



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

MARIANA FERNANDES OLIVI

**A EXCESSIVIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA, DA
"QUARENTENA" E DO "RAIO" NO PÓS-CONTRATO DE FRANQUIAS
EMPRESARIAIS.**

Brasília
2017

MARIANA FERNANDES OLIVI

**A EXCESSIVIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA, DA
"QUARENTENA" E DO "RAIO" NO PÓS-CONTRATO DE FRANQUIAS
EMPRESARIAIS.**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientadora: Professora Dulce
Oliveira.

Brasília
2017

MARIANA FERNANDES OLIVI

**A EXCESSIVIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA, DA
"QUARENTENA" E DO "RAIO" NO PÓS-CONTRATO DE FRANQUIAS
EMPRESARIAIS.**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília - UniCEUB.

Brasília, _____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora

Professor (a) Examinador (a)

Professor (a) Examinador (a)

A minha querida professora e orientadora, Dulce Oliveira, que me orientou e ajudou na confecção da presente monografia com sugestões que definiram decisivamente ao meu tema, ensinamentos e correções.

A minha família, especialmente a minha avó, Carmosina Fernandes, minha mãe, Nilva Fernandes, e meu pai, Antônio Cesar Olivi, por todo suporte, amor, carinho e apoio ao longo de toda a minha trajetória de vida. Ao meu companheiro e melhor amigo, Gustavo Alves por toda paciência, ajuda, amor e encontrando-se sempre presente quando precisei. E minha amiga Eduarda Rossi Paschoal, que deixou tudo mais possível com seus conselhos e sabedoria.

RESUMO

Trata-se de estudo realizado na área de Direito Empresarial, especialmente no que diz respeito às cláusulas de não concorrência, de "quarentena" e do "raio" no pós-contrato de franquias empresariais. O presente trabalho tem início com diferentes definições, tais como a de franquia empresarial (também e comumente chamada de *franchising*) e qual seria sua função, de quais são os elementos formadores do contrato, do que se trata a Circular Oferta de Franquias e as diferentes formas de extinção de um contrato (abordando tanto formas anteriores quanto posteriores a essa formação). Já na parte intermediária explica-se sobre a Legislação relacionada ao presente tema (Lei 8.955/94) e os princípios norteadores do contrato de franquia, como o princípio da autonomia privada, da função social dos contratos, da força obrigatória dos contratos e da boa-fé objetiva. E ao final tratou-se especificamente das cláusulas supra citadas e sua excessividade ou validade no pós-contrato de franquias empresariais, incluindo-se, ainda, julgados, tanto de Tribunais Estaduais quanto de Tribunais Superiores.

Palavras- chave: Direito empresarial. Franquias empresariais. Cláusula de não concorrência. Cláusula de não-concorrência. Cláusula de "quarentena". Cláusula do "raio".

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. FRANQUIA EMPRESARIAL	9
1.1. Elementos formadores do contrato	9
1.2. Conceito de franquia e sua função.....	12
1.3. Do contrato de franquia.....	14
1.3.1. Formação.....	14
1.3.2. Circular Oferta de Franquias.....	15
1.4. Extinção do contrato	17
1.4.1. Formas anteriores/contemporâneas à formação do contrato.....	17
1.4.2. Formas posteriores/supervenientes à formação do contrato.....	18
2. LEGISLAÇÃO E ASPECTOS PRINCÍPIOLÓGICOS	21
2.1. Princípios do contrato.....	21
2.1.1. Princípio da autonomia privada.....	22
2.1.2. Princípio da função social dos contratos.....	24
2.1.3. Princípio da força obrigatória dos contratos.....	25
2.1.4. Princípio da boa-fé objetiva.....	26
2.2. Legislação (Lei 8.955/1994).....	27
3. A EXCESSIVIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA, DA "QUARENTENA" E DO "RAIO" NO PÓS-CONTRATO DE FRANQUIAS EMPRESARIAIS	30
3.1. Cláusula da não concorrência.....	32
3.2. Cláusula da "quarentena"	37
3.3. Cláusula do "raio"	39
3.4. Análise de julgados.....	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A matéria do presente trabalho foi escolhida por sua popularização e movimentação econômica no setor de franquias, sendo este um mercado bastante aquecido e também pelas suas criações de novos negócios, como na consolidação de produtos e serviços. Por isso, tem como objetivo estudar a franquia empresarial como método de exercício da atividade empresarial, contendo, dentro dela, o contrato e a Circular de Oferta de Franquia como instrumentos para garantir a segurança ao franqueador e ao franqueado na relação jurídica.

O objetivo desta monografia é dissertar sobre as franquias empresariais e os riscos do pós contrato, que podem ocasionar aos contratantes diversos problemas após o término do vínculo contratual, sendo grande parte destes problemas ocasionados por excessividades em cláusulas que regulam este momento *a posteriori*, como é o caso da cláusula de não concorrência, da "quarentena" e do "raio".

O contrato de franquia empresarial pode ser definido como sendo um sistema pelo qual um franqueador vai ceder a um franqueado o direito de uso da patente ou marca, aliando-se ao direito de distribuição coletiva ou semi-exclusiva de serviços e produtos, de modo que o estudo abordado será desde o momento da criação da Franquia Empresarial até seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro.

Também, neste tema, será abordada a natureza jurídica da Franquia Empresarial, a estruturação do instituto e suas possibilidades, e os meios encontrados para assegurar os direitos e obrigações do franqueador e do franqueado para uma solenização de contrato. E de modo que, em um segundo momento na monografia, na etapa do encerramento do contrato de franquia, terá uma apuração de fatos elencando o que poderia ocasionar de risco tanto para o franqueado quanto para o franqueador. Junto com o setor de franquias no cenário empresarial brasileiro, veio a sua definição legal para garantir os direitos dos dois lados, o que foi proposto pela Lei 8.955/1994.

Ainda no decorrer do trabalho serão descritos os elementos formadores do contrato de franquia empresarial e os aspectos principiológicos ligados a este, com posterior definição das cláusulas de não concorrência, da "quarentena" e do "raio".

E, por fim, serão trazidos à tona julgados de diferentes tribunais a fim de que se tenha uma noção melhor, na prática, do que a Justiça brasileira decide a respeito do tema em comento.

1 FRANQUIA EMPRESARIAL

A franquia empresarial pode ser definida como um sistema pelo qual um franqueado pede a cessão do direito de uso da marca ou patente ao franqueador, que também terá o direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços do referido franqueador, sendo, por isso, necessário um contrato para firmar a referida vontade das partes. Uma explicação mais detalhada a respeito de seu significado encontra-se no tópico 1.2, sendo abordado mais adiante.¹

1.1 Elementos formadores do contrato

Para constituir um contrato, deve-se ter um acordo de vontades, podendo ocorrer para construir um ou até mesmo modificar algum já existente. O contrato possui sua função social e acaba por ser um propagador de circulação de riqueza, centro da vida dos negócios e incitador da expansão capitalista. Em outras palavras podemos nos referir aos contratos, agora no sentido estrito, como sendo um negócio jurídico onde as partes contratantes se propõem a respeitar condições de conduta idônea de forma a satisfazer os interesses pactuados.

Deste modo, contrato nada mais é do que um acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos, a respeito de um objeto possível e lícito, tendo como finalidade adquirir, modificar e até extinguir direitos em questão. Para maior esclarecimento, explica Fábio Ulhoa Coelho:

Tradicionalmente, a tecnologia jurídica constrói o conceito de contrato em torno da noção de acordo de vontades. O contrato é o resultado do encontro das vontades dos contratantes e produz seus efeitos jurídicos (cria, modifica ou extingue direitos ou obrigações) em função dessa convergência [...].

Contrato é o negócio jurídico bilateral ou plurilateral gerador de obrigações para uma ou todas as partes, às quais correspondem direitos titulados por elas ou por terceiros. Ele é necessariamente negócio jurídico integrado por duas ou mais partes.²

¹ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito* – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 31.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil. Contratos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Assim, não haverá um único contrato com a vontade de apenas uma parte, mas sim sempre levando em conta o desejo dos dois ou mais lados do negócio, devendo-se levar em conta a capacidade das partes e a licitude do objeto do contrato.

Quando o assunto é a eficácia do contrato, fala-se sobre ele atingir sua finalidade não apenas com uma celebração sem requisitos a serem observados, devendo haver um contrato válido, com observância dos requisitos essenciais. Requisitos estes que consistem em vários elementos, como a seguir será apresentado.³

A capacidade das partes é o primeiro elemento a ser observado na realização de um contrato. Esse elemento é listado no primeiro inciso do artigo 104 de nosso Código Civil. De acordo com referido diploma legal, um agente capaz é aquele que tem aptidão para exercer por si só os atos da vida civil. Porém, nem todos os seres humanos são plenamente capazes de validar seus atos em uma relação jurídica, surgindo assim a nulidade do contrato ou a anulação do contrato quando celebrado pelos absolutamente incapazes e pelos relativamente capazes, respectivamente. Portanto para que um incapaz possa celebrar um contrato ele depende de uma representação jurídica, podendo se dar pelos pais, tutores e os curadores, como exemplo temos os pais, que podem representar seus filhos menores de 16 anos para tal ato. Os relativamente e absolutamente incapazes estão listados no rol dos artigos 3º e 4º do Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

³ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 21.

Portanto, a capacidade das partes será levada em conta no contrato como um dos principais fundamentos necessários para sua formação.

Quando se fala no objeto, diante do Código Civil, será o segundo elemento presente no inciso II do artigo 104, que consiste no objeto lícito. Este elemento estipula que para que se torne válido o negócio jurídico requer-se um objeto possível, lícito, determinável ou determinável, sob pena de ser nulo o negócio jurídico caso o objeto seja impossível, ilícito ou indeterminável, como dispõe o artigo 166, inciso II:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;⁴

Por último, contido no último inciso do artigo 104, se denomina o elemento quanto a forma do negócio jurídico, que se refere àquela prescrita ou não defesa em lei. Da mesma forma como no elemento anterior, pode vir a ser nulo o negócio jurídico quando não observado o elemento em questão.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
IV - não revestir a forma prescrita em lei;⁵

Tal elemento, como já dito, se preocupa com a forma do contrato. A princípio, os contratos não costumam exigir especificidade em sua forma de elaboração, podendo ser até mesmo elaborados verbalmente quando houver consenso a respeito pelas partes contratantes, visto que a autonomia da vontade prevalece no direito civil. Porém, há exceções quanto à forma dos contratos, são os negócios jurídicos que definem, na forma da lei, formas para sua elaboração e métodos para sua celebração,

⁴ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁶ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

a fim de não se tornar um negócio nulo. Como exemplo, a fim de um melhor esclarecimento, podemos citar os contratos de doação de coisas valiosas, artigo 541:

Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular.

Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.⁶

E também os contratos de compra e venda de imóveis, formalizado pelo artigo 108 do Código Civil Brasileiro:

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.⁷

Portanto, a regra explica que não se tem uma forma específica para a formação de um contrato, mas, contento, é claro, exceções para alguns, sempre definidos em Lei. Então, no próximo capítulo, começará a ser explicado como devem ser os contratos de franquias.

1.2 Conceito de franquia e sua função

O direito privado em nosso país, desde muito tempo, vem se constituindo por suas relações jurídicas baseadas sob forma de documentos elaborados pelos próprios particulares. Portanto, o direito empresarial, antes chamado de direito comercial, é constantemente alterado por seus atores, em uma constante busca pela otimização a fim de exercer uma atividade cada vez mais lucrativa. Assim se forma o que

chamamos de Franquia Empresarial. Ela é mais uma ferramenta de viabilização do exercício da atividade empresarial.⁸

Conceituar Franquia Empresarial não é uma tarefa fácil, pois apesar da sua popularidade, poucos sabem de sua constante atualização normativa e constante evolução de organização a fim de prover o mercado da maneira mais benéfica possível. Porém, nos dias de hoje podemos dizer que se trata de um sistema genérico de atuação de agentes econômicos. Esclarecendo: é um meio pelo qual se fazem negócios, onde é conferido a um franqueado o direito de vender ou produzir serviços ou mercadorias sob normas e regras atribuídas pelo franqueador. Nessa ceara, com fundamento no Direito, temos esse conceito contido no artigo 2º da lei nº 8.955/94⁹ com o seguinte texto:

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

E por fim, vale ressaltar um comentário feito por Ciro Gomes, no qual o mesmo dispõe a respeito deste mesmo artigo:

Esse artigo delimita a real caracterização de um contrato de franquia, que é a cessão do direito de uso, distribuição e prestação de produtos ou serviços que sejam titularidade da franqueadora. É a autorização expressa para a vinculação do franqueado à marca ou patente da franqueadora, sem vínculo empregatício, objetivando lucro pelo franqueado, no desenvolvimento de atividades previamente descritas

⁸ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003. p. 31.

⁹ BRASIL. *Lei no 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outas providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm> Acesso em: 07 jun. 2016.

em contrato e pelo franqueador, mediante a remuneração prevista em contrato.

É importante ressaltar que a própria lei já deixa claro o vínculo que se estabelecerá entre as partes através do contrato, assim, mesmo que eventualmente exista alguma subordinação do franqueado em relação ao franqueador, isso por si só, não é razão para que se configure vínculo empregatício, em razão da existência do contrato de franquia.

¹⁰

Portanto, franquia é um diferente modo de atividade empresarial, mas com uma relação que se dá entre dois empresários (franqueador e franqueado), e não entre empregado e empregador. Logo se mostra mais uma característica da franquia e esclarece-se que a norma a ser utilizada neste tipo de contrato merece e necessita de uma legislação específica.

1.3 Do contrato da franquia

Os contratos de franquia têm como finalidade, de maneira geral, "a concessão pela franqueadora ao franqueado de todo o *Know-How* para início de determinada atividade, além do direito de uso da marca" através do pagamento de valores previstos no contrato. ¹¹

1.3.1 Formação

Ocorrendo um negócio jurídico este só se diz perfeito quando há o acordo de vontades entre as partes, ou seja, criando um mútuo consentimento e, assim, gerando direitos e obrigações entre elas.

Para originar o contrato, espera-se uma proposta do proponente, e se o aceitante concordar com a proposta, dentro do prazo estabelecido, pode-se concluir

¹⁰GOMES, Ciro Ferreira. *Lei do Franchising*. Disponível em: <http://www.amelhormicrofranquia.com.br/franchising/lei-franchising/>. Acessado em: 10/06/2016.

¹¹FARIA, Raphael. *Entenda o contrato de franquia e a cláusula de não concorrência*. Disponível em: < site do jus brasil >. Acesso em: 22 mar. 2017.

o contrato. Por isso, em contratos de franquia, a proposta deve ser precisa, inequívoca e completa, contendo dados suficientes para se ter um negócio transparente, especificando até objetos e preços, mas quanto a questão de alguns outros fatores do contrato, é possível que fique a julgamento do destinatário, como por exemplo a quantidade, forma de pagamento, entre outros. Porém, esta fixação não deve ficar totalmente dependente de sua vontade.¹²

Quanto à propositura do contrato, Orlando Gomes explica:

É preciso ser formulada em termos em que a aceitação do destinatário baste à conclusão do contrato. Não deve ficar na dependência de nova manifestação de vontade, pois a oferta, condicionada a ulterior declaração do proponente, proposta não é no sentido técnico da palavra.

Exige-se que seja inequívoca, precisa e completa, isto é, determinada de tal sorte que, em virtude da aceitação, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato. Deve conter, portanto, todas as cláusulas essenciais, de modo que o consentimento do oblato implique a formação do contrato.¹³

Com isso, começa-se a aparecer os primeiros indícios da vulnerabilidade do franqueado para com o franqueador, como dito acima, não podendo discutir uma flexibilidade para ambas as partes ou fazer modificações no contrato de franquia, assim, o único meio da contratação será a aceitação. Com tal característica, o capítulo posterior explica sobre o documento necessário para essa contratação nos contratos de franquia.

1.3.2 Circular Oferta de Franquias

Quando falamos em Circular Oferta de Franquias é um dos principais documentos da relação de franquia, exigido pela Lei 8.955/94 e desenvolvido pelo

¹²FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003. p. 37.

¹³GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 62.

franqueador, que regula o sistema de franchising do seu ramo, expondo todas as condições gerais da negociação. Portanto, a Circular deve conter informações previstas pela Lei sobre a empresa do franqueador, incluindo seus sócios e seu sistema de franchising, assim, tendo um prazo de dez dias antes da assinatura do contrato e o franqueado poder arquivar para consigo se aceitar os termos exigidos pelo franqueador na COF. Neste prazo o franqueado terá o momento de análise para conferir todos os dados da COF, verificando se os seus recursos são satisfatórios para o procedimento da franquia, e assim, começando assim um novo contrato de franquia.

Referido documento é um dos mais importantes do ramo de franquias, pois como o Sebrae explica:

[...] contém a maior parte das exigências previstas na Lei 8.955/94, a COF é considerada um dos instrumentos mais utilizados judicialmente contra ou a favor do franqueador em caso de litígio entre as partes.¹⁴

Pois como exemplificado acima, se usada a favor pelo franqueador, existe como garantia de um acordo feito antes de acontecer qualquer conflito das partes e que tudo estava de acordo entre as partes antes de entrar na franquia. Já a favor do franqueado, usam como auxílio de que não receberam o que havia sido acordado entre eles, podendo assim anular a COF ou até mesmo a devolução de taxas pagas.

Outra utilidade da COF é esclarecer como funciona o padrão da franquia que o franqueado pretende obter, observando se há adequação ao seu perfil, tendo ao mesmo tempo transparência e identificação de propósitos, sempre claro e preciso. é (colocar em maiúsculo) o momento de esclarecer todas as regras tanto da parte do franqueado quanto a do franqueador.

¹⁴SEBRAE NACIONAL. *A Circular Oferta de Franquia*. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/a-circular-de-oferta-de-franquia,349df925817b3410VgnVCM2000003c74010aRCRD>. Acesso em: 22 out. 2016.

1.4 Extinção do contrato

O contrato é um negócio jurídico como qualquer outro, portanto tem um ciclo desde sua geração até seu fim. Em regra, como será visto no princípio da autonomia privada, o contrato inicia seu ciclo por meio do acordo de vontade das partes contratantes, produz seus devidos efeitos com os contratantes cumprindo com suas obrigações assumidas e por fim há a sua extinção. Essa, em regra, é a condição normal, esperada e natural para a extinção do contrato, pois as partes cumprem o acordado e o contrato surte o objetivo esperado.¹⁵

Todavia, nem sempre os contratos iniciam e extinguem seu ciclo de forma natural como a explicitada anteriormente. Diante disto podemos ter duas formas de extinção dos contratos: formas posteriores à formação do contrato e anteriores à formação deste.

1.4.1 Formas anteriores/contemporâneas à formação do contrato

O contrato se extingue de forma contemporânea quando ele próprio, em sua formação, não preenche os requisitos para tornar-se válido. Requisitos estes que quando não preenchidos acarretam na anulabilidade ou nulidade do contrato. Referidos requisitos são descritos no artigo 104 do código civil:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.¹⁶

Portanto, para o surgimento e validade de um contrato, são necessários, em regra, de partes contratantes capazes, de um objeto determinado ou determinável,

¹⁵ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 32

¹⁶ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Art. 104.

possível, lícito e, por fim, que a forma do contrato seja obedecida caso esta seja estabelecida em lei.

A partir do não preenchimento dos citados requisitos, tendo em face a gravidade que sua falta traz ao contrato e da possibilidade de sua sanabilidade, estabelece-se caso a caso o devido efeito quanto a nulidade ou anulabilidade (nulidade absoluta ou relativa, respectivamente). É válido ressaltar que quando o negócio jurídico é nulo o mesmo nunca produzirá efeito, e sua sentença declaratória terá efeitos *ex-tunc*. Já no caso do contrato ser anulável, sua sentença acarretará efeitos *ex-nunc* (portanto, estabelecendo efeitos somente após sua decretação).¹⁷

1.4.2 Formas posteriores/supervenientes à formação dos contratos

O contrato se forma perfeitamente quando é composto por agentes capazes, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, bem como deva obediência à forma, caso prescrita em lei.

Há o que denominamos de extinção dos contratos decorrente das causas supervenientes à formação do negócio jurídico. Esta dissolução do contrato pode se dar de diferentes modos: resolução, resilição e rescisão.

A resolução ocorre nos casos de inexecução do negócio jurídico, estando fortemente relacionada com a insatisfação. Seja essa inexecução da obrigação decorrente de culpa ou independente dela. Porém, quando envolve culpa, a inexecução do acordado está diante da responsabilidade civil, sendo possível, assim, adentrar-se na questão das perdas e danos decorrentes do não cumprimento do contrato. Caso não haja a ideia de culpa na inexecução da obrigação é cabível apenas ressarcimento a quem merecer.

A resilição é um termo utilizado para denominar uma forma de extinção do contrato decorrente da vontade de um dos dois sujeitos contratantes, podendo ser unilateral ou bilateral. A resilição unilateral se refere a um direito potestativo, um direito

¹⁷ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. Do contrato de franquia. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 33

garantido ao contratante de extinguir o contrato por meio de sua vontade pelo motivo de arrependimento ou com base na fidúcia, acarretando como consequência no caso uma multa, denominada penitencial. Tal direito deve ser expresso com um prazo e se exerce mediante declaração da vontade da parte contratante, feita por meio de notificação da parte a que não interessa mais o contrato, produzindo efeitos no momento em que se dá ciência a outra parte. Já no caso da rescisão bilateral tem-se uma forma de revogação que surte efeito devido ao consentimento e acordo de ambos os contratantes.¹⁸

Por fim, a rescisão decorre de uma lesão ao contrato. Porém, não são em todos os casos que esta lesão extingue o contrato firmado, podendo ser equilibrado novamente a fim de não romper com o acordado entre as partes. Para Caio Mário da Silva Pereira, a lesão em questão se refere a dois elementos: a desproporcionalidade das prestações contratuais e o dolo de aproveitamento:

Não se confunde com o erro, o dolo ou a coação na sua figura de defeito tradicional dos negócios jurídicos.

Não se trata de um contratante que é levado a realizar um negócio jurídico no desconhecimento do verdadeiro valor da coisa; ou daquele que emite a declaração de vontade induzido pelas maquinações da outra parte; ou daquele outro que é forçado ao contrato pela força de intimidação ou ameaça de mal maior (*vis compulsiva*).

A inexperiência residiria no fato de o declarante, pelo seu estado de espírito, ou por não ser afeito aos negócios, ou pela ausência de conhecimento sobre a natureza do que realiza, - não dispor de meios adequados de informação sobre o contrato que celebra, ou sobre o preço da coisa ou ainda sobre as condições de mercado. Desfeito o negócio, ajusta uma avença em tais termos que proporciona ao co-contratante um lucro maior da marca ao mesmo tempo em que sofre um grande prejuízo.

A “necessidade”, como requisito da lesão subjetiva não se confunde com a pobreza. É de se cogitar da necessidade contratual, ou seja, a circunstância de ter o declarante de realizar o negócio, naquele momento, independentemente do seu estado de fortuna. O que conta (esclarece Massimo Bianca) é que o contrato seja o instrumento “para satisfação da necessidade e que em razão de tal necessidade o contratante seja compelido em condições iníquas (Dritto Civile, Il Contratto, 335, p. 648). O exemplo frisante que se apresenta é de um pai que tem de tratar seu filho gravemente doente ou gravemente

¹⁸ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 32.

ferido, e se vê na contingência de pagar um preço absurdo por aquilo que em circunstâncias normais lhe custariam muitíssimo menos. Ou, o de alguém em estado de insolvência, que tem de vender suas coisas, para realizar prontamente recursos em dinheiro”.¹⁹

Portanto, de acordo com a citação, conclui-se que é desnecessário o fato da parte que se beneficia induzir a parte contrária a celebrar o contrato, visto que a rescisão cabe à parte prejudicada devido a lesão decorrente do contrato.

Concluindo a respeito da extinção das franquias contratuais: nada mais são do que contratos entre o franqueador e o franqueado. Portanto, se está diante da possibilidade de ocorrência de qualquer um dos meios de extinção contratual ora citados.

A título de exemplo, quanto às franquias, é possível que se depare com uma forma de rescisão do contrato quando um franqueador estabelece cláusulas abusivas no contrato com o fim de se beneficiar em prol da empolgação do franqueado, como por exemplo com prestações desproporcionais ao serviço exercido. Já no caso de uma resolução relacionado com as franquias, esta poderá ocorrer nos casos em que o franqueador não dispõe dos bens necessários para o funcionamento correto da atividade do franqueado, gerando assim uma insatisfação por parte do franqueado, vindo a ser extinto o contrato. E por último, no caso da resilição, no que tange às franquias, esta ocorre quando ambas as partes, tanto o franqueado quanto o franqueador, decidem em mútuo acordo para com a extinção do contrato tendo em vista prejuízos enfrentados por ambos.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 199.

2 LEGISLAÇÃO E ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS

Será discutido neste tópico a importância da legislação e dos princípios no momento do vínculo entre franqueador e franqueado. A interpretação de cada um desses elementos terá sua relevância para demonstrar o interesse dos contratantes e também a garantia que necessitam para seu negócio.

2.1 Princípios do contrato

O Código Civil de 2002 é notoriamente um código estabelecido com base em princípios, de fato que é clara a importância destes para o regimento da codificação privada do Brasil. Além do Código Civil, não se pode esquecer da importância dos princípios constitucionais vigentes em nosso ordenamento jurídico.

O Direito se expressa por meio das normas. E estas normas se exprimem através dos princípios ou regras. Regras se disciplinam para uma determinada situação. Portanto, é por meio das regras que, quando ocorre uma determinada situação, a norma determina a sua incidência. Já os princípios se resumem à diretrizes gerais de um ordenamento jurídico. Seu ramo de incidência é muito maior do que o estrito caso das regras. O princípio tem como função principal fundamentar a construção das normas provindas do direito, de fato que o princípio se utiliza de uma visão mais ampla e abstrata dos casos.

Em outras palavras podemos definir princípios como sendo regramentos fundamentais a serem aplicados a um ordenamento jurídico.

Nesse sentido, repise-se que os princípios são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, no caso em questão, aos contratos.²⁰

Princípios gerais do direito são enunciações genéricas, admitidas de forma universal, que devem servir, em primeiro plano, para orientar na produção da norma positiva. Podem ser elencados, como princípios gerais do direito, a título meramente exemplificativo, a proteção da

²⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Revista, atualizada e ampliada. 4.ed. São Paulo: Método, 2014. v. único p. 563 e 564.

vida, a liberdade, a boa fé [...]. Como se vê, tratam-se de preceitos que devem ser observados pelo legislador quando da edição da norma legal, independentemente de estarem eles (os princípios gerais) previstos em lei anterior, já que se subentendem admitidos de forma geral. Entretanto, quando tratamos dos princípios gerais de direito como regra de integração, conclui-se que devem ser eles tomados como norma de decidir, no caso concreto, à falta de norma expressa que solucione a questão.²¹

Os princípios têm como fonte de criação as normas, doutrinas, costumes, aspectos políticos, econômicos e sociais, bem como a jurisprudência adotada no país. Muitas vezes os princípios não são claramente expostos, mas pelo seu constante uso e essencial função os mesmos devem ser observados.

Um exemplo de princípio explícito consiste na função social dos contratos, estando esta claramente inscrita nos artigos 421 e 2035 do Código Civil. Porém, o mesmo é implícito quando observamos o Código de Defesa do Consumidor e até mesmo a CLT, mas o fato de estar implícito não remete a ideia de que não deve ser observado.²²

Logo, na celebração de um contrato (ênfatizando no caso os contratos de franquias estudados até aqui), é de extrema relevância a observação dos princípios que, mesmo implicitamente, devem ser observados para a perfeita eficácia e efetividade do contrato celebrado. Portanto cabe discorrer acerca dos 5 principais princípios que regem o ramo contratual do Direito Civil, sendo estes os princípios: da autonomia privada; da função social do contrato; da força obrigatória dos contratos; da boa-fé objetiva; e da relatividade dos efeitos contratuais.

2.1.1 Princípio da Autonomia Privada

De início aponta-se um trecho da obra *Do Contrato de Franquia*, de Lina Fernandes, a fim de apresentar o verdadeiro entendimento do princípio.

²¹ ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus. Maria Izabel de Melo. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014. p. 81.

²² FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 36.

Traduz, assim, esse princípio a liberdade de contratar, que é o poder conferido as partes de atribuir aos contratos os efeitos que pretendem. Têm elas ampla liberdade para estipular o que bem lhes convenha, fazendo do contrato verdadeira norma jurídica.²³

Os contratos de franquias podem ser considerados ramos do direito pessoal, portanto são inafastáveis as demonstrações de vontade das partes para tal celebração. Portanto, fica claro que o negócio jurídico acarreta em um claro meio de expor a liberdade humana, enfatizando essa ideia com base na vontade de cada parte. Essa disposição de vontade para celebração dos contratos foi conquistada por meio de um demorado processo histórico, somando-se com o ditado “respeito à palavra dada” que foi um princípio deixado como forma de herança dos contratos romanos. Herança essa que coube a ser analisada sob duas vertentes da vontade: a liberdade de contratar e a liberdade contratual.²⁴

A liberdade de contratar baseia-se no mundo comercial referente a plena liberdade de celebrar um contrato com determinado sujeito. Por meio do princípio da liberdade, o ser humano pode se sujeitar de acordo com sua vontade a celebrar um contrato entre ele e outra parte. Tal ideia acerca da liberdade de contratar é inclusive aduzida a seguir, como se vê pelo seguinte trecho do ilustre doutrinador, bem reverenciado nesse ramo do direito, Flávio Tartuce:

Inicialmente, percebe-se no mundo comercial plena liberdade para a celebração dos pactos e avenças com determinadas pessoas, sendo o direito à contratação inerente à própria concepção da pessoa humana, um direito existencial da personalidade advindo do princípio da liberdade. Essa é a liberdade de contratar.²⁵

Portanto, a liberdade de contratar se relaciona de forma direta com a escolha do sujeito que irá celebrar o negócio jurídico, bem como aquele que irá celebrar o ato, sendo uma liberdade, em regra, plena. Em regra pois há limitações a essa vontade,

²³ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. Do contrato de franquia. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 37.

²⁴ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. Do contrato de franquia. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 36.

²⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 3. Teoria Geral dos Contratos*. Revista, atualizada e ampliada. 9. ed. São Paulo: 2014. p.89

como por exemplo limitações de contratações com o Poder Público sem autorização para celebração (exemplo: compra e vendas de bens confiados a administração pública).

Já quanto ao outro posicionamento, denominado de liberdade contratual, tem-se referência a autonomia do sujeito com o conteúdo do contrato a vir ser celebrado, de fato que nesse ponto restringe ainda mais a liberdade em questão. Desde muito tempo que a liberdade dos seres humanos vem se deparando com limitações e não é diferente no âmbito contratual, pois o conteúdo do contrato também está sujeito a elas (por exemplo, para fins de esclarecimento, conforme o artigo 426 do Código Civil, a herança de pessoa viva não pode ser um objeto, um conteúdo de um contrato).

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.²⁶

Dessa maneira, fica claro o quanto há a liberdade de contratação, mas também a existência de várias formas de limitação no meio jurídico para garantir os direitos de outros indivíduos e propriedades. Logo, no tópico a seguir, outro princípio será explicado para a sua importância no contrato de franquia.

2.1.2 Princípio da Função Social dos Contratos

Esse princípio deve ser observado sob a ótica da coletividade, tendo como efeito a relativização ou mitigação da força obrigatória das convenções celebradas. Se refere a um princípio contratual de ordem pública, por onde o negócio jurídico necessariamente é interpretado levando em conta o contexto social que o envolve.

Portanto, tal princípio afronta o fato de um contrato isolar sujeitos da sociedade e corrobora com a integração social. Diante disso, cabe a interpretação de um contrato

²⁶ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Art. 426.

se dar não somente para com as palavras escritas e celebradas estritamente pelas partes que assinaram, mas sim pela interpretação e pelo contexto da realidade social que esse contrato foi celebrado.²⁷

Ainda utilizando da imensa sabedoria de Flávio Tartuce, por meio de um trecho de sua obra, fica clara a verdadeira função do princípio em questão:

Desse modo, os contratos devem ser interpretados de acordo com a concepção do meio social onde estão inseridos, não trazendo onerosidade excessiva às partes contratantes, garantindo que a igualdade entre elas seja respeitada, mantendo a justiça contratual e equilibrando a relação onde houver a preponderância da situação de um dos contratantes sobre a do outro. Valoriza-se a equidade, a razoabilidade, o bom-senso, afastando-se o enriquecimento sem causa, ato unilateral vedado expressamente pela própria codificação, nos seus arts. 884 a 886. Por esse caminho, a função social dos contratos visa a proteção da parte vulnerável da relação contratual.²⁸

Concluindo, o principal ponto a ser observado na celebração de um negócio jurídico ao se observar esse princípio, como dito, é a observância do meio social que os sujeitos que vieram a celebrar o contrato estão inseridos, de fato a ser dada uma melhor interpretação, valorizando assim aspectos subjetivos, tal como o bom-senso, a razoabilidade, bem como a equidade. E relevando a unilateralidade de interpretação.

2.1.3 Princípio da Força Obrigatória dos Contratos (*Pacta Sunt Servanda*)

Como o contrato decorre essencialmente do princípio da autonomia privada, que estabelece a autonomia de vontade para celebração do mesmo, a obrigação de cumprimento do contrato se equipara a força de uma lei. Este princípio se resume em uma estrita restrição de liberdade, pois o contrato celebrado estipulou obrigações aos que assinaram, não estando assim em plena liberdade, de fato que há algo acordado

²⁷ TARTUCE, Flávio. Direito Civil 3. *Teoria Geral dos Contratos*. Revista, atualizada e ampliada. 9. ed. São Paulo: 2014.

²⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil 3. *Teoria Geral dos Contratos*. Revista, atualizada e ampliada. 9. ed. São Paulo: 2014. p. 96.

a se cumprir. Sendo assim, quando um contrato for celebrado observando todos os requisitos para sua validade, o mesmo deve ser executado por ambos os sujeitos partes, como se seus conteúdos e cláusulas se equiparassem a preceitos legais imperativos.²⁹

Ainda decorrente de pesquisas em algumas obras de Tartuce, Orlando Gomes conceitua de forma plena e objetiva a verdadeira função de tal princípio.

Nesse contexto, observa Orlando Gomes que: “o princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.

O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulado validamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória” (Contratos..., 1996, p. 36).³⁰

Quanto a presença explícita ou não em códigos, ao contrário dos outros princípios apresentados, este princípio não tem previsão expressa em nosso ordenamento civil. Porém, os artigos 389, 390 e 391 do atual Código Civil, tratam do cumprimento obrigacional e das consequências do não cumprimento por umas das partes, deixando ainda mais clara a obrigatoriedade do cumprimento das cláusulas contratuais.

2.1.4 Princípio Da Boa-fé Objetiva

Princípio este que não constava no Código Civil de 1916, porém muito celebrado pela na legislação atual de 2002. Anteriormente a boa-fé era somente relacionada com a intenção da parte celebrante do negócio jurídico, nesse quesito era

²⁹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil 3. *Teoria Geral dos Contratos*. Revista, atualizada e ampliada. 9. ed. São Paulo: 2014

³⁰ TARTUCE, Flávio. Direito Civil 3. *Teoria Geral dos Contratos*. Revista, atualizada e ampliada. 9. ed. São Paulo: 2014. p. 130.

denominada boa-fé subjetiva, pois mantinha relação de forma direta com o sujeito que ignorasse um vício entre uma pessoa, negócio ou bem em questão.

Surge então a boa-fé objetiva, que decorre do direito romano, onde já cogitavam relações entre a boa-fé e as condutas dos sujeitos contratuais. Decorrente do surgimento do jusnaturalismo, conseqüentemente a boa-fé ganhou uma nova visão, sendo esta visão relacionada com a conduta dos contratantes, sendo agora denominada como boa-fé objetiva.

Adotada recentemente em nosso ordenamento civil, a boa-fé objetiva se relaciona diretamente não com a intenção única e exclusivamente do sujeito parte de um contrato, mas sim adotando os princípios da eticidade, bem como passou a valorizar as condutas das partes do negócio jurídico. Portanto, quando a ação do sujeito decorre de uma conduta correta, reverenciamos a boa-fé objetiva.³¹

Quando a ação é imbuída da consciência de que a conduta é correta e proba, fala-se em boa-fé objetiva; quando o agente tem noção de que está agindo de forma improba, acarretando prejuízo à situação de outra parte na relação jurídica, fala-se em má-fé objetiva(...) como na aquisição de coisa sujeita à penhora não registrada em cartório; quem age em situação de boa-fé subjetiva, geralmente é terceiro na relação jurídica. Quando o sujeito conhece a invalidade ou ineficácia, e mesmo assim opta pela prática do ato, está em situação de má-fé subjetiva.³²

Portanto fica claro ao que refere a boa-fé objetiva dos contratos hoje prevista em nosso Código Civil em seu artigo 422.

2.2 Legislação - Lei 8955/1994

A Lei de Franquias surgiu para disciplinar sobre esta matéria, para que haja maior segurança, certeza e também transparência na relação entre as partes em um contrato de franquia. Tendo previsão legal, a própria lei prevê uma única regra ao

³¹ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 89.

³² ASSIS NETO, Sebastião de Marcelo de Jesus. Maria Izabel de Melo. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014. p. 853.

celebrar o contrato, que é exclusivamente a presença de duas testemunhas no momento da assinatura do mesmo. Não contendo, além da referida exigência, uma forma obrigatória ou cláusulas obrigatórias. Ou seja, não há a exigência de um formato determinado que atenda ambas franquias, tornando-se assim uma área do mercado com enorme diversidade e com grandes conflitos normativos e contratuais.

Portanto, por ser um contrato formado mediante uma construção de comum acordo entre o franqueado e o franqueador as regras e normas podem ser livremente impostas e fixadas por eles próprios. Sendo assim, pela falta de tipicidade legal do contrato, as próprias cláusulas contratuais ficam encarregadas como ferramentas essenciais para o exercício da boa-fé e para a segurança jurídica das partes celebrantes. No entanto, apesar do contrato ser fixado de forma livre, diante do apresentado acima, serão necessários alguns requisitos para a celebração de contratos de qualquer modalidade de franquia. São exemplos das citadas cláusulas: I - delimitação do território, II - programas de treinamento, III - fornecimento de produtos e equipamentos, IV - controle de qualidade, V - cessão de direitos e sua transferência; modificação no sistema, VI - concessão de franquia e uso de marca, VII - prazo e condições de renovação contratual, VIII - direitos e obrigações do Franqueado, IX - serviços prestados pelo Franqueador, X - publicidade e marketing, entre inúmeras outras.³³

Por vezes ocorrem fracassos de franquias empresariais donde o término da relação contratual entre franqueador e franqueado ocorre, com certa frequência, tendo em vista a insegurança que permeia o contrato. E não se fala em um contrato de adesão puro e simples, mas na prática é basicamente o que ocorre, pelo fato do franqueador estabelecer as regras propriamente ditas, bem como as cláusulas coexistentes no contrato, de forma que não raros os casos, a atividade que almejava sucesso acaba sendo um desastre para o investidor³⁴.

³³ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 39.

³⁴ ALVES, Isabela de Sena Passau. *A eficácia das cláusulas pós-contratuais nos contratos de franquia*. di blasi parente & associados. Disponível em: <<http://www.aspi.org.br/Portals/0/BoletimASPI/BoletimAspi47.pdf>> Acesso em: março de 2016.

Para exemplificarmos o que fora explanado podemos citar o acontecido na 9ª Câmara Cível do TJ-RS, que proferiu um julgamento sobre o abordado assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. POSTERIOR CONTINUIDADE NA UTILIZAÇÃO DA MARCA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. BOA-FÉ INEXISTENTE. PLENO CONHECIMENTO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ATO ILÍCITO. DANOS MORAIS COMPROVADOS. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. MÁ-FÉ DA FRANQUEADORA NÃO RECONHECIDA. APELAÇÕES DESPROVIDAS.³⁵

Na legislação estabeleceu-se que uma das regras que antecipam a aceitação do franqueado à franquia, é a absoluta transparência nas negociações. De acordo com o regimento legal citado, o franqueador deve fornecer uma Circular de Oferta de Franquia (COF), onde, neste documento, fornece as informações mais importantes da negociação.³⁶

Nos artigos 4º e 7º desta Lei, explica-se que o documento (ou seja, a Circular) deve ser confiado aos que querem adquirir a franquia com antecipação de no mínimo 10 (dez) dias, e se tiver alguma informação desleal ocorrerá a invalidação do contrato.³⁷

Nesse mesmo entendimento, no artigo 6º da Lei 8955/1994, leva-se em conta que o contrato de franquia deve ser ordinariamente escrito e assinado com o acompanhamento de 2 (duas) testemunhas e será válido independentemente de ser portado a um registro diante de cartório ou órgão público. Orientando-se que, este disposto da Lei, será válido e executado a todos os serviços de franquia operados e instalados no Brasil, de acordo com o artigo 8º da mesma.³⁸

³⁵ Apelação Cível Nº 70040906216, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 29 de junho de 2011.

³⁶ SIMAO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 91.

³⁷ SIMAO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 91.

³⁸ SIMAO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 91.

3 A EXCESSIVIDADE DAS CLÁUSULAS DE NÃO CONCORRÊNCIA, DA "QUARENTENA" E DO "RAIO" NO PÓS-CONTRATO DE FRANQUIAS EMPRESARIAIS

De forma geral, a Lei de Franquia nº 8.955/1994 não traz mandamentos específicos a respeito do contrato de franquia empresarial, ainda mais no que diz respeito aos direitos e deveres de cada uma das partes (franqueado e franqueador), se por ventura ocorrerem adversidades entre estes.³⁹

Tendo em vista esta falha na legislação, adotam-se as normas (tanto regras quanto princípios) presentes no Código Civil de 2002 e as presentes na Constituição Federal de 1988. Portanto, mesmo com a ausência de mandamentos específicos sobre direitos e deveres das partes após o fim de um contrato de franquia empresarial não se está diante de um documento sem aplicabilidade, sem relevância jurídica, pois estão presentes em seu plano de fundo as normas que regem o Código Civil Brasileiro e a Constituição Federal.⁴⁰

Daniel Dezotini explica:

Na verdade, as cláusulas contidas na avença de franchising, por conta exatamente desse defeito da Lei 8.955/1994, detém demasiada força e acabam, no fundo, ditando toda a relação empresarial mantida entre as partes, desde que obviamente obedeçam os limites legais de âmbito geral dispostos no atual Código Civil e respeitem os ditames da Carta Magna.

A partir disto, cumpre advertir que tais cláusulas devem ter o condão de evitar problemas não só durante o desenvolvimento da relação de

³⁹ DEZONTINI, Daniel. *Contrato de franquia - Reflexões sobre a aplicação da cláusula de "não concorrência" após o fim da relação de franquia*. Disponível em: <<http://www.dezontiniadvogados.com.br/index.php?intSecao=18&intConteudo=313>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁴⁰ DEZONTINI, Daniel. *Contrato de franquia - Reflexões sobre a aplicação da cláusula de "não concorrência" após o fim da relação de franquia*. Disponível em: <<http://www.dezontiniadvogados.com.br/index.php?intSecao=18&intConteudo=313>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

franquia como também, e ainda mais especialmente, no momento e após o seu encerramento.⁴¹

Logo, não é inusitado o fato de que algumas destas cláusulas acabem por gerar conflitos diante do Poder Judiciário, sendo a cláusula de não concorrência (que acaba por englobar as cláusulas da "quarentena" e do "raio") uma das mais frequentes em problemas pós-contrato.

As cláusulas de não concorrência, da "quarentena" e do "raio" visam, de forma geral, resguardar o franqueador de abusos que possam vir a ser cometidos pelo franqueado após o fim do contrato de uma franquia empresarial, como por exemplo o receio de que este acabe por falsificar um novo negócio que, na prática, atuaria como um "negócio-clone" daquele já existente (o qual era franqueado).⁴²

As cláusulas de não concorrência, ainda que possam instituir abusos (em relação ao poderio econômico) por parte do franqueador, são bons recursos para a expansão do mercado de franquias empresariais, visto que têm como objetivo resguardar o franqueador de possíveis franqueados de má-fé que "pretendam apenas adquirir conhecimentos e técnicas para usá-los em proveito próprio, sem qualquer compromisso com o negócio em si".⁴³

"Os franqueadores, nos contratos, se cercam de precauções para evitar que seus modelos de negócio sejam copiados, ou reproduzidos, por quem deixa a rede, mas muitas dessas cláusulas dão brechas a questionamentos legais".⁴⁴

Em razão de todo este resguardo por parte do franqueador o franqueado acaba por sofrer demasiadamente após o fim do contrato com as referidas cláusulas. A razão

⁴¹ DEZONTINI, Daniel. *Contrato de franquia - Reflexões sobre a aplicação da cláusula de "não concorrência" após o fim da relação de franquia*. Disponível em: <<http://www.dezontiniadvogados.com.br/index.php?intSecao=18&intConteudo=313>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁴² DEZONTINI, Daniel. *Contrato de franquia - Reflexões sobre a aplicação da cláusula de "não concorrência" após o fim da relação de franquia*. Disponível em: <<http://www.dezontiniadvogados.com.br/index.php?intSecao=18&intConteudo=313>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁴³ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003. p.90.

⁴⁴ DEZONTINI, Daniel. *Franquia: dificuldades na hora do encerramento da relação*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22321/franquia-dificuldades-na-hora-do-encerramento-da-relacao>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

disto é que, justamente por o franqueador se preocupar muito em estabelecer diversas regras para a proteção do seu negócio, o franqueado acaba por ter alguns de seus direitos suprimidos e/ou violados tendo em vista a excessividade que ocorre, na prática, das cláusulas em comento.

3.1 Cláusula de não concorrência

Algumas cláusulas existentes no contrato de franquias empresariais não são essenciais para sua existência e eficácia. Porém, se presentes (desde que não sejam excessivas e/ou abusivas), facilitam na resolução de eventuais conflitos que possam atingir a relação jurídica entre franqueador e franqueado. É o caso da cláusula de não concorrência, que engloba a da "quarentena" (ligada ao aspecto temporal) e do "raio" (ligada ao aspecto territorial/espacial).

Em primeiro lugar, do que se trata a cláusula de não concorrência? Ela determina que "o franqueado deve, durante a vigência do contrato e por certo período após o seu término, abster-se de exercer atividade concorrencial com o franqueador, em negócio da mesma natureza da franquia".⁴⁵

A Associação Brasileira de Franchising (ABF), dispõe, de maneira sucinta, a respeito:

Fundada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a Cláusula de não concorrência possui o condão de assegurar à Franqueadora o sigilo do know how transmitido aos Franqueados durante a relação de Franquia. Neste cenário, a jurisprudência é pacífica ao preservar o segredo do negócio da Franqueadora por meio da Cláusula de não concorrência [...].⁴⁶

⁴⁵ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003. p.89.

⁴⁶ FRIEDHEIM, André. *Cláusula de não Concorrência. Viabilidade. Contrato de Franquia*. Disponível em: < <http://www.abf.com.br/clausula-de-nao-concorrenca-viabilidade-contrato-de-franquia/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

O ponto central entre a validade da referida cláusula e sua excessividade traduz-se em saber se "após a extinção do Contrato de Franquia, qual será a eficácia da cláusula de não concorrência, sem ofender os princípios constitucionais fundamentais do trabalhador, como liberdade de trabalho, ofício ou profissão".⁴⁷

A princípio, ao analisarmos brevemente a cláusula de não concorrência, esta não se mostra dotada de grande complexidade. Todavia, ao ser feita uma análise mais aprofundada a respeito do tema, vê-se que é uma cláusula "carregada de implicações obrigacionais e principiológicas", e "na prática [...] de grande impacto financeiro e econômico na vida dos envolvidos" (franqueado e franqueador).⁴⁸

De maneira clara e objetiva, explica-se que:

No início da relação entre franqueador e franqueado, não se objetiva a possibilidade de rescisão contratual; o objetivo almejado é estabelecer parcerias entre as partes, expandindo mutuamente o negócio para a satisfação destes.

Esta informação tende a regulamentar o prazo de não concorrência, onde o franqueado não poderá exercer atividade semelhante à do franqueador, após o término do Contrato de Franquia. O contrato-padrão deverá estabelecer o prazo limite não superior a cinco anos, o limite territorial onde a concorrência não será permitida, o conceito do que o franqueador considera atividade concorrente e o valor da multa decorrente do seu descumprimento.

Caso o franqueado descumpra esta cláusula, durante a vigência do contrato, poderá ocasionar na ação de rescisão de Contrato de Franquia, com a legitimidade de pedir o ressarcimento por perdas e danos materiais e morais, e eventuais danos à imagem comercial da marca. Após a vigência do contrato, embora não haja entendimento pacífico na jurisprudência, caso não respeite os pressupostos de

⁴⁷ LIBERJUS. *Cláusula de não concorrência - contrato de franquia*. Disponível em: <<https://www.liberjus.com.br/2016/03/17/clausula-de-nao-concorrencia-contrato-de-franquia/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

⁴⁸ SANTOS, Alexandre David. *Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSERTACAO%20FINAL%20REVISADA%20BANCA%2021-11-2016%20%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

validade, poderá ser cobrada uma multa pelo dano sofrido à marca pela concorrência desleal.⁴⁹

Entretanto, seria muito mais justo, correto e lícito se tal cláusula apenas buscasse evitar que o ex-franqueado copiasse, imitasse ou plagiasse, o modelo de negócio criado pelo franqueador para abrir um negócio-clone.

Ora, a referida cláusula, exatamente por ser de amplo alcance, apresenta grande obstáculo ao ex-franqueado especificamente quando este deseja continuar a trabalhar na mesma área de atuação da rede franqueadora - área essa que, após longo período de tempo percorrido durante a existência da relação de franquia, acumulou experiência -, mediante a formatação de um novo negócio que verdadeiramente não configure uma clonagem do modelo de negócio já desenvolvido pelo franqueador.⁵⁰

Como bem preceitua Alexandre David Santos, em sua dissertação de mestrado, há a constatação de:

[...] que muitos franqueadores não conferem à cláusula de não concorrência o cuidado necessário para modular os seus efeitos ao caso específico, [...] optando, equivocadamente, pelo padrão igualmente estabelecido para todas as situações, ainda que diferentes entre si, ignorando as particularidades dos casos.⁵¹

Ainda de acordo com o autor citado, tem-se a cláusula de não concorrência "inserida em contratos de franquia com efeitos a partir da vigência e após seu término". A concorrência entre as partes contratantes em um contrato de franquia

⁴⁹ LIBERJUS. *Cláusula de não concorrência - contrato de franquia*. Disponível em: <<https://www.liberjus.com.br/2016/03/17/clausula-de-nao-concorrencia-contrato-de-franquia/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

⁵⁰ DEZONTINI, Daniel. *Contrato de franquia - Reflexões sobre a aplicação da cláusula de "não concorrência" após o fim da relação de franquia*. Disponível em: <<http://www.dezontiniadvogados.com.br/index.php?intSecao=18&intConteudo=313>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁵¹ SANTOS, Alexandre David. *Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSERTACAO%20FINAL%20REVISADA%20BANCA%2021-11-2016%20%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

empresarial (franqueador e franqueado) em regra é fortemente proibida no decorrer do contrato.⁵²

O autor Marcelo Cama Proença Fernandes, de maneira muito coerente, dispõe:

Por tratar-se o contrato de *franchise* de um contrato de adesão, cujas cláusulas são, em geral, redigidas unicamente pelo franqueador, a vedação de concorrência deve ser interpretada favoravelmente ao franqueado, e se for abusiva, sua nulidade deve ser decretada ou a norma contratual deve ser revista.

Portanto, se o franqueado já possuía negócio da mesma natureza da franquia antes da celebração do contrato, este não pode prever sua extinção, porque a concorrência não decorre de quaisquer conhecimentos ou experiência adquiridos pelo franqueado no curso do contrato. Há que se salientar ainda que após o término do contrato o prazo para a duração desta cláusula deve ser razoável, não podendo se alongar no tempo.

O segredo de um negócio empresarial é protegido por Lei, mais especificamente pela Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9279/96), onde considera-se crime o emprego não permitido de "informações e conhecimentos confidenciais ao negócio". E, justamente tendo em conta este motivo é que

[...] os contratos de franquia costumam, em sua maioria, conter cláusula de não concorrência, ou seja, estipulam um período para que, durante e após a execução do contrato, o franqueado e seus familiares não possam exercer atividade concorrente à franqueadora, sob pena de incidência de multa e até mesmo a configuração de crime contra a propriedade intelectual.

⁵² SANTOS, Alexandre David. *Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSERTACAO%20FINAL%20REVISADA%20BANCA%2021-11-2016%20%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

A cláusula de não concorrência, se prevista no contrato e de maneira que não acabe por violar ou restringir os direitos do franqueado após a dissolução do contrato é uma cláusula válida. Porém, cumpre ressaltar que:

[...] a cláusula de não concorrência pode ser afastada pelo franqueado, quando for caracterizada a culpa da franqueadora pela rescisão do contrato de franquia, visando ao equilíbrio contratual, bem como em respeito ao princípio da boa-fé, que deve estar presente durante e após a execução dos contratos.

O descumprimento ocorre, por exemplo, por falta de assessoria, não entrega de mercadorias que são de obrigação da franqueadora, desrespeito à cláusula de raio, inviabilidade da franquia, dentre outros fatores.⁵³

Como ressaltado na parte inicial do presente capítulo, pode-se dizer que a cláusula de não concorrência engloba as cláusulas da "quarentena" e do "raio", estando separadas no presente trabalho apenas para fins didáticos. Tem-se a primeira como sendo o limite temporal da cláusula de não concorrência e a segunda como sendo o seu limite territorial. Ambas serão tratadas nos tópicos que se seguem. Porém, há ainda um terceiro limite, qual seja o material.

O que é o limite material na cláusula de não concorrência? Este limite é aquele que estabelece que o negócio explorado pelo franqueado tenha seu exercício proibido. E este negócio deve ser claramente exteriorizado, visto que não é possível a proibição "do exercício de atividade indeterminada, sob suspeita de ferir o princípio da liberdade de trabalho, expressa no art.5º XIII, da CF "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".⁵⁴ Sendo assim, o limite material ora citado diz respeito ao conteúdo, à própria atividade, ao seu tipo.

⁵³ FARIA, Raphael. *Entenda o contrato de franquia e a cláusula de não concorrência*. Disponível em: <<https://raphaelgaria.jusbrasil.com.br/artigos/311196837/entenda-o-contrato-de-franquia-e-a-clausula-de-nao-concorrencia>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁵⁴ LIBERJUS. *Cláusula de não concorrência - contrato de franquia*. Disponível em: <<https://www.liberjus.com.br/2016/03/17/clausula-de-nao-concorrencia-contrato-de-franquia/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

Portanto, conclui-se que a grande dimensão da cláusula de não concorrência acaba por torná-la excessiva, visto que além de não se equiparar a uma concorrência "desleal", há:

1º - Violação da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica por parte do ex-franqueado, desvalorizando-se o trabalho humano, direitos esses irrenunciáveis, inalteráveis e que por serem constitucionais não podem ser desrespeitados (art. 170, parágrafo único, Constituição Federal); e

2º - Ofensa aos princípios contratuais do Código Civil vigente, a saber, boa-fé objetiva, função social do contrato e equivalência, ou paridade, contratual, pois impossibilita o ex-franqueado, mesmo quando este não plagia ou imita o modelo de negócio desenvolvido pela rede franqueadora, de continuar a trabalhar na mesma área comercial desta última, rede franqueadora essa que, em contrapartida, não sofre nenhum tipo de restrição, sempre podendo fazer o que bem quiser após o término da relação de franquia.⁵⁵

Isto posto, tanto o Poder Judiciário quanto o próprio sistema de franquias empresariais deveria se importar apenas com ex-franqueados que efetivamente têm mostrado condutas de concorrência desleal após o fim do contrato de franquia, e não com todos os empresários que são ex-franqueados apenas pelo fato de seguirem em um mercado em que arrecadaram experiência (sem qualquer tipo de falsificação do negócio de seu ex-franqueador).

3.2 Cláusula da "quarentena"

A cláusula da "quarentena" diz respeito ao limite temporal da cláusula de não concorrência nos contratos de franquias empresariais. Ela tem o objetivo de impossibilitar que o ex-franqueado, após o término do contrato, tenha no ponto

⁵⁵ DEZONTINI, Daniel. *Contrato de franquia - Reflexões sobre a aplicação da cláusula de "não concorrência" após o fim da relação de franquia*. Disponível em: <<http://www.dezontiniadvogados.com.br/index.php?intSecao=18&intConteudo=313>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

comercial, durante um lapso temporal (que oscila entre 1 e 5 anos), um negócio "do mesmo ramo de atuação do franqueador". A real intenção é:

[...] evitar que o ex-franqueado reproduza o mesmo modelo de negócio criado pelo franqueador para abrir um negócio-clone. Contudo, tal disposição costuma apresentar grande entrave ao ex-franqueado, o qual fica impedido de continuar trabalhando na sua área de atuação, área essa que, após longo período de tempo, acumulou experiência.⁵⁶

Um dos principais critérios a ser analisado é o atendimento à limitação temporal, após da vigência da cláusula de não concorrência. Esta não poderá ter validade infinita ou vitalícia, sob risco de retirar a garantia constitucional da liberdade de trabalho do franqueado. Conforme palavras de Estevão Mallet sobre o tema:

Restrição permanente ou mesmo indefinida afigura-se, seja qual for a atividade considerada ou o empregado envolvido, ilícita, conclusão a que se chega sem nenhuma dificuldade. [...]. Ademais, restrição temporalmente ilimitada compromete o próprio desenvolvimento econômico e o "livre progresso", o que não se concebe.

Analogicamente, alguns doutrinadores defendem a utilização do prazo de 05 anos na cláusula de não concorrência, utilizado pelo direito empresarial, conforme disposto no artigo 1.147 do Código Civil "não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência."

Vale destacar também o Enunciado 490 da V Jornada de Direito Civil "a ampliação do prazo de 5 anos de proibição de concorrência pelo alienante ao adquirente do estabelecimento, ainda que convencionalmente no exercício da autonomia da vontade, pode ser revista judicialmente, se abusiva."

Destarte, a determinação deste prazo deve avaliar o tempo necessário para anular ou diminuir o risco em potencial que a atividade concorrente desenvolveria, considerando todo o know-how adquirido ao longo da vigência do contrato de franquia; prazo este sedimentado pela boa-fé entre os contratantes, e dos deveres da fidelidade e lealdade, admitidos contratualmente.⁵⁷

⁵⁶ DEZONTINI, Daniel. *Franquia: dificuldades na hora do encerramento da relação*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22321/franquia-dificuldades-na-hora-do-encerramento-da-relacao>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

⁵⁷ LIBERJUS. *Cláusula de não concorrência - contrato de franquia*. Disponível em: <<https://www.liberjus.com.br/2016/03/17/clausula-de-nao-concorrenca-contrato-de-franquia/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Portanto, conclui-se que a cláusula da "quarentena" funciona como um obstáculo temporal ao ex-franqueado para que possa trabalhar na mesma área de atuação do negócio do franqueador, concorrendo com este. Porém, referida cláusula deve obediência aos princípios da boa-fé e da razoabilidade para que não seja considerada abusiva e portanto, passível de nulidade. Além disto, na realidade, tal fato não é incomum, visto que diante da grande proteção ao negócio do franqueador, o ex-franqueado acaba por sofrer, excessivamente, com as consequências da cláusula, não podendo trabalhar durante certo tempo (previsto em contrato) na área em que acumulou experiência e desenvolveu capacidades, mesmo que não tenha o intuito de copiar o negócio do franqueador.

3.3 Cláusula do "raio"

A cláusula de "raio" está ligada ao limite territorial da cláusula de não concorrência. Daniel Dezotini explica de maneira muito clara em que a mesma consiste:

A "cláusula de raio" [...] tem o intuito de delimitar um território no qual tanto um franqueado como um ex-franqueado estão proibidos de montarem um novo negócio que siga o mesmo ramo de atuação do franqueador. Mas, tal disposição, no propósito de obstar que alguém monte um negócio concorrente, também acaba causando problemas, posto que impossibilita ao franqueado, ou ex-franqueado, expandir seus negócios na região que sempre atuou.⁵⁸

Ocorre que, ao constituir a cláusula de não concorrência, faz-se necessária a determinação de um limite espacial, ao qual a parte franqueada deve obediência, sob pena de arcar com multa e/ou perdas e danos. E referido limite deve levar em consideração "o espaço territorial em que se almeja proteger o mercado, contra uma

⁵⁸ DEZONTINI, Daniel. *Franquia: dificuldades na hora do encerramento da relação*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22321/franquia-dificuldades-na-hora-do-encerramento-da-relacao>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

atividade concorrente privilegiada pelo know-how adquirido durante a vigência do contrato, prejudicando os princípios da livre concorrência".⁵⁹

É válido ressaltar que o território englobado pela cláusula de "raio" deve também obedecer aos princípios da boa-fé e da razoabilidade, visto que, caso contrário, será declarada abusiva e, portanto, passível de ter sua nulidade decretada. Tem-se ainda que:

Para que a cláusula de não concorrência atenda a sua finalidade por completo, deve ser informada expressamente a sanção pelo seu descumprimento, presente na COF e no Contrato de Franquia.

Durante a duração do contrato de franquia, o descumprimento da cláusula de não concorrência pode gerar a rescisão do referido contrato, concomitante com indenização por perda e danos sofridos à marca.

Após a vigência do contrato, mesmo não havendo entendimento unânime na jurisprudência e previsão legal expressa, caso o franqueado descumpra as limitações determinadas na cláusula de não concorrência, deve ser especificado o valor da multa a ser aplicada. Esta multa deve quantificar o dano sofrido à marca, por o franqueado ter desenvolvido atividade similar concorrente à do franqueador, após ter acesso ao know-how da atividade comercial, prejudicando a livre concorrência.⁶⁰

Assim sendo, depre-se com duas posições divergentes a respeito das cláusulas de não concorrência, da "quarentena" e de "raio": uma que apoia a sua presença em todos os contratos de franquia, posição esta *pro* franqueador (pois visa resguardar seu negócio de possíveis tentativas de imitação e futura concorrência desleal) e a posição *pro* franqueado, que acredita na excessividade das cláusulas ora citadas em grande parte dos contratos existentes, suprimindo o direito da livre concorrência por parte deste em um negócio em que adquiriu experiência e

⁵⁹ LIBERJUS. *Cláusula de não concorrência - contrato de franquia*. Disponível em: <<https://www.liberjus.com.br/2016/03/17/clausula-de-nao-concorrenca-contrato-de-franquia/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

⁶⁰ LIBERJUS. *Cláusula de não concorrência - contrato de franquia*. Disponível em: <<https://www.liberjus.com.br/2016/03/17/clausula-de-nao-concorrenca-contrato-de-franquia/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

capacitação. Deste modo, tem-se posições conflitantes na doutrina e, também, na jurisprudência, que não é unânime quanto a estas questões, como bem se verá no tópico seguinte.

3.4 Análise de julgados

Como citado anteriormente, a jurisprudência não é completamente uniforme quando o assunto está ligado às cláusulas de não concorrência, "quarentena" e do "raio", havendo, assim, conflitos e certa insegurança jurídica a respeito deste assunto. Em alguns casos há o apoio ao franqueador, onde defende-se fortemente a aplicação das cláusula supra citadas, e em outros a declaração de abusividade e excessividade das mesmas.

No caso que se segue (Bob's Indústria e Comércio Ltda. X Jack Alimentos Ltda.), o Superior Tribunal de Justiça decidiu de maneira favorável ao franqueador (Bob's):

Em 2005 houve um julgamento significativo para o sistema de franchising no STJ. Trata-se do Resp. No 159.643 - SP (1997/0091850-5) em que não conheceram do recurso por maioria de votos.

O caso do Bob's, Bob's Indústria e Comércio Ltda. x Jack alimentos Ltda., respectivamente franqueadora e franqueada de seis estabelecimentos situados na cidade de São Paulo, mediante contratos escritos. A franqueada deixou de efetuar o pagamento de taxas contratuais, mas continuou a operar no ramo de lanchonetes, vendendo sanduíches sem marca, conduta expressamente vedada pelos contratos de franquia, cuja cláusula de não concorrência estabelecia a proibição da atividade pelo período de dezoito meses após o término da franquia para não atuar em negócio similar ao explorado, num raio de vinte quilômetros do local em que ficavam os restaurantes, visando, assim, proteger a marca Bob's.

O Bob's pediu, liminarmente, o fechamento imediato, por dezoito meses, dos restaurantes, ou que fossem obrigados a, em um mês, dar aos locais outro lay out, outra combinação de cores, utilizar outros talonários e a comercializar produtos diferentes,

com cominação de pena diária de cem mil cruzeiros por loja, em caso de descumprimento.

O Juiz da 21a Vara Cível de São Paulo concedeu parcialmente a liminar para que a franqueada encerrasse as atividades similares, sob pena de, em caso de procedência da ação principal, responder pela multa diária. Contra tal decisão, foram interpostos dois agravos de instrumentos e o recurso especial. A discussão no recurso especial cingiu-se sobre a validade da multa – astreintes – que, ao final, restou confirmada pela terceira turma do STJ.⁶¹

Entende-se que o raio de 20 (vinte) quilômetros previsto no contrato seria desarrazoado, tendo em vista sua grande extensão, podendo-se, assim, identificar a abusividade por parte do franqueador. Como bem preceitua Alexandre David Santos:

[...] a definição do território é requisito essencial de aplicabilidade da cláusula de não concorrência, mas a sua previsão de forma exagerada viola os princípios da boa-fé objetiva, da função social do contrato e de todo o sistema normativo que tem por função restabelecer o equilíbrio entre as partes.⁶²

Há parte da jurisprudência que concorda e apoia a aplicabilidade da cláusula de "quarentena", como citado. Pode-se auferir pelo seguinte julgado:

Jurisprudência: Franchising e cláusula de quarentena > Tribunal de Justiça do RS.

Ementa: apelação cível. Contrato de franquia. "cláusula de quarentena". Viabilidade jurídica. Boa-fé.

⁶¹ SANTOS, Alexandre David. *Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSERTACAO%20FINAL%20REVISADA%20BANCA%2021-11-2016%20%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁶² SANTOS, Alexandre David. *Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSERTACAO%20FINAL%20REVISADA%20BANCA%2021-11-2016%20%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

É perfeitamente viável a previsão de período de "quarentena", imposto ao franqueado, logo após a resolução do negócio jurídico de franquia. No caso concreto, o período previsto é de um ano, com estabelecimento de multa para a hipótese de infração a regra. Apelação desprovida. (Apc n.º 597023191, sexta câmara cível, TJRS, relator: Des. Antônio Janyr dall'Agnol Junior, julgado em 18/03/1997)⁶³

Outro caso acerca da cláusula de não concorrência, também no Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a aplicabilidade da referida cláusula, desde que não excessiva e, portanto, não abusiva. Tem-se que:

[...] já em 2015, outra importante decisão contribui para a consolidação da cláusula de não concorrência foi o Resp. No 1.203.109 - MG (2010/0127767-0), ao apresentar o entendimento de que “são válidas as cláusulas de não concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela, valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente”.

Interessante registrar alguns trechos do acórdão em que se firmou o entendimento:

Com efeito, a restrição à concorrência no ambiente jurídico nacional, em que vige a livre iniciativa privada, é excepcional e decorre da convivência constitucionalmente imposta entre as liberdades de iniciativa e de concorrência (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de direito comercial. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 769). Assim, a priori, poderia se cogitar da impossibilidade de se ampliar a referida restrição contratualmente, contudo a admissão pelo próprio legislador da possibilidade de contratação a fim de afastar o dispositivo legal revela a valorização da liberdade contratual quanto ao tema.

Ainda, segundo o STF, a cláusula de não concorrência é, em regra, válida, pois:

[...] segundo entendimento do Superior Tribunal Federal (STF), é possível limitação à livre concorrência. Segue trecho de julgado sobre o assunto: “A livre concorrência, como toda liberdade, não é irrestrita; o seu exercício encontra limites nos preceitos legais que a regulam e nos direitos dos outros concorrentes, pressupondo um exercício leal e honesto do direito próprio, expressivo da propriedade profissional: excedidos estes limites, surge a concorrência desleal, que nenhum

⁶³BARBOSA, Denis Borges. *Franchising*. Disponível em: <<http://www.nbb.com.br/pub/societario02.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

preceito define, nem poderia fazê-lo, tal a variedade de atos que podem constituir -los” (STF – 2ª Turma – RE nº 5.232-SP, relator ministro Edgard Costa, j. 09.12.47 – v. U. – publicação DJ 11.10.49, pág. 3.262 RT 184/914⁶⁴).⁶⁵

Todavia, é válido lembrar que a validade das cláusulas objeto de estudo do presente trabalho são consideradas válidas apenas quando guardam respaldo nos princípios da boa fé, da equidade, da razoabilidade e desde que não sejam excessivas e abusivas, pois, caso o sejam, poder-se-ia desconsiderá-las e declarar sua nulidade.

Portanto, podemos concluir pelos julgados aqui trazidos que os Tribunais (incluindo os Superiores -- STF e STJ) não tratam das questões aqui apresentadas de maneira clara o suficiente, atentando-se, na maioria das vezes, apenas para a presença ou não dos limites temporais e espaciais/territoriais. O que não é o que se almeja para um futuro próximo, onde espera-se uma análise mais aprofundada a respeito "das questões suscitadas para melhor nortear os operadores do sistema de franchising".⁶⁶

⁶⁴ STF – 2ª Turma – RE nº 5.232-SP, relator ministro Edgard Costa, j. 09.12.47 – v. U. – publicação DJ 11.10.49, pág. 3.262 RT 184/914

⁶⁵ SANTOS, Alexandre David. *Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSERTACAO%20FINAL%20REVISADA%20BANCA%2021-11-2016%20%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

⁶⁶ SANTOS, Alexandre David. *Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSERTACAO%20FINAL%20REVISADA%20BANCA%2021-11-2016%20%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

CONCLUSÃO

Levando-se em conta o que foi observado, esta monografia teve como objetivo o estudo da cláusula de não concorrência, no fim da relação do contrato de franquia. O projeto começa apresentando a definição de franquias empresariais e explicando todos os elementos envolvidos nesta relação, como por exemplo o seu modo de formação, incluindo a legislação e seus princípios e como são usados no início e no final do contrato, até mesmo nos conflitos perante à Justiça.

No presente estudo, viu-se a definição de franquia empresarial (também conhecida como *franchising*) que se definiu como sendo um sistema pelo qual um franqueador vai ceder a um franqueado o direito de uso da patente ou marca, aliando-se ao direito de distribuição coletiva ou semi-exclusiva de serviços e produtos, de modo que o estudo abordado se deu desde o momento da criação da Franquia Empresarial até seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro.

Também falou-se dos elementos formadores do contrato, sendo estes, necessariamente, o acordo de vontades entre duas ou mais partes, a fim de um objeto possível e lícito, para seu manuseio, tendo como finalidade adquirir, modificar e extinguir direitos em questão, tornando o negócio, seja qual for, válido.

Sobre os contratos e sua formação, podemos destacar as características envolvidas, como por exemplo: as partes, os direitos, as obrigações e o objeto do negócio, mas tudo sempre com licitude, clareza e anuência das partes, que também precisam ser capazes para tal atividade. Já no caso dos contratos de franquia, existe a Circular Oferta de Franquias - COF, que é um dos termos exigidos como meio de elencar as cláusulas obrigatórias, mostrar o perfil do negócio do franqueador e também como meio de especificar o pagamento entre as partes.

Ao final do primeiro capítulo, foram abordadas diferentes formas de extinção de um contrato, tais como rescisão que decorre da vontade de um dos dois sujeitos contratantes e querendo não mais continuar naquele contrato; resolução, que ocorre

em casos de descumprimento do negócio jurídico, comparando-se vigorosamente com a insatisfação, decorrente de culpa ou independente dela; e rescisão, que é a anulação ou cancelamento do contrato por algum motivo específico, por exemplo uma cláusula específica.

Já na parte intermediária do trabalho, tratou-se da parte legislativa (especificamente sobre a Lei 8955/1994), que deixou várias brechas para as partes serem livres na formação do contrato, exigindo poucas normas em um negócio de franquia. Também foram destacados os aspectos principiológicos relacionados ao tema em comento, tendo se destacado os seguintes princípios: princípio da autonomia privada sendo definido como a liberdade de contratar das partes e impor os seus efeitos; princípio da função social dos contratos, que ocorre quando o contrato deve também ter a interpretação e contexto da realidade social em que este contrato foi celebrado; princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), que significa que o contrato funciona como lei entre as partes, com sanções caso ocorra seu descumprimento; princípio da boa-fé objetiva, como o nome já explica onde deve haver conduta ética e moral nos contratos elaborados.

E, finalmente, a cláusula de não concorrência, que vem com o princípio de assegurar o negócio do franqueador de um modo que ele não seja copiado e/ou falsificado por meio daqueles adquirentes daquela atividade em si. A cláusula de “quarentena”, é tida como o limite temporal da cláusula de não concorrência, defendida por doutrinadores de que seja 5 anos o prazo máximo para a não realização de negócio no mesmo ramo. E a cláusula de “raio”, que é tida como limite territorial/espacial da cláusula de não concorrência, sendo decidida de caso a caso, estabelecendo o limite da área geográfica em que não se deve estabelecer o novo negócio.

Neste contexto, entende-se que a cláusula de não concorrência tem um grande impacto para a figura do franqueado e/ou ex-franqueado, visto que ele é o maior afetado no momento pós-contratual, pois, esta cláusula garante ao franqueador que o franqueado não atue no mesmo ramo, lugar e durante um certo tempo para não haver concorrência entre as partes. Portanto, é neste contexto que se encontra o cerne da questão, onde o franqueado poderia ter a chance de continuar a trabalhar no ramo de sua experiência e entendimento, para que a cláusula simplesmente o proíba de não

fazer um negócio-clone do seu franqueador. Assim, se esta proposta fosse verdadeira, os processos que existem sobre os contratos de franquia na Justiça teriam um conteúdo muito mais específico, pois não haveria tantas demandas judiciais como há atualmente em razão das brechas em relação as cláusulas em comento. Ou seja, as cláusulas de não concorrência, “quarentena” e de “raio”, quando não abusivas e/ou excessivas, são válidas e até necessárias para a proteção do negócio do franqueador. Porém, por este determinar, em grande parte, as cláusulas do contrato de franquia, tendendo, claro, para sua proteção, o franqueado acaba por sofrer as consequências negativas de tamanha proteção.

REFERÊNCIAS

ALVES, Isabela de Sena Passau. *A eficácia das cláusulas pós-contratuais nos contratos de franquia*. di blasi parente & associados. Disponível em: <<http://www.aspi.org.br/Portals/0/BoletimASPI/BoletimAspi47.pdf>> Acesso em: março de 2016.

BARBOSA, Denis Borges. *Franchising*. Disponível em: <<http://www.nbb.com.br/pub/societario02.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito* – 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (9ª Câmara Cível), Apelação cível nº 70040906216, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 29 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – 2ª Turma – RE nº 5.232-SP. Relator Ministro Edgard Costa, j. 09.12.47 – v. U. – publicação DJ 11.10.49, p. 3.262 RT 184/914.

Contratos. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DEZONTINI, Daniel. Contrato de franquia - Reflexões sobre a aplicação da cláusula de "não concorrência" após o fim da relação de franquia. Disponível em: <<http://www.dezontiniadvogados.com.br/index.php?intSecao=18&intConteudo=313>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

DEZONTINI, Daniel. Franquia: dificuldades na hora do encerramento da relação. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22321/franquia-dificuldades-na-hora-do-encerramento-da-relacao>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

FARIA, Raphael. *Entenda o contrato de franquia e a cláusula de não concorrência*. Disponível em: <<https://raphaelgfaria.jusbrasil.com.br/artigos/311196837/entenda-o-contrato-de-franquia-e-a-clausula-de-nao-concorrencia>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

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

FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2003.

FRIEDHEIM, André. *Cláusula de não Concorrência. Viabilidade. Contrato de Franquia*. Disponível em: < <http://www.abf.com.br/clausula-de-nao-concorrencia-viabilidade-contrato-de-franquia/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

GOMES, Ciro Ferreira. *Lei do Franchising*. Disponível em: <http://www.amelhormicrofranquia.com.br/franchising/lei-franchising/>>. Acessado em: 10/06/2016.

LIBERJUS. *Cláusula de não concorrência - contrato de franquia*. Disponível em: <<https://www.liberjus.com.br/2016/03/17/clausula-de-nao-concorrencia-contrato-de-franquia/>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, volume 1/Ricardo Negrão – 10.ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

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

SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising* – 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Alexandre David. *Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSERTACAO%20FINAL%20REVISADA%20BANCA%2021-11-2016%20%284%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

SEBRAE NACIONAL. *A Circular Oferta de Franquia*. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/a-circular-de-oferta-de-franquia,349df925817b3410VgnVCM2000003c74010aRCRD>. Acesso em: 22 out. 2016.

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

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria geral e direito societário*, volume 1/ Marlon Tomazette. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2011.