup> ROCHE, M.A.F e Payet, M-S. *Droit de la concurrence*. Paris : Dalloz, 2006. pp.1-3. (tradução nossa)

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Op Cit, p. 244

A concorrência desleal se demonstra pela análise dos meios empregados pelo empresário para conquistar a clientela. Se não é condenável o meio empregado por um determinado empresário, na conquista de fatias do mercado, simplesmente não há concorrência desleal.<sup>74</sup>

Para Pontes de Miranda<sup>75</sup> “o que se condena, na repressão da concorrência desleal, é o emprego de certos meios de luta”. Ele também diz que “ato de concorrência desleal é ato reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, que se praticou no exercício de alguma atividade e ofende à de outrem no plano da livre concorrência”.

Assim, são os meios idôneos ou inidôneos de conquistar a clientela em detrimento dos concorrentes que determinará se o empresário atua ou não de forma desleal. Será pela análise dos recursos utilizados pelo empresário que se poderá identificar a deslealdade competitiva. Nesse sentido, quando utilizado meio desonesto, imoral ou condenável pelas práticas usuais dos empresários configura-se a ilicitude; utilizado, no entanto, meio honesto, moral e aceito pelas práticas usuais do empresário, não se poderá configurar a concorrência desleal.<sup>76</sup>

Na doutrina estrangeira e nacional diversos são os interesses que justificam a repressão da concorrência desleal: proteção à livre iniciativa privada, aos fundos de comércio do empresário, *goodwil*, aviamento, tutela da clientela, defesa do patrimônio alheio, incluindo direitos intelectuais (marcas, patentes etc.), aos usos e costumes do comércio, entre outros<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Iden, *Ibidem*.

<sup>75</sup> Apud: PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira., 2001.p. 15

<sup>76</sup> ULHOA, Fábio. *Op Cit*, p.244

<sup>77</sup> Os atributos que envolvem a exploração de atividade econômica foram tutelados pela Convenção de Paris (1883), revisado em Haia em 1925, assim previsto em seu artigo 10: (...) 1) Os países da União obrigam-se assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal;. 2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrária aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. 3) Deverão proibir-se particularmente: 1º) todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão contra o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2º) as falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 3º) as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidade de utilização ou quantidade de mercadorias.”



O Brasil trata a concorrência desleal através de legislação específica, principalmente pela lei 9279/96<sup>78</sup>. Esta lei estabelece os atos de concorrência desleal, tratando, também, da proteção da propriedade industrial - marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos que gozam de proteção constitucional.<sup>79</sup> Assim coíbe a concorrência ilícita relacionada a tutela da clientela e à propriedade industrial, coibindo a deslealdade entre os empresários concorrentes<sup>80</sup>. A lei 9279 proíbe a conduta criminosa e prevê a possibilidade de reparação civil das vítimas, em razão de práticas de concorrência desleal. Considerando o objeto desta monografia, deter-se-á aos aspectos civis.

Requião<sup>81</sup> divide os atos de concorrência desleal da seguinte forma:

- a) Atos geradores de confusão que incidem sobre os signos distintivos usados pelos concorrentes;
- b) Atos de desvio de clientela, os quais buscam denegrir o concorrente e seus produtos e serviços (agressão ao competidor); e
- c) Atos contrários à moralidade comercial que estão situados na violação dos segredos dos concorrentes, por meio de seus empregados ou demais integrantes da empresa e na propaganda falsa.

Fabio Ulhoa classifica a modalidade contratual da concorrência, fazendo alusão a cláusula de não restabelecimento em caso de venda de estabelecimento ou ainda de não concorrência nos contratos de *shoppings centers* etc.

Conforme menciona,

É válida a cláusula contratual de não concorrência quando estabelece limites materiais, geográficos e temporais. A proibição irrestrita da competição entre os contratantes não vale porque significa desrespeito ao princípio básico da organização da economia e de livre mercado<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> O Decreto-lei n.7903/45 e a Lei n. 5772/71 foram revogados pela Lei n.9279 de 14 de maio de 1996, que regula a Propriedade Industrial. No âmbito internacional, o Brasil aderiu à Convenção de Paris, integrada ao sistema legal nacional pelo Decreto n. 11385, de 16 de dezembro de 1914. Em 21 de agosto de 1992, pelo Decreto n. 635, a Convenção foi revista em Estocolmo foi promulgada e, mais tarde, foi ratificada a Declaração de Adesão, pelo Decreto n. 1263, de 10 de outubro de 1994.

<sup>79</sup> A própria CF/88 assim dispõe em seu art. 5º, XXIX, entre os direitos e garantias fundamentais.

<sup>80</sup> Lei 9279/96 art. 209.

<sup>81</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 235-344.

<sup>82</sup> Op. Cit., p.247

Assim, as cláusulas contratuais de disciplina da concorrência podem ou não ser válidas, de acordo com uma série de fatores que deverão ser analisados em cada caso concreto. Para isso, o critério mais relevante é o da preservação do livre mercado. As partes podem disciplinar o exercício da livre concorrência entre elas, desde que não a eliminem por completo. As disposições contratuais terão validade se preservarem margem para competição, mesmo que futura, entre os contratantes através de limites temporais, materiais e espaciais.<sup>83</sup>

Portanto, os dispositivos contratuais que dispõe sobre o interesse privado das partes envolvidas não pode ofender interesse maior envolvendo interesse da coletividade, ao se configurar como barreiras a entrada ou eliminação da concorrência. Por isso cláusulas do gênero precisam conter delimitação no tempo ou no espaço, além de não envolver toda ou qualquer modalidade de exploração econômica, sob pena de ser declarada cláusula nula de pleno direito.

Pode se considerar que o exame da validade da cláusula que disciplina concorrência comporta duas abordagens: a da concorrência desleal e a da infração a ordem econômica.<sup>84</sup> Se a cláusula do contrato não incorrer em nenhum dos pressupostos capaz de configurar infração sob uma delas, pode ser considerada a princípio, como lícita; se as cláusulas estabelecidas entre as partes contratantes não viola disciplina em qualquer das duas modalidades das práticas anticoncorrenciais - são válidas, portanto- o desrespeito aos dispositivos contratuais pode gerar à parte infratora a responsabilidade contratual por concorrência antinegocial. Ou seja, caberá à parte prejudicada resolver em perdas e danos os prejuízos sofridos pela atuação do outro. Fábio Ulhoa chama a atenção de que neste caso não se trata necessariamente de modalidade de concorrência desleal.<sup>85</sup>

Finalmente, outro aspecto importante a ser considerado na concorrência desleal é sobre o fator culpa. As infrações a concorrência desleal sempre advêm de ato

---

<sup>83</sup> *Ibiden*, p.247

<sup>84</sup> Vale lembrar que o artigo 54 da lei 8884/94 estabelece como medida preventiva, a aprovação do CADE para a validade de qualquer contrato que possa comprometer a estrutura do livre mercado.

<sup>85</sup> *Op. Cit.*, p.248.

culposo.<sup>86</sup> Como uma espécie de abuso de direito que se viabiliza mediante um meio necessariamente imoral ou desonesto, não existe concorrência desleal sem culpa.<sup>87</sup>

### **2.3 Contratos de franchising: Infração a concorrência?**

Discute-se o perfil dos contratos de *franchising*, tendo em vista se as diversas modalidades de exigências que são feitas por parte do franqueador ao franqueado poderiam ser enquadrados em alguma das modalidades de infração a concorrência.

#### **2.3.1 Propriedade intelectual**

Durante boa parte da discussão histórica sobre o conflito entre as normas de propriedade intelectual e as normas antitrustes, entendeu-se que os sistemas eram antagônicos. De um lado, o monopólio da propriedade intelectual criava ferramentas para restringir a atuação de concorrentes, enquanto de outro, a norma teria justamente como maior finalidade reprimir as práticas restritivas da concorrência<sup>88</sup>.

Esse entendimento foi gradualmente abandonado com o amadurecimento da noção, de amplo consenso, de que a titularidade de propriedade industrial não se configura como um monopólio, mas sim, como ferramentas temporária de exploração exclusiva, equiparável a qualquer outra forma de propriedade<sup>89</sup>.

Assim, direitos de propriedade industrial conferem exclusividade tão somente sobre um meio de se explorar o mercado, sem impedir que por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade<sup>90</sup>. Isso significa que marcas e patentes não criam monopólios no sentido econômico, podendo perfeitamente existir substitutos para o produto, processo ou tecnologia objeto do direito de exclusividade. Como

---

<sup>86</sup> Neste sentido consta-se aqui mais uma diferença importante entre a concorrência desleal e os atos de infração a ordem econômica. Neste caso, independe para a sua configuração, da culpa, pois a análise se faz pelos efeitos que determinada conduta provoca ou poderia provocar no mercado relevante.

<sup>87</sup> ULHOA, Fabio. Op. Cit., p.246.

<sup>88</sup> ANDRADE, Gustavo Piva de. Op Cit., p.35

<sup>89</sup> Ibidem, p.36

<sup>90</sup> Iden, ibidem

resultado, tem-se que a exploração de uma marca ou patente, por exemplo, não cria necessariamente poder de mercado no contexto antitruste<sup>91</sup>.

Neste contexto, os contratos de *franchising*, enquanto modalidade de negócio que explora propriedade industrial, promovem, na verdade, a concorrência porque encorajam empresários a competir através do desenvolvimento de novas tecnologias e melhora das marcas, resultando em opções adicionais ao consumidor, bem como em produtos e serviços novos e cada vez melhores.

Desta forma, de acordo com Jairo Saddi, justificam-se as restrições impostas pelo franqueador aos franqueados, incluindo como exemplo, cláusulas de exclusividade<sup>92</sup> e restrições territoriais de venda<sup>93</sup>. Ao assumir um caráter essencial junto aos contratos de *franchising*, tais restrições representam a viabilidade do instituto, estimulando maiores investimentos, tanto por parte do franqueado como pelo franqueador.

O referido autor entende, ainda, que tais fatores de restrição funcionam como formas contratuais de inibir o “oportunismo” e *free-riding* de outra parte. Desta forma, estimulam um maior esforço de venda de determinada marca e, potencialmente, uma competição mais intensa entre marcas distintas de um mesmo produto.<sup>94</sup>

Por fim, Calixto Salomão concretiza que as restrições verticais, *in casu*, como imposição de preço de revenda e divisão territorial, são nada mais que formas de remunerar e incentivar toda a rede de *franchising* e investir mais na promoção do produto<sup>95</sup>. Conforme o autor, nos casos de *franchising*, a restrição serve para garantir a entrada de mais concorrentes.<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, p.37

<sup>92</sup> “Ocorrem quando um revendedor se compromete a apenas vender os produtos de uma empresa.” SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Editora Campus, 2005. p. 378.

<sup>93</sup> “É um acordo entre a empresa e seu revendedor de que aquela não permitirá a comercialização do produto em uma certa região que não pelo revendedor em questão, que terá, portanto, exclusividade na venda nessa área.” SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Editora Campus, 2005. p. 378.

<sup>94</sup> SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Editora Campus, 2005. p. 378.

<sup>95</sup> FILHO, Calixto Salomão. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Malheiros., 1998. p. 300.

<sup>96</sup> FILHO, Calixto Salomão. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Malheiros., 1998. p. 307-308.

Contudo, o que titulares de propriedade industrial veem como exercício legítimo dos seus direitos pode ser interpretado de maneira diferente por seus adversários. Para estes, o exercício de tais direitos pode configurar uma prática abusiva, com consequências anti-concorrenciais. Caso determinada conduta envolvendo direitos de propriedades industriais, notadamente explorados via *franchising*, se qualifique como tal, ela pode gerar reflexos no campo antitruste e ser reprimida pelas regras do sistema de defesa da concorrência. É o que se verá no item a seguir.

### 2.3.2 *Infração a ordem econômica*

Embora os princípios que emanam do direito concorrencial possam dialogar sem necessariamente se contrapor com os institutos da proteção a propriedade intelectual, na prática, algumas tensões continuam. Tal fato acontece porque ainda que uma marca seja válida e legitimamente obtida, o exercício da sua exploração poderá não ser.

Inúmeras práticas envolvendo direitos de propriedade intelectual explorada através dos contratos de *franchising* podem ser enquadradas como atos anti-competitivos. Em uma análise crítica do sistema de *franchising*, Jairo Saddi<sup>97</sup> observa que este compreende acordos verticais que podem configurar numa redução da concorrência.

No entanto, por mais plausível a proteção ao investimento empregado ao *franchising*, bem como o resguardo dos membros da rede ao surgimento de “oportunistas”, a utilização de forma danosa de tais restrições intrínsecas aos contratos de *franchising* junto ao mercado podem ser configurados como ato de infração ao princípio da livre concorrência, devendo ser reprimido pelas agências de defesa da concorrência<sup>98</sup>.

A doutrina levanta algumas modalidades de infração que podem ser suscitadas em contratos de *franchising*: venda casada de produtos, venda/compra forçada de

---

<sup>97</sup> “Acordos verticais são aqueles realizados entre empresas que tem entre si uma relação do tipo fornecedor-cliente ou produtor-distribuidor.” SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Editora Campus, 2005. p. 376.

<sup>98</sup> *Ibidem*. p. 376.

produtos que o franqueador faz ao franqueado, independentemente deste necessitar de mercadorias para a revenda no seu estabelecimento ao consumidor final, etc.<sup>99</sup>.

Nesse sentido, o CADE<sup>100</sup> já se manifestou atestando que o exercício de marcas e patentes exploradas de forma fraudulenta pode lesar a concorrência:

Marcas e Patentes - Aquisição fraudulenta de marca ou patente - Incompetência do CADE reconhecida - Obter ou tentar obter marca ou patente por meio fraudulento não é em si uma violação à concorrência. (...) "O exercício de direitos sobre marca obtida fraudulentamente e de modo a amealhar fatia de mercado excluindo outros concorrentes é que pode converter-se em ofensa à ordem concorrência.

Desta forma, a análise ao caso concreto é de extrema importância quando avaliados princípios de ambos os direitos.

### 2.3.3 *Concorrência desleal*

Sob a ótica da lesão concorrencial envolvendo apenas relação privada entre os agentes econômicos entre si, algumas vezes, a relação jurídica explorada em contratos de *franchising* revela desequilíbrio econômico no cumprimento das obrigações.

Alguns tribunais do país têm apreciado conflitos tendo em vista as inúmeras exigências feitas pelo franqueador contra os interesses do franqueado. Pedidos de declaração ou reconhecimento de vícios existentes na relação jurídica tem encontrado diferentes modalidades de questionamentos<sup>101</sup>.

Finalmente, após o *état de lieu* sobre os principais emblemas que tocam o tema da concorrência envolvendo os contratos de *franchising*, passar-se-á, a seguir, a análise do impacto do e-commerce sobre esta modalidade de negócios e uma análise mais pontual sobre a Chiquita Bacana.

<sup>99</sup> GUERRA, Luiz Antonio. **Sistema mandatório da compra de produtos, em regime de franquias empresarial exigência ilegal do franqueador**. Disponível em <http://bdejur.stj.gov.br> Acessado em 07/09/2010

<sup>100</sup> Preliminar nº 08000.022244/94-36, de 6 de agosto de 1997, Representante: Bodygard Benton Importadora, Exportadora, Representações Ltda., Representada: Benton Plastics Inc. e outras, 19/08/1997, Sessão I, p. 17900.

<sup>101</sup> Releva-se aqui a dificuldade em se obter jurisprudência nesta área, haja vista a ampla difusão entre os empresários de mecanismos alternativos de soluções de controvérsia, cujo processo é confidencial.

## CAPÍTULO III: *E-COMMERCE* E OS CONTRATOS DE *FRANCHISING*

Com o avanço das tecnologias de informação, as empresas têm procurado formas alternativas de melhorar as bases da competitividade e estratégias de negócio. A partir da sofisticação de sistemas virtuais, favorecidos com o surgimento e aperfeiçoamento da Internet, o comércio eletrônico se tornou uma alternativa interessante para alcançar obter vantagens sobre a concorrência.

A questão proposta neste trabalho é de saber como um site explorado por produto franqueado poderia intervir no mercado a tal ponto de constituir alguma das modalidades de lesão à concorrência?

Antes de discutir essa questão propõe-se uma breve apresentação das principais definições que envolvem o *e-commerce* no Brasil.

### 3.1 *E-commerce*

A expressão *e-commerce* (do inglês, *electronic commerce*) surge já em 1994, com o início da internet, caracterizando os negócios realizados pela via eletrônica. Baseando-se no compartilhamento eletrônico de dados, tais como texto, som e imagem, o *e-commerce*, trás um novo contexto de negociação que se dá apenas por intermédio de mensagens eletrônicas, isto é, a informação é gerada, enviada, recebida ou arquivada eletronicamente.

Oliver Iteanu afirma que, o *e-commerce* se constitui pela oferta realizada de modo audiovisual, através da internet e pela interatividade entre empresário e cliente.<sup>102</sup> Desta forma, nota-se que a diferença entre o comércio tradicional e o novo contexto trazido pelo *e-commerce* se fundamenta no método de contratação utilizado. Conclui-se por *e-commerce*

---

<sup>102</sup> ITEANU, Oliver. *Internet et lê droit*. Eyrolles, 1996, p. 23. (tradução nossa)

então, todo o processo de oferta, demanda e contratação de bens, serviços e informações, realizado à distância por intermédio de um ambiente virtual.<sup>103</sup>

No ambiente virtual, a oferta de produtos e serviços é realizada através de *sites* próprios, destinados ao comércio virtual, conhecidos como lojas online ou, por intermédio de *shoppings centers* eletrônicos, que trazem como intuito a promoção de diversos fornecedores de pequeno porte em grande portais.<sup>104</sup> Quando entram em ambientes virtuais, os compradores interagem por meio de uma interface<sup>105</sup>, responsável pela apresentação de catálogos eletrônicos, as ferramentas de busca, as soluções de pagamento, bem como a “cesta de compras”.<sup>106</sup>

Por estar formatado exclusivamente em ambiente virtual, o *e-commerce* se constitui sem limitações, podendo conter qualquer forma de transação comercial a partir da internet. Desta forma, esse formato de negócios pode ser utilizado não apenas para comercialização de bens e serviços, mas para publicidade, assistência técnica e informação, atribuindo uma quantidade maior de recursos ao empresário.

Como forma de execução, o *e-commerce* se apresenta de duas formas distintas, seja direta ou indireta. A direta ocorre quando o objeto comercializado é intangível, incorpóreo, podendo ser enviado ao comprador no próprio ato da compra, por intermédio da própria internet. Desta forma, todo o processo de compra direta é virtual e instantâneo. Como exemplo, temos as vendas de *softwares*, *e-books* e informações.<sup>107</sup>

Quando o objeto comercializado é um bem corpóreo, como uma peça de roupa, ou um computador, se esta diante de um *e-commerce* de forma indireta. Esta forma se caracteriza por necessitar de serviços alheios ao ambiente virtual, diferentemente da forma

---

<sup>103</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do e-commerce - Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36. 2000. p. 105.

<sup>104</sup> “Site na Internet que oferece grande variedade de serviços, tais como correio eletrônico, foros de discussão, dispositivos de busca, informações gerais e temáticas, páginas de comércio eletrônico e outros.” **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=portal&x=0&y=0&stipe=k> . Acesso dia 03/09/2010.

<sup>105</sup> “Meio pelo qual o usuário interage com um programa ou sistema.” **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=portal&x=0&y=0&stipe=k> . Acesso dia 03/09/2010.

<sup>106</sup> TURBAN, Eraim; KING, David. **E-commerce: estratégias e gestão**. Tradução Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004. p. 35.

<sup>107</sup> Comunicação ao Parlamento Europeu. COM (97) 157. **Uma iniciativa europeia para o comércio eletrônico**. <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcomp.pdf>, 1997. p. 8. Acesso dia 03/09/2010.



direta. Assim, por mais que a compra seja feita inteiramente em ambiente virtual, o objeto comprado deverá ser enviado ao endereço físico do comprador, por intermédio de serviços de entrega, como os correios ou transportadoras.<sup>108</sup>

Entende-se desta forma, que o *e-commerce* se origina neste novo contexto de comunicação virtual, mas demanda um tratamento que vai muito além de soluções de vendas a distância;<sup>109</sup> suscita novo conceito de comércio, constituído junto a este ambiente de relações interpessoais, a internet.

A distinção que a internet trás junto ao ambiente físico se caracteriza pela maleabilidade de sua estrutura, que permite, através da criação de códigos, interagir e criar estruturas, o que o converte num objeto inacessível e refratário às regras legais que levam em conta este elemento para determinar inúmeros aspectos jurídicos.<sup>110</sup>

### **3.1.1 Relação site/estabelecimento comercial**

Com a grande vantagem de quebrar barreiras geográficas, a internet assume nos tempos atuais de globalização, o papel de comunicar manifestações de vontades. No que se refere ao *e-commerce*, sua maior distinção em relação ao comércio tradicional se evidencia quando existe distância física entre as partes contratantes. Distancia esta que, por se inserir em um ambiente completamente virtual, abarca, por muitas vezes, dúvidas a respeito da localização exata das partes.

O estabelecimento físico onde o empresário realiza a sua atividade econômica corresponde, talvez, a um dos aspectos mais importantes do negócio, caracterizando a sua própria imagem e o conceito do negócio. Já na situação do *e-commerce*, este “local” pode não ser situado precisamente, uma vez que seus elementos se constituem de forma dispersa e nômade.<sup>111</sup> Sob novos valores e fundamentos, o *e-commerce* apresenta novas

---

<sup>108</sup> Comunicação ao Parlamento Europeu. COM (97) 157. **Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico.** <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcomp.pdf>, 1997. p. 8. Acesso dia 03/09/2010.

<sup>109</sup> CALAIS-AULOY, Jean. **Venda fora do estabelecimento comercial e venda à distância no direito francês.** Revista de Direito do Consumidor : São Paulo, v. 3. 1992. p. 7-23.

<sup>110</sup> LORENZETTI, Ricardo L. **E-commerce.** Revista dos Tribunais: São Paulo. 2004. p. 29-30.

<sup>111</sup> LÉVY, Pierre. **O que é virtual.** 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1996. p. 19.

realidades como o exemplo da *Amazon*, a maior livraria do mundo que ocupa apenas dois andares de um pequeno prédio em Seattle.<sup>112</sup>

Dentre suas várias características, o *e-commerce* trás o conceito de criação e manutenção de um negócio online, à custos baixíssimos que auxiliam a ampliação de oportunidades de negócios, favorecendo a ampliação da área de atuação. Por depender apenas de uma conexão de internet, o *e-commerce* se configura pela facilidade de coleta, armazenamento e processamento de informações negociais, o que pode provocar reflexos substanciais sobre o próprio custo de um empreendimento.<sup>113</sup>

A identificação em um ambiente virtual como o do *e-commerce* depende de padrões de linguagem que interliguem todas os computadores conectados a internet em uma espécie de rede. O conjunto de protocolos usados para criação desta rede é conhecido como TCP/IP<sup>114</sup>. Estes são responsáveis pelo endereçamento virtual e a comunicação com outros computadores da rede, assim, sem o endereço IP<sup>115</sup>, por exemplo, nenhum computador consegue ser localizado na internet.<sup>116</sup>

Entende Erica Brandini que a dificuldade dos contratos eletrônicos, intrínsecos ao *e-commerce*, se mostra na identificação das partes contratantes. Esta identificação é realizada primordialmente pelo endereço IP, além do endereço do correio eletrônico ou em alguns casos, o nome de domínio, e pode ser utilizada por qualquer das partes contratantes como vínculo obrigacional do contrato virtual.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> ALBERTINI, Alberto Luiz. **E-commerce: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 5. ed. Colaboração de Rosa Maria de Moura. São Paulo: Atlas, 2004. p. 64.

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Elsa Dias. **A protecção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 50

<sup>114</sup> “TCP / IP (*Transmission Control Protocol / Internet Protocol*) é o conjunto de protocolos que são usados para transmitir informações através da Internet. Ela cria e gere a ligação entre dois computadores e os pacotes de dados transmitidos entre eles.” Search and Go. **The Internet in Practice (part 4)**. <http://www.searchandgo.com/articles/internet/internet-practice-4.php>. Acesso no dia 04/09/2010.

<sup>115</sup> “Endereço IP é uma sequencia de números utilizados como identificador exclusivo na Internet. O identificador é usado para rotear tráfego da Internet com precisão. O endereços IP deve ser exclusivo na Internet mundial, embora alguns sejam reutilizados em redes privadas utilizando um sistema de endereços IP privados e tradução de endereços de rede.” IANA - Internet Assigned Numbers Authority. **Glossary of terms**. <http://www.iana.org/about/glossary/>. Acesso dia 04/09/2010.

<sup>116</sup> LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999. p. 169.

<sup>117</sup> BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores, peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 41.

### 3.1.2 *Princípios do contrato e legislações*

Fundamentada no princípio da livre forma de contratação não solene, as contratos eletrônicos, fundamentos explícitos do *e-commerce*, se desenvolvem no Brasil em contraposto aos tradicionais contratos no âmbito comercial. Para uma análise dos princípios abarcados por esta nova forma de contratação, se faz jus, a observação dos princípios tradicionais do instituto do contrato, afim de estabelecer os pontos chaves entre estas.

Vale salientar que devido a especificidade do tema, por muitas vezes, tais pontos não se vinculam, haja vista a mobilidade tecnológica disposta no ambiente virtual. Neste contexto, emergem princípios próprios, fundamentados, muitas vezes, em discussões mundiais a respeito do tema, com o intuito de suprir as lacunas encontradas nos princípios tradicionais.

Como epicentro desta discussões mundiais, temos a Lei Modelo sobre *e-commerce*, posposta pela Comissão da Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), em 1996, que até hoje desponta como norte a qualquer legislação sobre o tema.<sup>118</sup> Seguindo tal entendimento, em 1999, a União Europeia adota a Diretiva 2000/31/CE sobre assinatura eletrônica, exige de todos os seus membros a alteração legislativa.<sup>119</sup>

No Brasil, temos em vigor a Medida Provisória 2.200-2, que cria as Chaves Públicas Brasileiras, que trazem a finalidade de assinaturas eletrônicas propondo maior confiança às comunicações junto aos órgãos públicos.<sup>120</sup> Sob uma visão geral, a legislação pátria ainda não contém normativas específicas sobre o tema. A matéria ainda é discutida em projetos de leis como o PL 1.483/99 e o PL 1.589/99.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. pp. 66-68

<sup>119</sup> “A Diretiva 2000/31/CE, se destina a proteger as pessoas físicas junto ao comércio eletrônicos, assegurando maior confiabilidade na comunicação e transação.” LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. pp. 132-136.

<sup>120</sup> MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 136-141

<sup>121</sup> CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. **Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil**. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), Brasília, v. 6, n. 19. 2002, pp. 62-77

Justificado nesta ausência normativa brasileira, bem como nos fundamentos contidos na Lei de Introdução ao Código Civil<sup>122</sup>, faz-se compreensível a adoção de considerações tecidas à luz do direito comparado, afim de delinear os princípios referentes aos contratos eletrônicos.

**Princípio da Equivalência Funcional** – Decorrente da UNCITRAL, este princípio visa garantir a equiparação dos contratos eletrônicos aos contratos comuns, afim de evitar qualquer tipo de preconceito junto a essa nova modalidade contratual.<sup>123</sup> Assim, entende-se que sua eficácia e validade são presumidas independente de sua forma de contratação.<sup>124</sup>

Visando garantir o caráter obrigacional e jurídico dos contratos eletrônicos, este princípio visa impedir que por sua natureza virtual, estes seja considerados inválido. Resguardando assim, que possíveis impedimentos legais, exclusivos de sua natureza eletrônica, possam privar seu caráter obrigacional.

**Princípio da Neutralidade Tecnológica das Disposições Reguladoras do E-commerce** – Com a preocupação de não restringir sua aplicação no mundo prático, com o advento de novas tecnologias, este princípio garante a Lei Modelo a sua adequação a qualquer ambiente futuro.<sup>125</sup> Disposta em seu art. 8, a Lei Modelo afirma que em princípio, não se exclui nenhuma técnica de comunicação do âmbito da Lei Modelo, de forma a acolher em seu regime toda eventual inovação técnica neste campo.<sup>126</sup>

Desta forma, esta garante a sua aplicabilidade futura sem a necessidade uma reformulação legislativa. Assim, não se limitando somente as tecnologias existente no momento de sua criação, mas também futuras tecnologias que venha a derivar do desenvolvimento contínuo desta área.

---

<sup>122</sup> “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. Na obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.” Lei de Introdução ao Código Civil. Art. 9 “caput”c/c §6°.

<sup>123</sup> LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 42 e ss.

<sup>124</sup> FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 91

<sup>125</sup> LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 45

<sup>126</sup> UNCITRAL. **Model Law on Electronic Commerce**. [www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf). p. 6. Acessado no dia 03/09/2010.

Embasada neste princípio, Ana Paula Gambogi Carvalho, entende que as leis a serem promulgadas no Brasil, deve ser tecnologicamente neutra, ou seja, reconhecer a validade jurídica não apenas do sistema de criptografia assimétrica, mas também de outras tecnologias equiparáveis, que atendam aos mesmos fins.<sup>127</sup>

Compreende-se neste princípio a importância de proteger a norma, para que esta não perca a sua eficácia junto ao advento de mudanças tecnológicas. Impedindo assim, que a evolução, natural do meio, tolha a aplicabilidade desta nova forma de comercialização e contratação devido a vigência de uma possível legislação ultrapassada. Logo, a neutralidade tecnológica, corresponde necessária à segurança do sistema.

### **Princípio da Inalterabilidade do Direito Existente Sobre Obrigações**

**Contratos** – Este princípio afirma que o *e-commerce*, de certa forma restritiva, se compreende apenas como uma nova forma de comunicação entre as partes contratantes e não como um novo complexo jurídico regulador. Mantendo-se assim, sem alterações substanciais, os pressupostos contratuais e requisitos já consagrados. Não impedindo o surgimento de adaptações jurídicas pela peculiaridade da evolução tecnológica.<sup>128</sup>

Os contratos eletrônicos são compreendidos neste princípio, não como novas estruturas junto ao direito das obrigações e o direito contratual, mas como novas adaptações, responsáveis pela garantia dos valores intrínsecos à vontade de contratar. Entende-se assim, que a função da nova tecnologia é servir de meio para a celebração contratual e não fim.

### **3.1.3 Aspectos jurídicos**

Para a elucidação completa dos parâmetros conceituais do *e-commerce*, prova-se necessário a delimitação de seus aspectos jurídicos, justificados nas adaptações contratuais iminentes ao surgimento deste novo meio de comunicação, a internet. Compreende-se justificado que este estudo junto aos aspectos jurídicos, faça-se pontual as delimitações do *e-commerce*, e não a um novo imbróglgio científico que vise comportar a inovação tecnológica como um todo.

---

<sup>127</sup> CARVALHO, Ana Paula Gabogi. **Contratos Via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 152

<sup>128</sup> LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. pp. 47 e ss.

**Natureza Jurídica** – Sheila Leal entende que, o caráter eletrônico, por si só, não altera substancialmente a natureza jurídica das relações contratuais. Desta forma, o contrato não deixa de se constituir em contrato de compra e venda, de locação, de prestação de serviços, ou outro contrato típico qualquer, pelo fato de ter sido realizado total ou parcialmente por meios eletrônicos.<sup>129</sup>

Desta forma, a natureza jurídica dos contratos eletrônicos estaria ligada ao fundamento contratual que a origina e não ao seu caráter eletrônico propriamente dito, aplicando-se o Princípio da Inalterabilidade do Direito Existente Sobre Obrigações Contratos, analisado acima.

**Momento de Formação** – A importância de se determinar o momento preciso da formação de um contrato eletrônico está intimamente ligada às consequências jurídicas que decorrem deste ato, e de suas implicações. Como modalidade específica decorrentes do momento da formação contratual, temos os contratos firmados entre presentes e entre ausentes.

Os contratos firmados entrem ausentes, imputam uma distância geográfica cuja comunicação sofra um lapso temporal juridicamente relevante para sua conclusão.<sup>130</sup> Contudo, as antigas barreiras geográficas, antes determinantes para a constatação da ausência nos contratos firmados, são quebradas hoje por intermédio da tecnologia que é capaz de propiciar comunicação instantânea, independentemente da distância geográfica analisada.

O telefone é um modelo da neutralização geográfica que ocorre entre pessoas fisicamente distantes na celebração de um contrato através de um sistema de comunicação instantâneo.<sup>131</sup> O art. 428, I do Código Civil afirma que se considera também como presentes os que contratam por telefone ou meio de comunicação análogo. Desta forma, interpretando-se analogicamente esta lei, pode-se entender que os contratos eletrônicos ganham *status* de serem celebrados entre presentes.

---

<sup>129</sup> LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007. p.92.

<sup>130</sup> O Novo Código Civil, em seu art. 434, tratando sobre os contratos formados por correspondência, ou seja, entre ausentes, considera efetivo o contrato no momento em que a aceitação é expedida, admitindo, todavia, exceções.

<sup>131</sup> LORENZETTI, Ricardo L. **E-commerce**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 313-314

Neste entendimento, pode-se dizer que o único fator a ser analisado para determinação de um contrato entre presentes é a comunicação instantânea entre as partes, e que, por se abster de uma formatação tecnológica análoga, o *e-commerce* estabelece este vínculo necessário. Ocorre entretanto, que apesar da comunicação contratual propiciar a instantaneidade necessária, o *e-commerce* tem uma formação contratual não instantânea,<sup>132</sup> neste caso, entre ausentes, uma vez que a parte compradora interage diretamente com uma interface e não com o vendedor propriamente dito.

Sustentado por tal entendimento, Maurício de Souza Matte observa ainda, que os contratos eletrônicos, no que se refere às partes, devem ser considerados entre ausentes como forma de priorizar a segurança contratual virtual. Desta forma, para que fossem considerados partes entre presentes, estas deviriam estar presentes no momento da aceitação da proposta e concretização do contrato, o que não ocorre.<sup>133</sup>

**Lugar de Formação** - O ordenamento jurídico brasileiro nos trás o princípio de que a determinação do lugar onde é constituída a relação contratual é o lugar onde este é proposto.<sup>134</sup> Porém, no referente aos contratos eletrônicos, a constituição desta análise se confronta com duas possibilidades distintas, sejam elas: a) o local onde se encontra o equipamento por meio do qual fora realizada a proposta, ou seu endereço lógico; e b) o local da residência do proponente.

O art. 15, § 4º da Lei Modelo da UNCITRAL determina que uma declaração eletrônica se considerará enviada e recebida no lugar onde remetente e destinatário, respectivamente, tenham seu estabelecimento. No caso de mais de um, onde tenham o principal.<sup>135</sup> Deste modo, têm-se como norteador o entendimento de que, celebrado o contrato eletrônico, este se reputa formado no lugar onde reside o proponente ou onde esteja afixado seu estabelecimento principal.

**Legitimação e a determinação da autoria** – O documento eletrônico é o instrumento físico, geralmente magnético ou óptico, capaz de armazenar, para a

---

<sup>132</sup> Ibidem, p. 323

<sup>133</sup> MATTE, Maurício de Souza. *Internet: comércio eletrônico: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nos contratos de e-commerce*. São Paulo. 2001. p. 83.

<sup>134</sup> Nos termos do artigo 435 do Código Civil, “o contrato reputa-se celebrado no lugar onde foi proposto”.

<sup>135</sup> UNCITRAL. *Model Law on Electronic Commerce*. [www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf). p. 11. Acessado no dia 03/09/2010. (tradução nossa)

posterioridade, aquilo estabelecido no contrato eletrônico, e, apesar de registrado em uma base não física, possui idoneidade para veicular o interesses das partes<sup>136</sup>. Entretanto, por compreender partes totalmente ausentes, o *e-commerce* deve estabelecer como fator primordial, os meios de se auferir a autoria, bem como a autenticidade dos sujeitos envolvidos na relação jurídica, presando desta forma pela segurança da vontade das partes.

É neste âmbito que se fundamenta a principal insegurança jurídica demonstrada hoje em dia junto ao *e-commerce*. A falta de meios para se identificar quem exatamente está do outro lado de um computador aceitando ou fazendo uma proposta negocial. Tais fatores podem colocar em cheque a validade do negócio.

Ricardo L. Lorenzetti acredita, como regra geral, que aquele que utiliza meio eletrônico e cria uma aparência de que este pertence à sua esfera de interesse, arca com os riscos e com os ônus de demonstrar o contrário.<sup>137</sup> Estes riscos segundo o autor, podem derivar, simplesmente do meio utilizado.<sup>138</sup>

Diversas soluções surgem em meio a problemática. Hoje em dia, o maior objeto de pesquisa no âmbito da contratação eletrônica, é a adoção da certificação, uso de senhas, assinaturas eletrônicas ou digitais, ou, mesmo, um contrato prévio, onde as partes estão presentes, estabelecendo que se reputa a determinado sujeito toda e qualquer contratação realizada por meio daquele equipamento<sup>139</sup>.

### 3.2 *E-commerce e a concorrência nos contratos de franchising*

As estratégias empresariais exploradas em negócios podem ser competitivas ou colaborativas<sup>140</sup>. Serão competitivas quando disputarem entre si o mercado, e por sua vez a clientela, enquanto que uma estratégia cooperativa propõe uma atuação conjunta entre eventuais competidos, para ganhar vantagens diante dos demais.

---

<sup>136</sup> DIAS, Jean Carlos. **Direito Contratual no Ambiente Virtual**, 2. ed. rev. e atu. Curitiba: Juruá, 2004. p. 82

<sup>137</sup> LORENZETTI, Ricardo L. **E-commerce**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 293

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 293 e ss.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>140</sup> *Apud* ALVES Robson de Paula e FALSARELLA Orandi Minas. Modelo conceitual de inteligência organizacional aplicada à função de manutenção. **Revista Gest. Prod.**, São Carlos, v. 16, n. 2, p. 313-324, abr.-jun. 2009.



As inovações advindas da internet entram no mercado empresarial, e principalmente para o caso das *franchising* como poderosas ferramentas de divulgação e promoção da marca a nível global e com custos baixíssimos. Caso de colaboração.

O problema é quando tal inovação passa a promover a concorrência entre os agentes econômicos que deveriam estar explorando um negócio em forma de colaboração já que todos têm o interesse no desenvolvimento e permanência da marca no mercado.

A concorrência intramarcas é um caso evidente de competição entre os titulares que, podem fazer uso de instrumentos considerados desleais na obtenção do lucro almejado.

Os contratos de *franchising*, como uma das modalidades que mais se expande no Brasil, têm como essência do negócio, como já se viu, a cláusula de exclusividade e delimitação geográfica para assegurar os franqueados do sucesso do empreendimento, assegurando o retorno dos custos de transação e evitando o parasitismo concorrencial.

A quebra da barreira geográfica proporcionada pelas transações realizadas através do meio eletrônico pode colocar em risco esse arranjo.

### **3.3 Aspectos Legais**

Entende-se que os eventuais prejudicados pelo comércio eletrônico a partir dos sites explorados nos *franchising* podem recorrer não só aos instrumentos legais de indenização civil por concorrência desleal, mas, também, a eventual controle administrativo através do SBDC uma vez verificados os critérios legais que o consubstanciem como infração à ordem econômica.

### **3.2.1 Infrações a ordem econômica**

O monopólio legal decorrente da propriedade intelectual geralmente explorado em contratos de *franchising*, como já se viu no capítulo anterior, não libera o seu titular de eventual análise por parte do CADE por práticas ilegais<sup>141</sup>.

O artigo 20 da Lei nº 8.884/94, em seus incisos I a IV, cita as 4 modalidades de atos que constituem violação a ordem econômica independentemente de culpa e que tenham por objeto, ou possam produzir 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.

Dentre as diversas modalidades de infração de conduta enumeradas de forma não taxativa pelo artigo 21 da mesma lei, destaca-se em especial para o presente caso: V- criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

Os franqueados, portanto, que se sentirem prejudicados pela conduta do franqueador poderiam recorrer ao CADE em relação a eventuais distorções provocadas no mercado em virtude da exploração de marca franqueada, nos sites da internet.

Abuso do poder econômico: pelo fato de ser proprietário da marca, o franqueador não tem o direito de explorá-la distorcendo mercados e enganando os franqueados.

### **3.2.2 Concorrência desleal**

As práticas punidas a título de concorrência desleal como já se discutiu, dizem respeito aos usos empresariais que possam denegrir, parasitar, imitar, desorganizar um

---

<sup>141</sup> Também diz o artigo 15 da lei 8884/94: Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. (grifo nosso).

mercado, dentre outras. Os franqueados prejudicados pela atuação dos demais, ou ainda, pela própria franqueadora poderia, o que parece mais óbvio, buscar guarida aos seus direitos por uma leal concorrência na Lei nº 9.279/96, mais precisamente no seu artigo 195, inciso III, que preconiza:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:  
III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

No caso de eventual concorrência intramarcas, ou seja, franqueados disputando a clientela entre si, o parasitismo ou *free-riding* poderia ser claramente arguido, e em cada caso, demonstrado. Ou seja, o ingressante no mercado através da exploração dos sites da *internet* poderiam se aproveitar da notoriedade de uma marca explorada por estabelecimento físico para desenvolver sua própria clientela isso vale para relação entre franqueador e franqueados ou então entre franqueados.

Nessa situação um empresário poderia se aproveitar de todo o esforço e investimento realizado por um outro, tais como desenvolvimento inicial do negócio, publicidade da marca franquiada ou do próprio estabelecimento empresarial, sem que tivesse realizado nenhum gasto nestas condições, ou pelo menos, na mesma proporção.

Ao obter para si, vantagens vetadas em decorrência da Lei nº 9.279/96, o titular do site que explora marca franqueada estaria maculando, também, o caput do artigo 170 da CF/88 que prestigia a economia de mercado capitalista, com respeito aos princípios essenciais ao seu cumprimento, dentre eles, o da livre concorrência, que implica no exercício legal do poder econômico e na igualdade de concorrência, de forma lícita e legal.

O vocábulo ilícito segundo De Plácido e Silva, em seu sentido próprio consiste em exteriorizar o que é proibido ou vedado por lei. Assim, a concorrência desleal estaria configurada pelo fato de estarem os detentores da utilização do site, desviando a clientela dos demais concorrentes, para benefício próprio, de forma ilícita, ao violar as cláusulas de exclusividade e delimitação geográfica, próprias à essência dos negócios de *franchising*, ou ainda apropriando-se dos investimentos realizados pelos titulares de estabelecimento físico, de forma parasitária.

A lei estimula a concorrência comercial ou industrial, contanto que seja realizada com probidade e lealdade, ou seja, com observância da mínima ética profissional. Exorbitando-se esses limites, cai-se no desvio fraudulento de clientela, e se a imputação desonrosa ao concorrente, devidamente provada, for idônea para lesionar a clientela, prejudicando-lhe os negócios, há que ser ressarcido pelos correspondentes danos patrimoniais e morais<sup>142</sup>.

O Constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos<sup>143</sup>, ao comentar o inciso IV, do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, diz que:

A inovação constitucional, contida nesse inciso é correlata à economia de mercado, à igualdade de concorrência, à liberdade de contratar e à liberdade de instalação do estabelecimento comercial, observados os limites impostos pela legislação ordinária.

O *franchising* tem-se revelado para o franqueado como sinônimo de sucesso empresarial, embora a premissa seja falsa; daí a justificativa da opção pelo sistema da *franchising* empresarial ao invés do franqueado abrir negócio próprio, em segmento de mercado competitivo, cuja sobrevivência dependerá diretamente da sua experiência em empreender.

Não é outra a expectativa de sucesso, por parte do franqueado inexperiente, apesar dos inúmeros vícios na relação e de existirem *franchising* com percentuais de royalties elevados, chegando mesmo a comprometer o lucro operacional da atividade. Não obstante, novos franqueados continuam a empreender em tal sistema.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> O artigo 207, da Lei nº 9.279/96, dispõe que independentemente da ação criminal a ser manejada, o prejudicado poderá ajuizar as ações cíveis que entender pertinentes, disciplinadas no Código de Processo Civil. Na sequência, aduz que fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos. Diz também o artigo 209 : “Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de 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 ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio”.

<sup>143</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1132.

<sup>144</sup> GUERRA, Luiz Antonio. **Sistema mandatário da compra de produtos, em regime de franquias empresarial exigência ilegal do franqueador**. Disponível em <http://bdejur.stj.gov.br> Acessado em 07/09/2010

## CONCLUSÃO

O advento da internet trás para o mercado mundial uma nova realidade antes não vista. Ferramentas como o *e-commerce* surgem em meio a este novo contexto como uma forma de comunicação instantânea, propagação da marca e vendas a nível global. A ideia de criação de uma empresa em meio virtual, à custos baixíssimos, operando 24 horas todos os dias do ano, a nível global, sob um quadro pequeno de funcionários e estoques muitas vezes inexistentes, e sem a dependência de um ambiente físico está despertando a atenção de muitos empresários, e principalmente as grandes *franchising*.

Enquanto as pequenas lojas e grandes grupos de filiais se aproveita deste novo recurso, os franqueadores ficam bloqueados por um dos mais fundamentais princípios do instituto do *franchising*, a cláusula de exclusividade. O *franchising* surge sob a ideia da compra um negócio formatado e perfeitamente testado e comprovado, a uma quantia normalmente elevada, gerando a expectativa, muitas vezes errônea, de sucesso garantido. Por tais fatores a proteção do investimento do franqueado se situa na realização do contrato de *franchising* com a cláusula de exclusividade.

As cláusulas de exclusividades nos contratos de *franchising*, conforme analisadas no capítulo 2 do presente trabalho, não constituem concorrência desleal a luz do direito concorrencial brasileiro, mas sim uma forma eficaz de garantir ao franqueado a proteção do valor investido contra uma concorrência intramarcas, bem como, tornando o instituto mais atrativo a investimentos, assim favorecendo o próprio mercado com mais redes de *franchising* e uma concorrência não destrutiva.

Como já demonstrado, a ideia fundamental por trás das cláusulas de exclusividade é preservar o franqueado de concorrência intramarca, delimitando um território onde só o mesmo poderá comercializar. Quando tal ideia é analisada sob a realidade da internet e o advento do *e-commerce*, nota-se que devido a globalização derivada deste ambiente virtual, a conceito de delimitação geográfica se desfaz, tornando praticamente impossível, no caso de um *e-commerce*, a restrição de sua área de atuação.

Mesmo bloqueando comprar derivadas de determinados CEPs, no caso de vendas de produtos físicos, restringindo determinados IP, bloqueando assim o acesso de

computadores que entrem de determinadas regiões, os consumidores só necessitam de um computador portátil para realizar uma compra, quebrando qualquer tipo de limitação geográfica existente. Entende-se que por mais esforço realizado afim de bloquear o acesso e compra de uma determinada região este sempre irá existir, mesmo que de forma indireta. Nota-se então, que ao contrario da realidade física, onde o espaço desempenha grande papel na delimitação geográfica, esta praticamente inexistente no ambiente virtual, permitindo ao usuário uma experiência de ausência de espaço físico entre o mesmo e o que este pretende obter.

Observa-se como constatado no capítulo 3 do presente trabalho que tal formatação de negócio geraria uma espécie de *free-riding*, favorecendo o portador do *e-commerce* que entraria no mercado sem a necessidade de grandes investimentos, se aproveitando da estrutura já pronta. Desta forma, como analisado, configurando uma concorrência desleal a ser reprimida contra a estrutura de *franchising*.

O presente trabalho aventurou-se em delinear-se dentre institutos extremamente recentes como o *franchising* e o *e-commerce* e sob um gama escassa de bibliografia e materiais complementares com a finalidade analisar esta realidade atual e nova à luz do pátrio direito concorrencial.

Conclui-se por fim, trazendo a tona lançando pistas para a evolução do debate aqui proposto: o ambiente virtual, com o advento da *internet* e de instrumentos de venda como o *e-commerce*, trazem em si uma nova realidade ainda pouco debatida e legislada. A evolução dos meios de comunicação estão ultrapassando a capacidade de adaptação e compreensão por meio da sociedade, criando lacunas extensas em um direito primitivo aos tempos atuais.

## REFERÊNCIAS

**Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50**, de 1° de agosto de 2001.

**Convenção de Paris** (1883), revisado em Haia em 1925.

**Preliminar n° 08000.022244/94-36**, de 6 de agosto de 1997, Representante: Bodygard Benton Importadora, Exportadora, Representações Ltda., Representada: Benton Plastics Inc. e outras, 19/08/1997, Sessão I, p. 17900.

- **Livros**

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

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ALBERTINI, Alberto Luiz. **E-commerce: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 5. ed. Colaboração de Rosa Maria de Moura. São Paulo: Atlas, 2004.

ALVES Robson de Paula e FALSARELLA Orandi Minas. Modelo conceitual de inteligência organizacional aplicada à função de manutenção. **Revista Gest. Prod.**, São Carlos, v. 16, n. 2, abr.-jun. 2009.

ANDRADE, Gustavo Piva de. **A Interface entre a propriedade intelectual e o Direito Antitruste**. Revista da ABPI. Revista n.91, edição de novembro/dezembro de 2007.

BALDI, Roberto. *El franchising. El derecho de la distribución comercial en la Europa Comunitaria*. Madri : Revista de *Derecho Privado, Derecho Reunidas*, 1988.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores, peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. São Paulo : Atlas, 1986.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CALAIS-AULOY, Jean. **Venda fora do estabelecimento comercial e venda à distância no direito francês**. Revista de Direito do Consumidor : São Paulo, v. 3. 1992.

CARDELÚS, Lluís. **El contrato de franchising**. Madri: *Promociones y Publicaciones Universitarias*, 1988.

CARVALHO, Ana Paula Gabogi. **Contratos Via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de propriedade industrial**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982.

CHAMPAUD, Claude. **La concesion comercial**. *Revue Trimestrelle de Droit Commercial*, 1963.

CHULIÁ, Francisco Vicent. **Compendio crítico de derecho mercantil**. Valência: 1982 v. 2.

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

CUNHA JÚNIOR, Eurípedes Brito. **Os contratos eletrônicos e o novo Código Civil**. Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal), Brasília, v. 6, n. 19. 2002.

DIAS, Jean Carlos. **Direito Contratual no Ambiente Virtual**, 2. ed. rev. e atu. Curitiba: Juruá, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. III.

DOTT, A. G. **Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale**. Milão: 1978.

FARINA, Elisabeth. Desregulação e o controle do abuso do poder econômico: teoria e prática. **Revista de Economia Política** Vol. 14 nº 3(55) jul-set/1994.

FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Novas Fronteiras do Direito na Era Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.



FILHO, Calixto Salomão. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Malheiros., 1998.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais., 1998.

GADELHA Carlos Augusto Grabois. **Política industrial: uma visão neo-Schumpeteriana sistêmica e sstrutural**. Revista de Economia Política, vol. 21, nº 4 (84), outubro-dezembro/2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

GUYENOT, Jean. *¿Que es el franchising? In: Concesiones comerciales*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

ITEANU, Oliver. *Internet et lê droit*. Eyrolles, 1996.

LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane Price. **Sistemas de informação com Internet**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual**. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 1996.

LIMA MARQUES, Cláudia. **Confiança no Comércio Eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

LORENZETTI, Ricardo L. **E-commerce**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2004.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 8.ed, Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MATTE, Maurício de Souza. **Internet: comércio eletrônico: aplicabilidade do código de defesa do consumidor nos contrato de e-commerce**. São Paulo. 2001.

MENDEZ, Max de. e Jean-Pierre Lehnisch. *Que sais-je? La franchise commerciale*. Paris : Presses Universitaires de France, 1984.

\_\_\_\_\_. *Comment réussir em franchise*. Paris: Dunod, 1989.

MENKE, Fabiano. **Assinatura Eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. - 2.ed. - Rio de Janeiro.

OLIVEIRA, Elsa Dias. **A proteção do consumidor nos contratos celebrados através da Internet: contributo para uma análise numa perspectiva material e internacionalprivatista**. Coimbra: Almedina, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito civil**. 18. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. 3.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira., 2001.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva. 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Aspectos Modernos do Direito Comercial**, Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. **Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas**. Revista dos Tribunais, ano 67, vol. 513, julho de 1978.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHE, M.A.F e Payet, M-S. *Droit de la concurrence*. Paris : Dalloz, 2006.

SADDI, Jairo e PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, Economia e Mercados**. São Paulo: Editora Campus, 2005.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do e-commerce - Contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 36. 2000.

SIMÃO, Adalberto Filho, *Franchising*. São Paulo, 3a ed., Atlas, 1998.

SZTAJN, Rachel. **Contratos de sociedades e formas societárias**. São Paulo : Saraiva, 1989.

TURBAN, Eiram; KING, David. **E-commerce: estratégias e gestão**. Tradução Arlete Simille Marques. Revisão técnica Belmiro João, Érico Veras Marques. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

ULHOA, Fabio. **Curso de direito comercial e o direito de empresa**. Vol. I. 13ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

*United Nations Industrial Development Organization. Manual on Technology Transfer Negotiation (A reference for policy-makers and practitioners on Technology Transfer)*. Vienna : 1990.

WALD, Arnold *et.al.* **A empresa no terceiro milênio**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

- **Texto em Meio Eletrônico**

*All Business “A D&B Company”. Franchising in Brazil: a survey conducted by the Brazilian Franchise Association in 2006 shows that the number of franchise units in that country increased 11 percent in 2006, compared to 2005*. Disponível em: <http://www.allbusiness.com/legal/international-law/8887771-1.html>. Acesso em 12/08/2010.

Comunicação ao Parlamento Europeu. COM (97) 157. **Uma iniciativa europeia para o comércio eletrônico**. <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcomp.pdf>, 1997. p. 8. Acesso dia 03/09/2010.

**Dicionário Houaiss da língua portuguesa.**

<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=portal&x=0&y=0&stipe=k> . Acesso dia 03/09/2010.

*European Franchise Federation. What is meant by “franchising”?*. Disponível em: <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique6>. Acesso em 06/04/2010.

*Franchise Update. China's New Franchise Rules*. Disponível em: <http://www.franchise-update.com/article.php?id=316>. Acesso em 08/04/2010.

G1 - Tecnologia e Games. **Estudo revela que comércio on-line cresceu 170% no Brasil em dois anos: faturamento do e-commerce no país atingiu US\$ 13,23 bilhões em 2009. Na América Latina e Caribe, crescimento foi de 39,2% no mesmo período.**

<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2010/08/estudo-revela-que-comercio-line-cresceu-170-no-brasil-em-dois-anos.html> . Acesso dia 21/09/2010.

GUERRA, Luiz Antonio. **Sistema mandatário da compra de produtos, em regime de franquias empresarial exigência ilegal do franqueador.** Disponível em <http://bdejur.stj.gov.br> Acessado em 07/09/2010

IANA - Internet Assigned Numbers Authority. **Glossary of terms.** <http://www.iana.org/about/glossary/> . Acesso dia 04/09/2010.

iDicionário Aulete. **Blog.**

[http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete\\_digital&op=loadVerbetes&pesquisa=1&palavra=blog&x=0&y=0](http://aulete.uol.com.br/site.php?mdl=aulete_digital&op=loadVerbetes&pesquisa=1&palavra=blog&x=0&y=0). Acesso dia 23/09/2010.

*International Franchise Association. France Serves as a Gateway to Europe.* Disponível em: <http://www.franchise.org/franchise-news-detail.aspx?id=33190>. Acesso em 08/04/2010.

\_\_\_\_\_. *Franchising Industry in China.* Disponível em:

[http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise\\_Industry/International\\_Development/franchising%20in%20China.pdf](http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise_Industry/International_Development/franchising%20in%20China.pdf). Acesso em 08/04/2010.

Internet World Stats: Usage and Population Statistics. **Internet Usage and Population in South America.** <http://www.internetworldstats.com/stats15.html>. Acesso dia 21/09/2010.

MONTEIRO, Carmen Diva. **Sobre a política Antitruste no Brasil e seus aspectos Críticos.** Disponível em: [http://www.seae.fazenda.gov.br/central\\_documentos/documento\\_trabalho/2002-1/doctrab27.pdf](http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2002-1/doctrab27.pdf). Acesso: 20/08/2010.

*Nixon Peabody LLP (Franchise Law Alert). New Franchise Regulations in China.*

Disponível em:

<http://www.pfa.org.ph/images/stories/PFA/PDF/chinafranchiseregulations.pdf>. Acesso em 08/04/2010.

**Online Etymology Dictionary.** Procura por *franchise*. Disponível em:

<http://www.etymonline.com/index.php?term=franchise>. Acesso em 06/04/2010.

*Parliament UK (House of Commons). Hansard Debates for 22 May 2007.* Disponível em:

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmhansrd/cm070522/halltext/70522h0001.htm>. Acesso em 08/04/2010.

*Perala Law Office. Franchise Disclosure Laws in The European Union.* Disponível em:

[http://www.peralaw.com/EU\\_Franchise\\_Disclosure.html](http://www.peralaw.com/EU_Franchise_Disclosure.html). Acesso em 08/04/2010.

*Reference for Business (Encyclopedia of Business, 2nd ed.) – Governmental Regulation in Franchising.* Disponível em: <http://www.referenceforbusiness.com/encyclopedia/For-Gol/Franchising.html>. Acesso em 08/04/2010.

Search and Go. **The Internet in Practice (part 4).**

<http://www.searchandgo.com/articles/internet/internet-practice-4.php> . Acesso no dia 04/09/2010.

*Select Your Franchise (Blog). Franchise agreements subject to European Code of ethics.*

Disponível em: <http://www.selectyourfranchise.com/franchise-blog/2009/10/franchise-agreements-subject-to-european-code-of-ethics/>. Acesso em 08/04/2010.

*Singer. História.* Disponível em: <http://www.singer.com.br/institucional/historia.asp>. Acesso em 06/04/2010.

State of Wisconsin Department of Financial Institutions. *A Brief History franchising.*

Disponível em: <http://www.wdfi.org/fi/securities/franchise/history.htm>. Acesso em 06/04/2010.

*The International Franchise Association. Help w/ Acquiring a Franchise-Articles-Most FAQs about Franchising.* Disponível em:

<http://www.franchise.org/franchiseesecondary.aspx?id=10008>. Acesso em 06/04/2010.

*UNCITRAL. Model Law on Electronic Commerce.*

[www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf) . p. 6. Acessado no dia 03/09/2010.

\_\_\_\_\_. *Model Law on Electronic Commerce.*

[www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf) . p. 11. Acessado no dia 03/09/2010.

- **Legislação e jurisprudência**

**Convenção de Paris** (1883), revisado em Haia em 1925.

**Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50**, de 1° de agosto de 2001.

**Preliminar n° 08000.022244/94-36**, de 6 de agosto de 1997, Representante: Bodygard Benton Importadora, Exportadora, Representações Ltda., Representada: Benton Plastics Inc. e outras, 19/08/1997, Sessão I, p. 17900.

- **Jornais**

Jornal Valor. Caderno Especial: Pequenas e médias empresas. **Dividir para multiplicar.**  
Matéria do dia 31 de maio de 2010.