



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E CIÊNCIAS SOCIAIS

CLARICE FÁTIMA DE FREITAS CARNEIRO

**A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE FRANQUIA CONFORME A
FUNÇÃO SOCIAL EM DETRIMENTO DO PACTA SUNT SERVANDA**

**Brasília
2013**

CLARICE FÁTIMA DE FREITAS CARNEIRO

**A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS DE FRANQUIA CONFORME A
FUNÇÃO SOCIAL EM DETRIMENTO DO PACTA SUNT SERVANDA**

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

Orientador: Prof. Danilo Porfírio

**Brasília
2013**

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| <i>INTRODUÇÃO</i> | 3 |
| <i>1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS</i> | 5 |
| <i>1.1 AUTONOMIA DA VONTADE</i> | 5 |
| <i>1.2 FORÇA VINCULANTE DOS CONTRATOS</i> | 10 |
| <i>1.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO</i> | 11 |
| <i>2 CONTRATO DE FRANQUIA: ORIGENS E FUNDAMENTOS</i> | 17 |
| <i>2.1 ORIGEM HISTÓRICA</i> | 17 |
| <i>2.2 FUNDAMENTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E INSTITUCIONAIS</i> | 19 |
| <i>3 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: VANTAGENS E FUNCIONAMENTO DA FRANQUIA</i> | 26 |
| <i>3.1 ABUSIVIDADES NA FRANQUIA</i> | 29 |
| <i>3.1.1 Omissões Contratuais</i> | 30 |
| <i>3.1.2 Imposições Unilaterais</i> | 32 |
| <i>3.1.3 Cláusulas Abusivas</i> | 33 |
| <i>3.1.4 Cláusulas Penais</i> | 38 |
| <i>3.1.5 Concorrência Desleal</i> | 39 |
| <i>3.1.6 Empréstimos Vinculados</i> | 40 |
| <i>3.2 ABUSIVIDADES SOB O PONTO DE VISTA DOS FRANQUEADOS</i> | 40 |
| <i>3.2.1 John Rowell: um caso real</i> | 42 |
| <i>4 FUNÇÃO SOCIAL APLICADA AOS CONTRATOS DE FRANQUIA</i> | 44 |
| <i>4.1 ANÁLISE JUDICIAL DOS CONTRATOS DE FRANQUIA</i> | 45 |
| <i>4.2 ANÁLISE LEGISLATIVA DOS CONTRATOS DE FRANQUIA</i> | 50 |
| <i>CONCLUSÃO</i> | 53 |
| <i>5 REFERÊNCIAS</i> | 55 |

RESUMO

Os contratos de franquia são contratos da vida comercial pós-moderna, baseados na quebra de barreiras geográficas nacionais e internacionais e na padronização de distribuição de produtos e ou serviços. Sua rápida difusão no Brasil gerou transformações sociais e incertezas quanto às vantagens desse negócio para o empresariado nacional. Há apontamentos na doutrina que revelam um crescente desequilíbrio social entre os contratantes, onde os franqueados são submetidos a situações de vulnerabilidade econômica em decorrência de cláusulas abusivas, prática da concorrência desleal e outras disposições unilateralmente e adesivamente impostas pela parte economicamente mais forte. A aplicação cega e incondicional do princípio do *pacta sunt servanda* apenas acentua uma condição latente de fragilidade do franqueado, levando-o muitas vezes à falência. Diante dos valores sociais inseridos no ordenamento jurídico brasileiro através de um processo de redemocratização pós ditadura militar, tem-se o princípio da função social como o grande pilar para solucionar casos concretos de vulnerabilidade econômica no contrato de franquia. Para esta pesquisa foram consultados livros, periódicos, apontamentos jurisprudenciais e a internet.

Palavras-chave: Contratos De Franquia. Autonomia Da vontade. Pacta Sunt Servanda. Função Social. Cláusulas Abusivas. Royalties. Fundo De Comércio. Vulnerabilidade Econômica. Revisão Contratual. Análise Judicial. Análise Legislativa.

INTRODUÇÃO

Os contratos de franquia, ou *franchising*, são contratos da vida comercial pós-moderna, e têm se difundido muito nos últimos anos. Para Luiz Felizardo Barroso;

[...] em termos empresariais, como o conhecemos e praticamos hoje, [...] a franquia nasceu nos Estados Unidos da América do Norte em 1860, atingindo, em termos de varejo, um território mais amplo, com poucos investimentos, somente aqueles necessários à sua estruturação como franqueadora¹.

Portanto, tem-se como característica forte do contrato de franquia, a sua extraterritorialidade. De acordo com José dos Reis;

[...] o *franchising*, [...], foi o responsável pela eliminação de um dos maiores obstáculos que até então se colocava entre a organização com seus produtos e o consumidor: a barreira geográfica².

Assim, além de vencer a barreira geográfica, uma das explicações para a rápida difusão desse tipo de contrato, baseia-se no fato de ser uma forma mais prática e eficiente de se competir no mercado, uma vez que, o adquirente, (franqueado), faz uso e fruição de uma marca já conhecida e que já obteve aprovação do seu grau de técnica e qualidade pela maioria dos consumidores.

Ou seja, aos que pretendem ingressar nas atividades empresariais, a idéia de tornar-se um franqueado pode transparecer a impressão ou expectativa de rápida lucratividade e dominação de mercado, já que se adere a uma receita de sucesso do franqueador. Adalberto Simão Filho faz apontamentos sobre as vantagens dos iniciantes quando da origem da expansão do *franchising*:

Não havia a necessidade de experiências, na prática, dos atos do comércio em função da metodologia operacional apresentada em forma acabada pelos franqueadores, e graças à tutela de empresas cujas marcas já eram fortalecidas no mercado com grande aceitação pública.³

Porém, o contrato de franquia pode apresentar desvantagens que impliquem na desconstrução dessa perspectiva inicial do franqueado. Já há apontamentos na doutrina

¹ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 16.

² RODRIGUES, José dos Reis G. *O Empreendedor e o franchising: do mito à realidade*. São Paulo: Érica, 1998, p. 6.

³ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 46.

afirmando a existência de desarmonia e desequilíbrio social nos contratos de franquia, bem como comportamentos abusivos por parte de franqueadores que conduzem o franqueado a uma situação de vulnerabilidade. Contra as abusividades dos contratos de franquia, aponta Barroso que “Se o contrato de franquia for leonino, o franqueado vai sentir-se em uma camisa de força, perdendo a liberdade na administração de seus próprios fundos”⁴.

Sendo assim, a franquia, por enquadrar-se na natureza jurídica de contrato, deve atender aos princípios clássicos e atuais que os regem, respeitando principalmente o princípio da função social do contrato, como forma de evitar o desequilíbrio entre as partes.

Este estudo tem, pois o objetivo de apontar as desvantagens do contrato de franquia e a necessidade de adequação dos mesmos aos valores sociais que regem a vida comercial e empresarial, de modo que a relação contratual se desenvolva com equidade.

Portanto, no primeiro capítulo será feita uma análise dos princípios essenciais que devem reger os contratos de franquia, quais sejam; princípio da autonomia da vontade, da força vinculante dos contratos e da função social. No segundo capítulo será abordada a origem histórica dos contratos de franquia e seus fundamentos legais e doutrinários. No terceiro capítulo será dada ênfase ao modo de operação da franquia e às práticas abusivas cometidas por franqueadores a franqueados. Por fim, no quarto capítulo se defenderá a tese do presente estudo, a aplicação da função social aos contratos de franquia em detrimento de seu extremo formalismo (*pacta sunt servanda*).

⁴ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 73.

1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Os contratos, em suas diversas espécies, estão sujeitos aos requisitos de existência e validade para que possam ter eficácia no plano jurídico. Sendo assim, as partes devem ater-se a elementos como; manifestação livre e autônoma da vontade, objeto lícito, possível e determinado e forma prescrita ou não defesa em lei.

Não menos importante que os elementos de formação dos contratos, são os princípios gerais de direito, que conferem validade à produção de efeitos contratuais. Dentre eles estão; o princípio da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda* e por fim, da função social dos contratos.

1.1 AUTONOMIA DA VONTADE

Um princípio que desde os tempos mais remotos vem regulando a execução dos contratos é o da autonomia da vontade. A ausência de uma vontade autônoma conduz à invalidade de um contrato⁵. O significado de autonomia remete à natureza humana, e se posiciona no plano do autogoverno, da autodeterminação e da liberdade de autoconduzir-se⁶.

É importante salientar que “desde o surgimento do contrato, o princípio da autonomia da vontade sempre foi apregoado”⁷ sendo que, a evolução da sociedade foi moldando ao longo dos anos, o conceito de ambos. O surgimento e a evolução do conceito de contrato estão ligados á própria luta do ser humano pela sua autodeterminação e imposição de sua própria vontade.

Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, [...] auto disciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.⁸

⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, p. 114, jul./set. 2004. [online]. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/982>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

⁷ VIANA ALVES, Ester Beiriz. O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro. [online]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁸ BUSNELLO, Saul José. O princípio da função social do contrato enunciado no artigo 421 do Código Civil brasileiro. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 17, n. 3154, fev. 2012. [online]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21129>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

Portanto, o contrato é disciplinado e regulado pela autonomia da vontade e só o é em virtude desta. A vontade autônoma constitui então, elemento essencial para a formação de um contrato.

Porém, para ter-se o atual conceito de autonomia da vontade, fundado na independência e auto regulamento da conduta, foi necessário superar governos tirânicos, absolutistas e intervencionistas, que por séculos, oprimiram por meio da força, a vontade no âmbito privado.⁹

No antigo Egito, por exemplo, “[...] os homens não passavam de instrumentos exclusivos à existência de um só homem, feito deus – Faraó”¹⁰ e “essa tensão entre liberdade e opressão, direito e força, encontrava-se presente em toda a Antiguidade Levantina e Clássica”.¹¹

Essa vontade individual de superação frente à vontade soberana de tantos monarcas, déspotas e tiranos que marcaram a história do ocidente, teve origem ainda no pensamento humanista dos sofistas gregos. Em um diálogo entre Hípias e Sócrates, já era manifesto o ímpeto em conduzir os indivíduos à sua autodeterminação.¹² O conceito de contrato como resultado da vontade das partes, já se manifesta na própria força do Estado, conforme o seguinte diálogo:

- Sócrates: Tem algum significado para ti a expressão leis do Estado?
- Hípias: Certamente.
- Sócrates: E que acreditas que elas são?
- Hípias: Contratos ou pactos feitos pelos cidadãos, pelos quais eles estabeleceram e promulgaram aquilo que se deve fazer e aquilo que se não deve fazer”¹³.

Porém, foi na idade média que a autonomia da vontade e o consenso entre as partes passaram a fazer parte da formalização dos contratos¹⁴. Nesse sentido:

⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, p. 114, jul./set. 2004. [online]. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/982>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

¹⁰ Ibidem, p. 114.

¹¹ Ibidem, p. 114.

¹² Ibidem, p. 115.

¹³ Ibidem, p. 115.

¹⁴ VIANA ALVES, Ester Beiriz. O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

Firmou-se na idade média, por influência do direito canônico, o conceito de contrato como acordo de vontades, pelo qual os indivíduos instauram uma relação jurídica, valorizando-se o consensualismo em detrimento da forma¹⁵.

Com a revolução francesa em 1789, valores como igualdade, liberdade e fraternidade foram hasteadas contra o absolutismo monárquico, no sentido de promover a autonomia do homem. Porém, tais valores serviram mais para promover a ascensão da burguesia do que para uma verdadeira revolução social¹⁶. O individualismo chegou ao ápice:

O contrato, o acordo de vontades, representava, na verdade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias, que a nova classe dominante não pretendia destruir, mas promover, *numa relação de aliança subalterna*¹⁷.

Em crítica à doutrina francesa, está Antônio Junqueira de Azevedo ao expor que: “[...] É paradoxal, mas a concepção francesa traz em seu interior o gérmen de sua própria destruição. A vontade individual estaria sendo *autorizada* pelo ordenamento jurídico”¹⁸. Esse ilustre autor revela que na verdade, a autonomia da vontade era valorizada pelos franceses somente em razão da autorização estatal dada ao indivíduo para atuar em sua esfera jurídica¹⁹.

Na verdade, a Revolução Francesa foi um instrumento utilizado pelos burgueses para destituírem a monarquia do poder e organizarem uma nova ordem econômica, onde imperasse o liberalismo econômico e não os privilégios aristocráticos. Àquela época, a autonomia era então mero reflexo do individualismo burguês. De fato “[...] autonomia, qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do *individualismo*, esquecendo o substrato *humanista* que lhe deveria permear”²⁰.

A Revolução Francesa impulsionou o liberalismo econômico e foi durante o Estado Liberal, que a autonomia de vontade das partes foi interpretada como um instituto em que as partes, por serem livres, poderiam dispor o que quisessem em seus contratos, o que propiciava a exploração do mais fraco pelo mais forte economicamente, já que o Estado nada poderia fazer diante do “livremente” pactuado. Assim;

¹⁵ VIANA ALVES, Ester Beiriz. *O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

¹⁶ *Ibidem*

¹⁷ *Ibidem*

¹⁸ JUNQUEIRA, 1989 apud RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, p. 119, jul./set. 2004. [online]. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/982>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

¹⁹ *Ibidem*, p. 119.

²⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, op. cit, p. 120.

Por não permitir a interferência estatal nas relações privadas, este sistema contratual baseado na vontade e liberalidade das partes, consentia o favorecimento de uma das partes sobre a outra, insurgindo a desigualdade entre eles²¹.

Porém, os franceses não foram os únicos a distorcer o significado da autonomia da vontade. Após a primeira guerra, surgiram os regimes governamentais totalitários que, intervindo de forma incisiva na economia e suprimindo o interesse particular em detrimento do interesse público, elevaram a autonomia estatal frente à autonomia privada²². Seria a autonomia privada tida como “[...] um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos”²³.

Após a segunda guerra mundial, o Estado passou a assumir uma nova função; a de regulador social, abandonando sua antiga função de expectador assumida no liberalismo econômico.

Essa mudança de paradigma em torno do papel estatal permitiu a atual intervenção do Estado nas relações econômicas, com o intuito de equilibrar as partes contratantes, sem suprimir, contudo, suas liberdades individuais.

Portanto, no atual contexto histórico e social, a autonomia da vontade não deve ser vista como um instituto monopolizado e regulado pelo Estado, nem como um instrumento egoístico, onde impera apenas o individualismo de uma ou de ambas as partes. Em razão disso, “[...] Encontra-se espaço, portanto, para uma nova concepção – dita social – de autonomia privada da vontade”²⁴.

Essa nova concepção dá à autonomia da vontade, um espectro valorativo mais social que jurídico. No Código Civil de 2002, a autonomia da vontade está melhor definida no artigo 421, onde se diz que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”²⁵.

Essa liberdade de contratar manifesta o atual conceito da autonomia da vontade, qual seja, a autonomia privada, em que há um “processo de ordenação que faculta a livre

²¹ VIANA ALVES, Ester Beiriz. *O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro*. [online]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

²² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, p. 120, jul./set. 2004. [online]. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/982>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

²³ *Ibidem*, p. 121

²⁴ *Ibidem*, p. 121

²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília. Brasília-DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2013.

constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam”²⁶ limitado pelo fim social. O mais importante é a essência da vontade humana, fundada, sobretudo na natureza política e social do ser humano²⁷. Os filósofos “[...] Sêneca, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino revelam esse caráter de sociabilidade de tudo quanto é humano [...] “O homem é, por natureza, político, isto é, social”²⁸.

Portanto, a autonomia da vontade é interpretada hoje sob o aspecto social, limitada pelo interesse público. Não se deve, entretanto pensar que a autonomia privada foi desprestigiada ou menosprezada pelo ordenamento jurídico. Ensina-nos Gomes que “[...] ainda vigora a autonomia privada, nomeadamente no ambiente contratual, conquanto não se perca de vista a necessidade de condições isonômicas quando da ocasião da contratação”²⁹.

Em suma, os contratos dos dias de hoje, ditos sociais modernos, devem ser interpretados e executados conforme uma autonomia de vontade que transcende os puros interesses individuais das partes, diferentemente dos ideais que permearam o Direito civil clássico. Nas palavras de Saavedra; “Por sinal, a função do Direito Civil Clássico é, predominantemente, a de fazer circular a riqueza com segurança e eficiência, a partir do paradigma da autonomia da vontade”³⁰.

Ou seja, a autonomia antes vista como base apenas para a produção de riqueza, deve ser vista como instrumento para beneficiar toda uma sociedade, de sorte que um contrato deixe de circular apenas riqueza para circular oportunidade de vida, aprendizado, tecnologia e conhecimento.

A riqueza das nações não é mais um conjunto de riquezas individuais. Diferentemente do liberalismo clássico, onde “a liberdade e a igualdade – relembre-se o lema da Revolução Francesa- eram os valores chave do Direito liberal imbuído da preocupação de garantir os egoísmos individuais, que somados produziram a riqueza das nações”³¹, hoje se têm um liberalismo social.

²⁶ COSTA, Judith Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n.1, p. 43, maio. 2005.

²⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, p. 124, jul./set. 2004. [online]. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/982>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

²⁸ *Ibidem*, p. 124.

²⁹ GOMES, 2004 apud BUSNELLO, Saul José. O princípio da função social do contrato enunciado no artigo 421 do Código Civil brasileiro. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 17, n. 3154, 19 fev. 2012. [online]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21129>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

³⁰ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xiii.

³¹ *Ibidem*, p. xiii.

1.2 FORÇA VINCULANTE DOS CONTRATOS

Outro princípio que rege a execução dos contratos é o princípio do *pacta sunt servanda*. Adentrando seu significado:

Tal princípio na sua concepção clássica consagra o entendimento de que, uma vez obedecidos os requisitos legais para a existência do contrato, a avença se torna obrigatória entre as partes, que não se podem desligar da relação jurídica senão por outro pacto com esse objetivo ³².

Porém, é necessário observar que:

O princípio da força obrigatória, manifestado especialmente na imodificabilidade ou intangibilidade dos termos do contrato, tornou-se um instrumento de opressão econômica, que no decorrer do século XX acentuou as desigualdades sociais ³³.

Dessa forma, a interpretação do princípio do *pacta sunt servanda* sofreu uma relativização em prol da defesa dos economicamente desfavoráveis, que vinham sendo oprimidos devido à imodificabilidade dos contratos que assinavam. Com a revolução industrial e o sistema de consumo em massa do séc. XXI, os contratos paritários cederam lugar aos contratos de adesão, e se tornaram a solução ideal para o dinamismo das novas relações jurídicas.

Porém, a adesividade dos contratos acentua ainda mais as desigualdades entre as partes, pois logo no começo da relação há um desnível de posições, onde o economicamente mais forte impõe unilateralmente condições contratuais ao mais fraco. Assim, a obrigatoriedade dos contratos deve ser interpretada de forma sistêmica, em sintonia com os outros princípios reguladores do ordenamento jurídico:

A obrigatoriedade, todavia não é absoluta. Há que se respeitar a lei e, sobretudo, outros princípios com os quais o da força obrigatória coexiste como o da Boa-fé, o da Legalidade, o da Igualdade, entre tantos outros; afinal, os princípios gerais do Direito integram um sistema harmônico.³⁴

Essa relativização do *pacta sunt servanda*, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, decorreu do processo de democratização após a ditadura militar e da Constituição

³² VIANA ALVES, Ester Beiriz. *O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro*. [online]. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

de 1988, onde valores sociais passaram a ser a preocupação do legislador. Sob influência do art. 5º, inciso XXIII, da CF que diz “a propriedade atenderá a sua função social”, a comissão elaboradora do novo código civil instituiu um novo princípio regulador dos contratos: a função social³⁵.

Dessa forma, o *pacta sunt servanda*, princípio que dominava as relações contratuais realizadas sob a égide do Código Civil de 1916, sofreu uma delimitação com a nova sistematização do CC de 2002, que agora limita os contratos à sua função social.³⁶

No entanto, apesar da relativização do *pacta sunt servanda*, sua presença no conjunto normativo cível é indispensável, pois confere segurança jurídica às relações. “[...] De nada valeria o negócio, se o acordo firmado entre os contraentes não tivesse força obrigatória. Seria mero protocolo de intenções, sem validade jurídica”³⁷. Porém, um sistema jurídico que preza em demasia a obrigatoriedade contratual de modo a ser mantida mesmo quando há desequilíbrio econômico patológico, é um sistema ineficiente, já que as partes contratarão menos em vista da maior cautela que irão dispender frente ao contrato³⁸.

Portanto, os contratos devem ser cumpridos respeitando tanto a segurança jurídica da relação conforme o *pacta sunt servanda*, quanto a igualdade entre as partes e o interesse coletivo, conforme a função social do contrato.

Tem-se que:

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária³⁹.

1.3 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Apesar da importância dos princípios do *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade regulando a execução dos contratos, o princípio da função social é sem dúvida, o mais importante de todos. Isso porque tal princípio representa uma conquista em torno da

³⁵ VIANA ALVES, Ester Beiriz. *O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro*. [online]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

³⁶ Ibidem

³⁷ Ibidem

³⁸ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xiii.

³⁹ LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 4, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 31 ago. 2012

evolução histórica dos contratos, refletindo os valores sociais do mundo pós – moderno que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro e que impedem assim o abuso de direito.

A experiência do extremo liberalismo econômico, em que a mão invisível da oferta e demanda tudo solucionava, gerou conseqüências devastadoras. Formaram-se monopólios e grandes indústrias que concentraram o capital, deixando aos menos favorecidos, poucas opções no mercado de satisfação de suas necessidades materiais, o que não lhes deixou outra opção senão aceitar os contratos unilateralmente estabelecidos á época ⁴⁰.

Com o declínio do liberalismo econômico após a primeira guerra mundial e a quebra da bolsa de valores de Nova York em 1929, deu-se início à intervenção do Estado nas relações privadas. Visto que os acontecimentos no mundo podem desregular a economia de um país, trazendo mudanças imprevisíveis que impossibilitem a uma das partes cumprir fielmente suas obrigações contratuais, o princípio do *pacta sunt servanda* foi então mitigado pela função social dos contratos.

Assim, surgiu o Estado Social, que “[...] se formou para atender aos apelos desta nova realidade, buscando o equilíbrio econômico e a justiça contratual” ⁴¹. Nesse sentido, a função social do contrato foi um instrumento criado pelo legislador a fim de legitimar a função do Estado como regulador das desigualdades sociais e econômicas. Assim:

A positivação do princípio da função social possibilita ao aplicador do direito impedir que a liberdade contratual seja exercida de forma abusiva, garantindo o equilíbrio entre os pactuantes, impedindo os vícios de consentimento e as prestações excessivamente onerosas para uma das partes ⁴².

No ordenamento jurídico brasileiro, após a ditadura militar e início de um processo de democratização no país, esse novo delinear social foi inserido no código civil de 2002 no artigo 421, por força da Constituição de 1988. Assim:

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do Art.5, salvaguarda o *direito de propriedade* que “atenderá a sua função social” ⁴³.

⁴⁰ VIANA ALVES, Ester Beiriz. *O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro*. [online]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁴¹ Ibidem

⁴² Ibidem

⁴³ Ibidem

Porém, apesar da preocupação do legislador em introduzir no ordenamento jurídico o princípio da função social do contrato, pouco se realizou em torno de precisar o seu significado. “O Código Civil não define o que se entende por função social do contrato, embora fixe normas que deixam transparecer a importância do elemento moral e da equidade nas relações entre os contratantes [...]”⁴⁴.

Parece ter preferido o legislador não conceituar o princípio da função social do contrato, de forma que este se transformasse numa cláusula geral, ou norma em branco, proporcionando uma espécie de “diretriz, técnica de formação judicial da regra a aplicar ao caso concreto, sem modelo de decisão pré-constituído, podendo o juiz preencher os claros do que significa função social ao caso concreto que se apresente”⁴⁵. Dessa forma, o juiz tem a liberdade de interpretar a função social de vários modos, sem deixar de atentar para o principal; que o interesse coletivo prevaleça sobre o interesse individual das partes⁴⁶.

Apesar do princípio da função social não ter uma significação precisa, a doutrina vem empreendendo esforços para delimitar-lhe um sentido palpável.

Primeiro seria mais razoável definir juridicamente o que seria “função” e o que seria “social”. Nesse sentido, função quer dizer “obrigação a cumprir, papel a desempenhar, pelo indivíduo ou por uma instituição”⁴⁷ e social seria o “concernente à sociedade; relativo à comunidade, ao conjunto dos cidadãos de um país”⁴⁸.

Afirma Diniz que “[...] função social: atividade e papéis exercidos por indivíduos ou grupos sociais, com o escopo de obter o atendimento de necessidades específicas”⁴⁹.

Trabalhando com o sentido finalístico da função social, afirma Pasold que “a função social possui uma destinação evidente: realizar a justiça social”⁵⁰. Portanto, percebe-se que a finalidade dos contratos não se circunscreve apenas à satisfação econômica das partes contratantes, mas vai além, abrangendo a coletividade.

Porém, a função social como princípio que é, deve ser interpretado em consonância não só com o Código Civil de 2002, mas conforme todo o ordenamento jurídico brasileiro. A nova perspectiva trazida pelo código de 2002 concentra-se na valoração dos princípios como

⁴⁴ VIANA ALVES, Ester Beiriz. *O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro*. [online]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁴⁵ BUSNELLO, Saul José. O princípio da função social do contrato enunciado no art. 421 do Código Civil brasileiro. *Revista Jus Navegandi*. [online]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21129/o-principio-da-funcao-social-do-contrato-enunciado-no-artigo-421-do-codigo-civil-brasileiro/1>>. Acesso em: 27 set. 2012.

⁴⁶ VIANA ALVES, op. cit.

⁴⁷ BUSNELLO, Saul José, op. cit.

⁴⁸ Ibidem

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Ibidem

supra normas, essencial para a interpretação sistemática normativa. Diferentemente do CC de 1916, onde os princípios eram implícitos, o novo código vincula o intérprete a princípios explícitos⁵¹. Estes compõem a estrutura do ordenamento, contribuindo cada um com seu peso e sua dimensão para uma interpretação sistêmica, de forma que seus valores sejam normas produtoras de normas⁵².

Nesse sentido, a Constituição Federal traz uma série de princípios fundamentais que se inserem no âmbito interpretativo da função social.

A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); **essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais**⁵³. (grifo do autor)

Além do valor da livre iniciativa, o princípio da boa-fé também é um anteparo normativo para a interpretação da função social. Assim:

“A boa-fé objetiva, cláusula geral prevista no CC 422, decorre da função social do contrato, de modo que tudo o que se disser sobre a boa-fé objetiva poderá ser considerado como integrante, também, da cláusula geral da função social do contrato”⁵⁴.

Se os contratantes agirem com boa-fé, inevitavelmente o fim social do contrato também será alcançado, pois não se cogita apenas a boa-fé subjetiva, aquela presente no momento da formalização do contrato, mas também a boa-fé objetiva, que se pauta no agir honestamente e equilibradamente durante a execução das obrigações contratuais. Se todos se comportassem dessa forma, as intemperanças da relação contratual poderiam ser resolvidas de forma balanceada, de modo que ambos cedessem um pouco de seus direitos para colher mais dos frutos que um contrato pode proporcionar. Portanto, “a cláusula geral da boa-fé é uma decorrência da função social do contrato, na medida em que impõe deveres comportamentais aos contratantes para que sejam alcançados os mesmos objetivos”⁵⁵.

⁵¹ COSTA, Judith Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 42, maio 2005.

⁵² *Ibidem*, p. 43.

⁵³ BUSNELLO, Saul José. O princípio da função social do contrato enunciado no artigo 421 do Código Civil brasileiro. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 17, n. 3154, fev. 2012. [online]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21129>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

⁵⁴ VIANA ALVES, Ester Beiriz. *O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro*. [online]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 setembro 2012. 12:50.

⁵⁵ *Ibidem*

Reunindo os principais valores que amparam o espectro interpretativo percorrido pela função social, está o seguinte significado:

O contrato deve orientar as diversas relações de forma a atender os princípios básicos de nossa sociedade: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a equidade; a solidariedade e a produção de riquezas. Toda vez que o contrato descumprir com um desses objetivos, tem-se que ele não cumpre a sua função social⁵⁶.

Portanto, se uma das partes contratantes ferir quaisquer dos valores sociais elencados na Constituição Federal, no Código Civil ou em outros diplomas normativos, estará ferindo a própria função social do contrato, pois todos eles contribuem para o fim proposto por aquele; que o interesse privado não prevaleça sob o interesse público.

Porém, de nada adiantaria elevar o valor da função social a princípio explícito no ordenamento jurídico brasileiro se o Estado não impusesse sanções àquele que o descumprir. Assim, “não poderá o resultado danoso prevalecer. Ou o contrato será invalidado ou o contratante nocivo responderá pela reparação do prejuízo causado aos terceiros”⁵⁷.

Dessa forma, o Estado deve cumprir os preceitos que elencou como norma, de forma que uma vez lesionados, sejam reparados, sob pena de restarem em nossos diplomas como letra morta, sem eficácia.

Se uma das partes cumprir prestação excessivamente onerosa, ou obtiver vantagem exagerada, é sinal de descumprimento da sua função social,⁵⁸ devendo o avençado ser levado à juízo para revisão ou declaração de nulidade. Assim:

Com base no princípio da função social (compreendido em seu papel de “previsão de limite”), o juiz pode impor deveres negativos para além daqueles cominados expressamente na lei normatizada⁵⁹.

Dessa forma, o judiciário, como esfera representante do poder estatal, deve, ao se deparar com um caso concreto de descumprimento da função social de um contrato, aplicar adequada sanção, de modo a permitir o convívio social daquele acordo.

Sendo assim, deve-se entender a função social do contrato como um princípio que regula as desigualdades sociais, buscando um equilíbrio entre os interesses puramente

⁵⁶ VIANA ALVES, Ester Beiriz. *O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro*. [online]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ COSTA, Judith Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 49, maio 2005.

individuais e os coletivos, mesmo porque a eficácia dos contratos também se estende à esfera de terceiros.

2 CONTRATO DE FRANQUIA: ORIGENS E FUNDAMENTOS

2.1 ORIGEM HISTÓRICA

“Não há uma data precisa em que se possa situar o início do *franchising*”⁶⁰. Muitos autores remontam o contrato de franquia à Idade Média. De acordo com Lina Márcia Fernandes, a origem da palavra franquia estaria ligada aos termos franceses, “*franchisage*”, que significava uma outorga de privilégios e “*franchise*”, que designava aquela cidade onde pessoas e bens poderiam circular livremente sem pagar impostos⁶¹. Também remonta ao verbo *franchiser*, onde o senhor feudal oferecia a seu servo o privilégio de abandonar o estado de servidão por meio de uma carta de franquia⁶².

Outros autores como Barroso, apontam a origem do *franchising* atrelada ao mercantilismo, época em que os grandes reinos absolutistas competiam por ouro e especiarias do novo mundo.⁶³ Os reis, naquela época, franqueavam navios aos navegadores, e estes, em nome do reino, buscavam novos produtos para enriquecer o Estado franqueador.⁶⁴

Porém, há aqueles que discordam que o *franchising* estaria ligado a origens tão remotas. Para eles, a origem da franquia adviria após a segunda guerra mundial. Já outros apontam o fim da guerra da Secessão nos EUA como o verdadeiro marco para a atividade franqueadora. Jorge Pereira Andrade, ao criticar os autores que remontam a começo da franquia à idade média, faz a seguinte afirmação:

“[...] querem remontá-la à idade média, quando a Igreja Católica concedia autorização para que os senhores feudais agissem como coletores de impostos, contanto que lhes pagasse por isso parte do recolhido”⁶⁵.

Defendendo o início da rede de franquia nos EUA após a guerra de secessão (1860), Lina Fernandes aponta que os industriais do norte ao se interessarem por expandir seus negócios aos Estados do Sul, celebraram contratos com comerciantes dessa região para que vendessem os produtos de suas marcas⁶⁶.

⁶⁰ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 19.

⁶¹ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 43.

⁶² *Ibidem*, p. 43.

⁶³ *Ibidem*, p. 44.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 45.

Porém, a mesma autora também defende que a prática do *franchising* nos termos como é utilizado atualmente, teria tido início após a segunda guerra mundial, quando os combatentes norte americanos ao regressarem para os Estados Unidos, viram no comércio uma oportunidade de auferir renda⁶⁷. Contudo, esses militares, que não tinham em sua maioria nenhuma experiência com atividades comerciais, necessitavam de uma forma de contrato onde tudo já viesse “pronto”, “pré moldado”.

Assim, o sistema de franquia viabilizaria que esses combatentes superassem a crise do pós guerra, aventurando-se em um comércio próprio, mas sem os riscos e avarias de um iniciante. Nas palavras da autora, a aquisição de uma franquia já naquela época, representava uma alternativa financeira e social menos onerosa para os que queriam ser donos do próprio negócio e não dispunham de conhecimentos, experiência e estrutura necessária⁶⁸.

Já para Luiz Felizardo Barroso, a franquia teria tido origem na Idade Média, mas teria desaparecido por séculos, somente vindo a ressurgir nos Estados Unidos da América, em 1860, quando uma fabricante de máquinas de costura resolveu aumentar suas vendas em termos de varejo⁶⁹:

[...] Indiscutivelmente, em termos empresariais, como o conhecemos hoje, nos principais países capitalistas do mundo, como no Brasil, França, Inglaterra, Espanha (demais países da Europa) e Japão, a franquia nasceu nos Estados Unidos da América do Norte em 1860, ano em que a Singer Sewing Machine resolveu ampliar sua participação no mercado, atingindo, em termos de varejo, um território mais amplo, com poucos investimentos.⁷⁰

Por fim, há autores como, Rodrigues da Luz e Vivarelli, que apesar de reconhecerem o fim da guerra da secessão dos EUA como o início do estabelecimento das franquias, inclusive sendo dessa época a criação de franquias pela General Motors, entendem que só após a segunda guerra mundial deu-se a grande explosão e difusão da prática do *franchising* ao redor do mundo.⁷¹ Afirmam que a franquia proporcionava aos ex combatentes estado unidenses, todo *know-how* de que não dispunham para iniciar o próprio negócio.⁷²

O grande exemplo surgido nessa época foi o dos irmãos Dick e Maurice Mcdonald como apontam os citados autores:

⁶⁷ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 45.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁹ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 15.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁷¹ LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. O *Franchising* como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia. *Revista Eletrônica de Direito/Unesp*, Franca, n. 1, p. 3-4, 2010. [online]. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

⁷² *Ibidem*, p. 3-4.

É dessa época o nascimento da principal rede de *franchising* do mundo a *McDonald's Corporation*, que em 1955 começou a expansão de sua rede de *fast-food* através do *franchising* e hoje possui mais de 31 mil restaurantes (dos quais somente 22,7% são franqueados) espalhados por 118 países ⁷³.

No Brasil, as franquias tiveram marco nos anos 70, sendo o primeiro *franchising* nacional iniciado por Arthur Sampaio, dono dos calçados Stella⁷⁴. Tal comerciante escolhia seus próprios representantes para a abertura de novas lojas ⁷⁵. Em 1975 e 1976 surgiram as franquias do Boticário, Água de cheiro, Mister Pizza e Idiomas Yázigi ⁷⁶.

2.2 FUNDAMENTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E INSTITUCIONAIS

O contrato de franquia é regulado pela Lei nº 8.955/94, que o conceitua em seu artigo 2º da seguinte forma:

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 ⁷⁷.

Além desse conceito legal, há conceitos doutrinários que definem o *franchising* de diversas formas. De acordo com Fran Martins, o contrato de franquia seria uma prestação de serviços conjugada com a distribuição de produtos conforme as normas estipuladas ⁷⁸. O franqueador presta serviços ao franqueado, de forma que este venda os produtos da marca daquele ⁷⁹. Assim, na visão do autor, a franquia seria a junção de dois contratos; o contrato de

⁷³ LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. O *Franchising* como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia. *Revista Eletrônica de Direito/Unesp*, Franca, n.1, p. 5, 2010. [online]. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

⁷⁴ *Ibidem*, p.5.

⁷⁵ *Ibidem*, p.5.

⁷⁶ *Ibidem*, p.5.

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*) e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 16 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm> Acesso em: 25 jun. 2013.

⁷⁸ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 63.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 63.

prestação de serviços do franqueador ao franqueado e o contrato de comercialização da marca pelo franqueado ⁸⁰.

Para Orlando Gomes, a franquia seria uma figura híbrida, autônoma, onde um empresário concede a outro o direito de explorar e comercializar sua marca em troca de uma remuneração⁸¹. O franqueador seria responsável por oferecer uma assistência técnica para a comercialização da marca, aproximando-se de um contrato de prestação de serviço, concessão exclusiva e distribuição de produtos ⁸².

Segundo Arnold Rizzardo, o contrato de franquia é aquele através do qual o titular de um produto, serviço ou método com marca registrada cede a outrem licença e assistência para a expansão da marca⁸³. Haveria de acordo com ele um sistema de distribuição de bens e serviços entre o franqueador e o franqueado⁸⁴.

De acordo com Luiz Felizardo Barroso, o contrato de franquia funciona de forma que os direitos de uso da marca e da tecnologia da empresa franqueadora são cedidos a terceiros mediante uma remuneração advinda de *royalties* (percentual periódico sobre as vendas) ou de taxa de franquia (uma quantia inicial para ingressar no sistema) ⁸⁵.

Thomaz Saavedra explica que no contrato de franquia, o franqueador licencia ao franqueado conhecimentos técnicos para a exploração de seu produto, além de prestar-lhe constante assessoramento⁸⁶. Em contrapartida, o franqueado remunera o franqueador por meio de um pagamento inicial ou através de porcentagens sobre as vendas realizadas ⁸⁷.

Porém, de todos os conceitos doutrinários já apontados, o mais completo e específico seria o apontado por Marcelo Cherto em sua obra *Franchising – Revolução no Marketing*, na qual explica que a franquia seria uma distribuição de produtos e/ou serviços, em que o detentor de uma ideia, tecnologia, marca, método, processo ou segredo e *know-how* outorga a alguém, juridicamente e economicamente dependente a ele, licença para explorá-los⁸⁸. O franqueador, então, ensina todo o *know-how* ao franqueado, determinando como deve ser a

⁸⁰ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 63.

⁸¹ ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 19.

⁸² *Ibidem*, p. 19.

⁸³ FERNANDES, op. cit., p. 50.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 50.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 50.

⁸⁶ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁸⁸ LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. O Franchising como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia. *Revista Eletrônica de Direito/Unesp*, Franca, n.1, p. 8, 2010. [on line]. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

instalação e operação do negócio, bem como acompanha, supervisiona, assiste e orienta as atividades desenvolvidas ⁸⁹.

O franqueado por sua vez, remunera o franqueador direta ou indiretamente, arcando ainda com os custos e despesas necessárias à instalação e operação de seu próprio estabelecimento⁹⁰. Cherto ainda explica que a orientação e assistência são fornecidas continuamente e suprem todas as atividades do franqueado desde o projeto arquitetônico e sua instalação até o mapeamento de controle de estoque, aplicação de recursos e treinamento do franqueado e sua de equipe ⁹¹.

Porém, a par de conceitos mais complexos, há uma forma bem singela e popular de se conceituar o *franchising*. Assim, para Jean-Marie Leloup, “[...] franquear é possibilitar a alguém ter o mesmo sucesso que tivemos, é reiterar uma conquista” ⁹².

Por fim, além de conceituar doutrinariamente o contrato de franquia quanto a seu conteúdo, é importante também classificá-lo, apontando a reunião de características que o diferencia de outros contratos.

De forma sucinta, um dos autores que melhor conceitua formalmente o contrato de franquia é Saavedra. Para este autor, o contrato de franquia é um contrato personalíssimo, atípico, continuado e padrão⁹³.

Personalíssimo pelo fato de que o franqueador escolhe o franqueado para comandar a unidade franqueada. Após preencher uma ficha cadastral, o futuro franqueado é analisado pelo franqueador através de seu perfil econômico, financeiro, investidor e administrativo⁹⁴. Somente com o convencimento do franqueador de que aquele candidato apresenta o perfil ideal para comandar uma franquia, é que as fases preliminares de negociação terão início⁹⁵.

É atípico, pois, a lei de *franchising* regulamenta a Circular de Oferta de Franquia e não o contrato de franquia em si⁹⁶. A lei não dispõe sequer sobre as cláusulas essenciais que

⁸⁹ LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. O Franchising como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia. *Revista Eletrônica de Direito/Unesp*, Franca, n.1, p. 8, 2010. [on line]. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁹¹ *Ibidem*, p.8.

⁹² SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3.

⁹³ *Ibidem*, p. 29-42.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 29-42.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 6, 7, 29.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 29.

devem constar no contrato de franquia, deixando lacunas a serem preenchidas ao livre arbítrio das partes⁹⁷.

É continuado pelo fato das partes se relacionarem ao longo do tempo. Enquanto perdurar a unidade de franquia no mercado, perdurará a relação entre franqueador e franqueado, pois haverá sempre uma troca de informações e de tecnologia, bem como um processo de assessoramento e fiscalização⁹⁸.

Por fim, o contrato de franquia é padrão pelo fato de ser adesivo, ou seja, todas as cláusulas contratuais já estão predispostas unilateralmente pelo franqueador, sem que a outra parte tenha o poder de negociar, argumentar ou modificar as condições ali estabelecidas⁹⁹.

Apesar de ser necessário conceituar o contrato de franquia, também é preciso delinear na visão de outros doutrinadores, o que este contrato também não o é, ou seja, o que não se pode confundir com o *franchising*. Assim, de acordo com Luiz Felizardo Barroso, a franquia não deve se confundir com um contrato empregatício, pois na relação jurídica entre franqueado e franqueador, há na verdade uma relação de parceria entre duas empresas individuais, autônomas e independentes¹⁰⁰. Cada empresa adquire para si a responsabilidade pelo risco da atividade, assumindo as despesas de sua equipe e os custos de manutenção do estabelecimento.¹⁰¹

De acordo com o art. 3º da CLT¹⁰² que define a relação de emprego, é necessário, de um lado, uma pessoa jurídica como empregador e de outro uma pessoa física ou jurídica como empregado que preste serviços não eventuais, sob subordinação hierárquica e mediante remuneração (salário). Porém, tais características não estariam cumulativamente presentes na relação de franquia, pois, conforme o autor “[...] é imprescindível que na prática, o franqueado fique livre para dirigir, administrar seus próprios fundos e assumir os riscos inerentes a toda sua atividade mercantil [...]”¹⁰³.

Portanto, o contrato de franquia é um contrato complexo e autônomo, e não se confunde com um contrato de relação de emprego porque por mais que a relação de franquia seja duradoura e por isso não eventual, a subordinação hierárquica não está presente pelo fato

⁹⁷ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18-19.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 29-42.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 29-42.

¹⁰⁰ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 32.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 32.

¹⁰² BRASIL. *Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 jul. 2013.

¹⁰³ BARROSO, op. cit., p. 33.

do franqueado ser um empreendedor, dono do seu próprio negócio. Conforme Barroso “[...] A única perda de individualização própria que se admite é a mercadológica [...]; assim mesmo em termos institucionais nacionais e regionais, restando, ainda, ao franqueado a estratégia mercadológica local”¹⁰⁴.

Além disso, o franqueado não recebe salário do franqueador. Pelo contrário, é aquele quem remunera este pela acessoria prestada. Os ganhos do franqueado advêm da margem de lucro nas vendas. “[...] A estratégia a ser empregada para a obtenção de lucros é só exclusivamente do franqueado”¹⁰⁵.

Além de não ser um contrato de prestação de serviços, o contrato de franquia também não é um contrato de consumo. Conforme Carlos Alberto Menezes de Direito, o franqueado não teria condições técnicas de enquadrar-se no conceito de destinatário final, conforme dispõe o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁶. De acordo com ele, o destinatário final seria aquele que retira o bem do mercado encerrando a cadeia consumerista, englobando também aquele que o utiliza com o fim profissional¹⁰⁷.

Menezes também afirma que o objeto do contrato de franquia é fazer do franqueado um substituto do franqueador na transmissão dos produtos ou serviços da marca franqueada aos consumidores, pois é através dele que estes adquirem como destinatários finais as ofertas da marca¹⁰⁸. Portanto, o franqueado seria um intermediário na cadeia de consumo, e não um destinatário final e dessa forma, a relação entre franqueador e franqueado não pode ser classificada como relação de consumo¹⁰⁹.

Além disso, o autor também afirma que, mesmo no caso de algumas modalidades obrigacionais do contrato de franquia possibilitarem enquadrar o franqueado na figura de um consumidor *lato sensu*, tal não seria possível em virtude da natureza desse contrato¹¹⁰. Tal natureza impõe a associação do uso de marca ou patente ao direito de distribuição e de tecnologia com fins a atender o mercado de consumidores¹¹¹. Essa natureza não se perderia mesmo que possa haver outros contratos atrelados como o de locação de imóvel e cessão de

¹⁰⁴ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 33.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 12, n. 1517, ago. 2007. [online]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10324>>. Acesso em: 11 maio 2013.

¹⁰⁷ *Ibidem*

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ *Ibidem*

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ *Ibidem*

diretos¹¹². O que ocorre é que a natureza do contrato de franquia faz do franqueado um elo na cadeia de consumo, aproximando o franqueador ao consumidor¹¹³.

O autor também argumenta sobre a impossibilidade de aplicar o artigo 29 do Código de Defesa do consumidor ao *franchising*¹¹⁴. Tal artigo dispõe que: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”¹¹⁵. O disposto no artigo visa proteger todos aqueles que estão em situação de vulnerabilidade e fragilidade por, de alguma forma, estarem expostos às práticas consumeristas¹¹⁶.

Menezes de Direito defende não serem os franqueados vulneráveis uma vez que, tendo o franqueador obrigações definidas em lei, com indicação precisa dos deveres que assume, não haveria fragilidade configurada em torno do franqueado¹¹⁷. Porém, cumpre ressaltar que a vulnerabilidade protegida no Código de defesa do consumidor não é a econômica, e sim, a instrutiva, informativa. O consumidor é visto como vulnerável em virtude de sua presumida falta de conhecimento técnico sobre as práticas industriais ou comerciais do fornecedor. Não é o caso do franqueado, que conforme exposto, adquire todo o processo instrutório para reger o negócio de franquia.

Outra razão para a inexistência de vulnerabilidade do franqueado seria a obrigatoriedade da Circular de Oferta de Franquia, informando-o de forma clara e acessível sobre o valor integral do investimento a ser realizado, englobando o custo das instalações e equipamentos, do uso do sistema, da marca ou troca de serviços, aluguel do ponto comercial, e texto completo do contrato padrão¹¹⁸.

Para o citado autor, se não houvesse tal regramento legal, com detalhes minuciosos que informam antecipadamente ao franqueado sobre o que se contrata e sob quais condições se contrata, “[...] seria possível até imaginar que o franqueado teria ensejo de invocar que foi atingido por prática abusiva prevista no Código de Defesa do Consumidor”¹¹⁹. Sendo assim,

¹¹² DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 12, n. 1517, ago. 2007. [online]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10324>>. Acesso em: 11 maio 2013.

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ *Ibidem*

¹¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 29 maio 2013.

¹¹⁶ DIREITO, op. cit.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*

¹¹⁹ *Ibidem*

o franqueado não se enquadra em qualquer modalidade de consumidor, nem sob o parâmetro do art. 2º, nem sob o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor ¹²⁰.

No entanto, apesar do contrato de franquia não ser um contrato de relação de consumo conforme defende Menezes de Direito, alguns princípios do Código de Defesa do Consumidor poderão ser-lhe aplicados, a depender do caso concreto.

Há também conceitos Institucionais como o da Associação Brasileira de Franchising:

Sistema pelo qual um Franqueador cede ao Franqueado o direito de uso de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi exclusividade de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócios ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício¹²¹.

Dentro dessa categoria de conceitos, há também o da federação europeia de *franchising*, “European Franchise Federation”:

Franchising opera nas bases de um acordo contratual entre dois comerciantes independentes, o franqueador e o franqueado, no qual o franqueador concede ao franqueado, pelos termos do contrato, o direito de comprar e operar a marca do franqueador e o formato do sistema comercial por uma remuneração e seguindo as regras prescritas e procedimentos desenvolvidos para o sistema pelo franqueador. (tradução nossa) ¹²².

¹²⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 12, n. 1517, ago. 2007. [online]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10324>>. Acesso em: 11 maio 2013.

¹²¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. *Portal do Franchising. As melhores oportunidades de negócios em franquias*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br>>. Acesso em: 10 agosto 2013.

¹²² LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. O Franchising como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia. *Revista Eletrônica de Direito/Unesp*, Franca, n.1, p.6, 2010. [online]. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

3 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: VANTAGENS E FUNCIONAMENTO DA FRANQUIA

O contrato de franquia como qualquer outro tipo de contrato adesivo, pode acarretar abuso de direito de uma parte perante a outra apesar das vantagens que apresenta. Em relação às vantagens, dispõe Luiz Antônio Guerra da Silva que o sistema de franquia possibilita novos negócios tanto para o franqueado como para o franqueador, a depender do poder de expansão da marca e do território sobre o qual se instala a franquia¹²³. Além disso, afirma que a franquia já pressupõe profissionalismo e experiência de mercado por parte do franqueador, o que facilita a atração de consumidores e formação de um fundo de comércio¹²⁴.

Gilmar José dos Santos também destaca os pontos positivos ao se celebrar um contrato de franquia. Para ele, as redes de franquia apresentam menor taxa de mortalidade quando comparadas com as empresas nacionais¹²⁵. É essa estabilidade que gera vantagens a quem pretende tornar-se um franqueado¹²⁶.

Analisando a aderência ao sistema de franquias pelo Brasil, alguns autores trazem os motivos para o crescimento deste no país. Dentre eles, Patrícia Vance, Luiz Fávero e Marcos Luppe apresentam razões para o sucesso das franquias entre os empreendedores brasileiros. Destacam que os programas de demissão voluntária e a estabilidade econômica ocorridos na década de 1990 proporcionaram um quadro favorável à instalação de franquias no Brasil¹²⁷.

Outros fatores seriam; o atrativo custo dos financiamentos para expansão e sedimentação de uma marca internacional e o menor risco na abertura de um negócio com modelo previamente testado¹²⁸.

O autor Kanitz também sintetiza algumas das vantagens da franquia no Brasil. Em seu entendimento, a franquia gera uma renovação no espírito empreendedor ao apresentar técnicas gerenciais mais modernas à população¹²⁹. Outro fator seria a segurança do contrato de franquia que oferece um empreendimento sem segredos, garantido pelo suporte técnico da

¹²³ SILVA, Luiz Antônio Guerra Da. Franquia empresarial - sistema mandatário de compra de produtos – exigência ilegal do franqueador. *UNIVERSITAS/JUS*, Brasília, n. 4, p.70, jul./dez. 1999.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 70.

¹²⁵ GILMAR, José dos Santos. A teoria institucional e a análise das operações de franquia: um olhar diferente das abordagens tradicionais do marketing. *Revista Eletrônica de Administração*. Porto Alegre, v. 5, n. 4, p.17, nov./ dez. 1999.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹²⁷ VANCE, Patrícia de Salles; FÁVERO, Luiz Paulo Lopes; LUPPE, Marcos Roberto. Franquia empresarial: um estudo das características do relacionamento entre franqueadores e franqueados no Brasil. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 43, n. 1, p. 2, jan./fev./mar. 2008.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 2.

¹²⁹ RODRIGUES, José dos Reis G. *O Empreendedor e o franchising: do mito à realidade*. São Paulo: Érica, 1998, p. 9-10.

matriz, de forma que o franqueado se sente amparado¹³⁰. Assim, “[...] a franquia formatada entrega o negócio com a contabilidade organizada e as técnicas gerenciais estruturadas, permitindo ao franqueado dedicar-se a questões-chave do negócio, como atrair a clientela e até atender pessoalmente ao cliente [...]”¹³¹.

Este conceito parece, no entanto ser ilusório, pois, apesar da franquia ter contribuído para a modernização de diversos setores da produção brasileira, nem sempre o franqueado terá essa sensação de segurança em virtude de constantes abusividades cometidas pelos franqueadores. Nesse sentido, a doutrina já vem apontando várias atitudes abusivas cometidas pelo franqueador frente ao franqueado. Porém, antes de adentrar aos abusos de direito cometidos pelo franqueador, que é sem dúvida a parte mais forte da relação contratual, é preciso saber como funciona o contrato de franquia em si, para situarmos tais abusividades dentro da própria lógica, dinâmica e contexto contratual.

Primeiramente, é importante ressaltar que antes da assinatura do contrato de franquia, o candidato a tornar-se um franqueado é submetido a três etapas; “aprovação de ficha cadastral-> recebimento da circular de oferta de franquia-> pré-contrato para busca do ponto comercial”¹³².

Assim, o interessado em tornar-se um franqueado deve preencher uma ficha cadastral de forma a convencer o franqueador a lhe oferecer o negócio de franquia. Essa ficha cadastral colhe informações sobre a vida pessoal e financeira do candidato além de saber se o mesmo está disposto a dedicar-se integralmente ao negócio¹³³. Se a ficha do candidato for aprovada, o franqueador passará ao próximo passo que é enviar a Circular de Oferta¹³⁴.

A Circular não é uma proposta contratual. “É meio de divulgação para que não haja disparidade entre o negócio adquirido pelo investidor e o que vai ser efetivamente operado por ele, como franqueado”¹³⁵. Nessa etapa, é o candidato a se tornar um franqueado que deve se convencer das vantagens e dos benefícios em aderir à rede de franquia. Tal circular deve ser clara e objetiva, informando ao candidato questões como; o valor das taxas de franquia, *royalties*, e publicidade, se há garantia de exclusividade territorial, o montante a ser investido, serviços que prestará ao franqueado, entre outros¹³⁶.

¹³⁰ RODRIGUES, José dos Reis G. *O Empreendedor e o franchising: do mito à realidade*. São Paulo: Érica, 1998, p. 10.

¹³¹ *Ibidem*, p. 10.

¹³² SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 9.

¹³³ *Ibidem*, p. 7.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 7.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 10.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 10.

Cumpra ressaltar que o franqueado tem o dever de informar tudo ao candidato através da circular. Caso o franqueado descumpra esse dever de informação, ou seja, entregar a circular de oferta ao candidato, no mínimo dez dias antes da assinatura do contrato ou do pagamento de qualquer montante, o contrato firmado estará sujeito à anulação. É o previsto no art. 4º da lei de *franchising*, que obriga o franqueador a devolver qualquer quantia recebida, seja a título de taxa ou de *royalties*¹³⁷.

Restando convencido a aderir a uma rede de franquia, o candidato, caso não possua um ponto comercial, assina então um contrato preliminar a garantir sua instalação em determinado bairro até que outro ponto de melhor concorrência seja encontrado¹³⁸. Nesse pré-contrato, o franqueador costuma cobrar do franqueado, metade da taxa de franquia para a instalação do provisório ponto comercial e início das atividades¹³⁹.

Encontrado o ponto comercial definitivo, tem-se início a execução do contrato de franquia, que é válido independentemente de ser levado ou não para registro em cartório [...]”¹⁴⁰. Tal contrato envolve o pagamento de três principais receitas; a taxa de franquia, os *royalties*, e a taxa de publicidade. A taxa de franquia é paga de uma só vez no momento em que o contrato é assinado, já os *royalties* e a taxa de propaganda são remunerações mensais a título de serviços prestados pelo franqueador¹⁴¹.

A taxa de franquia é cobrada em virtude de assessoria na escolha do ponto comercial, projeto arquitetônico, manuais de operação, treinamento do franqueado e seus funcionários, licença para uso da marca e sistema operacional, plano de inauguração e assistência para abertura do ponto comercial, ou seja, envolve todo o *know-how* de operação e funcionamento daquela unidade franqueada¹⁴².

Os *royalties* envolvem uma remuneração ao franqueador em contraprestação por consultoria de campo e visitas periódicas para manter o padrão da operação e da gestão da franquia, treinamento continuado do pessoal, manutenção do uso da marca, inovação tecnológica como desenvolvimento de novos produtos e serviços¹⁴³.

¹³⁷ BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*) e dá outras providências. Brasília, 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

¹³⁸ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 8.

¹³⁹ *Ibidem*, p.7.

¹⁴⁰ AZEVEDO, Suelen. *Comentários jurídicos sobre o franchising*. Brasília: 2013. Vídeo. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=BPwTcqJ-muY>> Acesso em: 18 set. 2013.

¹⁴¹ SAAVEDRA, Thomaz, op. cit, 4-5.

¹⁴² *Ibidem*, p. 4.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 4.

Já a taxa de propaganda, é uma contribuição para um fundo cooperativo de propaganda e promoção da rede de franquia que envolve anúncios na mídia impressa, rádio, televisão, internet, material promocional para o ponto comercial, dentre outros meios¹⁴⁴.

Portanto, o contrato de franquia é um contrato complexo que envolve várias etapas e um comprometimento árduo por parte do franqueado, que arcará com taxas, *royalties* e outras remunerações ao longo de sua relação continuada com o franqueador. Após essa visão geral sobre o modus operandi da franquia, é possível entender os pontos de ataque utilizados pelos franqueadores para fazerem uso de práticas abusivas frente ao franqueado.

3.1 ABUSIVIDADES NA FRANQUIA

Nas palavras de Luiz Antônio Guerra da Silva, o poder econômico do franqueador coloca o franqueado em situação de desequilíbrio e este “[...] é forçado a arcar com os elevados custos operacionais do sistema de franquia empresarial”¹⁴⁵.

Muitas vezes o que era sonho pode virar pesadelo, pois as expectativas dos franqueados são mitigadas por imposições autoritárias dos franqueadores. Aponta José Rodrigues que ainda nos primeiros contatos com o franqueador, o franqueado já poderá perceber que não terá poder de influência sobre as diretrizes da matriz, uma vez que estas já estão rigorosamente determinadas, sendo a figura do empreendedor um mero instrumento para a execução das práticas e projetos firmados¹⁴⁶.

O franqueado então fica atado a “[...] modelos rigorosos e código de ética informal, que lhe veda o exercício de práticas imprescritíveis no desempenho da atividade do empreendedor”¹⁴⁷. Diante disso, o franqueado se vê sem liberdade para inovar ou tomar suas próprias decisões e sem mecanismos de defesa para combater as estipulações e práticas do franqueador, “[...] deixando-o na atrocidade da dúvida da legitimidade de suas ações”¹⁴⁸.

Dentre as abusividades praticadas no *franchising*, a doutrina vêm apontado principalmente; o baixo poder decisivo dos franqueados, as cláusulas abusivas, as cláusulas

¹⁴⁴ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

¹⁴⁵ SILVA, Luiz Antônio Guerra Da. Franquia empresarial - sistema mandatório de compra de produtos – exigência ilegal do franqueador. *UNIVERSITAS/JUS*, Brasília, n. 4, p. 67, jul./dez. 1999.

¹⁴⁶ RODRIGUES, José dos Reis G. *O Empreendedor e o franchising: do mito à realidade*. São Paulo: Érica, 1998, p. 14.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 14.

penais, as omissões contratuais, as mudanças unilaterais ao decorrer da execução contratual, a concorrência desleal, e os empréstimos bancários vinculados.

3.1.1 Omissões Contratuais

Em relação às omissões contratuais, Luiz Guerra, aponta; a inexistência da apresentação da Circular de Oferta, inexistência de pré-contrato, e inexistência de elementos prévios à contratação¹⁴⁹. Tais elementos prévios podem ser; a não fixação do valor da taxa de franquia, não identificação do valor total a ser investido como o pagamento da taxa de franquia, a montagem da loja, aquisição do ponto comercial e pagamento de luvas em Shopping centers ¹⁵⁰.

Outras omissões podem recair ainda sob a não indicação do capital de giro necessário para o estabelecimento da franquia, não disposição do percentual de *royalties* ou fixação dos mesmos de forma abusiva e desproporcional, não indicação da taxa de retorno do capital investido, não fixação do percentual de propaganda e publicidade e não indicação da perspectiva de lucratividade e faturamento do negócio¹⁵¹.

O franqueador pode também omitir-se ao não indicar no contrato as taxas de juros pelo financiamento da atividade, não fixar as condições de compra e venda dos produtos entre ele e o franqueado ou entre este e os destinatários finais, e por fim não dar ciência ao franqueado sobre a possibilidade de existência do sistema mandatário de compra de produtos ¹⁵².

Em relação à inexistência da circular de oferta, por tratar-se de pré-contrato obrigatório, a defesa do franqueado será mais fácil, pois a anulabilidade do contrato será arguida preliminarmente, invalidando qualquer acordo formado. Para Fernandes, a Circular de Oferta seria um contrato tipo, assim definido:

O contrato-tipo não é *pactum de contrahendo*, porque as partes não se obrigam a contratar. É, antes, *pactum de modo contrahendi*, uma vez que preestabelece conteúdo para os contratos que venham a querer concluir. Distingue-se, pois, da promessa de contratar. Poderia, com esta, formar o gênero contratos preliminares [...] ¹⁵³.

¹⁴⁹ SILVA, Luiz Antônio Guerra Da. Franquia empresarial - sistema mandatário de compra de produtos – exigência ilegal do franqueador. *UNIVERSITAS/JUS*, Brasília, n. 4, p. 69, jul./dez. 1999, p. 69.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 69.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 69.

¹⁵² *Ibidem*, p. 69.

¹⁵³ FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 126.

Além disso, a obrigatoriedade de apresentação da circular de oferta por parte do franqueador está prevista no art. 3º da Lei 8.955, e uma vez descumprida gera a ilicitude do contrato.

Art. 3º. Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma Circular de Oferta de Franquia, por escrito, e em linguagem clara e acessível ¹⁵⁴.

O problema maior para o franqueado estaria na inexistência de alguns elementos prévios à contratação, pois, caberia a ele produzir provas em juízo quanto à desproporcionalidade dos percentuais de *royalties* ou quanto à não indicação do valor total do investimento, por exemplo. De fato, o franqueador opta por não prever várias de suas imposições no contrato, com o intuito de dificultar a demonstração pelo franqueado de que houve vício na formação do contrato ou descumprimento da boa-fé subjetiva, o que torna a dissolução contratual improvável.

Rodrigo Barione também discorre sobre as omissões contratuais na Franquia. “[...] O problema das cláusulas contratuais ganha contornos especiais quando [...] simplesmente deixa de prever determinadas situações que poderão suceder na vigência da franquia” ¹⁵⁵. Para ele, as omissões, que podem ser de difícil constatação, dificultam a desenvoltura do franqueado frente a certas circunstâncias e mesmo os contratos mais detalhistas, com abundância de disposições específicas, podem ser omissos ¹⁵⁶.

Assim, para o autor, a necessidade de introdução de mais cláusulas “[...] surge de características específicas da atividade a ser desenvolvida, de necessidades especiais do franqueado ou mesmo de experiências anteriormente vivenciadas” ¹⁵⁷.

Outro tipo de omissão pode decorrer da tradução incorreta da Circular de Oferta. Franquias originárias de outros países, o que é o mais comum, pois o Brasil aderiu tardiamente à prática de franquear suas marcas, costumam apresentar a Circular de Oferta traduzida para o idioma nato do franqueado. É nessa tradução que, muitas vezes informações

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 16 dez. 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

¹⁵⁵ BARIONI, Rodrigo. Franquia: sonho ou pesadelo? *Revista Jurídica Justitex*, Brasília, v. 6, n. 64, p. 31, abr. 2013.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 31.

são perdidas ou mal interpretadas, gerando um desconforto para o franqueado que poderá ser surpreendido com exigências futuras não esclarecidas devidamente¹⁵⁸.

3.1.2 Imposições Unilaterais

Na fase de execução contratual, o franqueador também pode apresentar um comportamento abusivo, impondo mudanças unilaterais ao franqueado e o obrigando a certas atividades como; a abertura de novos pontos comerciais, a montagem de novas lojas seguindo os padrões arquitetônicos quanto aos móveis, instalações, fachada interna e externa da loja, a aquisição de produtos em quantidades unilateralmente estabelecidas e revenda de produtos com imposição de margem de lucro¹⁵⁹.

Pode também o franqueador impor ao franqueado que conceda aos consumidores finais, condições de pagamento diferenciadas em relação às impostas inicialmente a este¹⁶⁰. Outra imposição abusiva seria o pagamento do custo financeiro do dinheiro a taxas de juros elevadas e o custeio de campanhas publicitárias a cargo do franqueado¹⁶¹. Por fim, pode o franqueador impor o chamado sistema mandatório de compras de produtos, onde o franqueado é obrigado a adquirir determinadas quantidades de mercadoria sem prévia consulta e independentemente do repasse desse custeio ao consumidor final¹⁶².

Dentre essas imposições unilaterais, o sistema mandatório de compra de produtos é na visão de Luiz Antônio Guerra, o mais perverso de todos, uma vez que levaria o franqueado a nível de endividamento¹⁶³. O autor explica que o franqueador a pretexto de dispor de um maior profissionalismo e experiência empresarial exige do franqueado a compra e venda de produtos em quantidades previamente e unilateralmente estipuladas¹⁶⁴. Tais exigências seriam mensais, semestrais ou anuais e o franqueado assumiria a responsabilidade de revendê-las ao consumidor final independente das condições de mercado¹⁶⁵.

O autor ainda explica que nesse sistema mandatório de compra e venda, ao franqueador não interessa se o produto repassado ao franqueado está defasado ou se é ruim,

¹⁵⁸ Anotações de aula. Contratos Empresariais, PALHARES, Paulo.

¹⁵⁹ SILVA, Luiz Antônio Guerra Da. Franquia empresarial - sistema mandatório de compra de produtos – exigência ilegal do franqueador. *UNIVERSITAS/JUS*, Brasília, n. 4, p.70-71, jul./dez. 1999.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 71.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 71.

¹⁶² *Ibidem*, p. 71.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 71.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 71.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 71.

deficiente, ou de má qualidade¹⁶⁶. Não importa também ao franqueador saber se há baixo nível de vendas ou elevado risco de inadimplimento no mercado, se o franqueado possui capital de giro para assumir essa nova margem obrigatória de produtos, ou se os juros de mercado irão cumprir o custo financeiro, pois, nas palavras do autor, o franqueado tem que comprar esses produtos “[...] arcando, assim, [...] exclusivamente, com todo o risco da atividade, inclusive mesmo que não consiga revendê-los ao consumidor final”¹⁶⁷.

Dessa forma, se o franqueado não estiver preparado para arcar com esses custos inesperados, sua falência será quase inevitável, pois ou ele paga por esses produtos inesperados, ou estará em situação de inadimplência, arcando com multas, juros e outras penalidades. Ainda na visão do citado autor, o sistema mandatário de compra e venda de produtos serviria para o que ele chama de “desova de estoques”, uma forma de promover economicamente o franqueador gerando o endividamento do franqueado¹⁶⁸.

Luiz Guerra defende que, uma vez sendo o franqueado o verdadeiro conhecedor dos seus empreendimentos comerciais como, custos e riscos operacionais, forçá-lo a assumir a compra e venda de uma quantidade inesperada de produtos seria ilegal, a ser denunciada sempre que ocorrer a compra e venda forçada de produtos¹⁶⁹.

3.1.3 Cláusulas Abusivas

Outro ponto que merece ser explorado se refere às cláusulas abusivas que também são impostas pelo franqueador uma vez que, os contratos de franquia são contratos de adesão. Assim, ou se aceita o pré - estabelecido ou se desiste de aderir à rede de *franchising*. De acordo com Saavedra, o contrato de franquia faria uso da forma de contrato padrão por ser uma operação econômica altamente padronizada¹⁷⁰. Explica que o contrato padrão é aquele em que há a preponderância da parte mais forte, que reduz a liberdade contratual da outra parte “[...] impondo condições que visam maximizar seus ganhos, repassando a esta os riscos, e os eventuais prejuízos do negócio”¹⁷¹.

¹⁶⁶ SILVA, Luiz Antônio Guerra Da. Franquia empresarial - sistema mandatário de compra de produtos – exigência ilegal do franqueador. *UNIVERSITAS/JUS*, Brasília, n. 4, p.70-71, jul./dez. 1999.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 71.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 73.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 73.

¹⁷⁰ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 43.

Divergindo em parte da doutrina, Guerra explica que o contrato de franquia não seria de adesão e sim contrato tipo¹⁷². Porém, a diferenciação estabelecida pelo autor seria meramente formal, pois em essência, a situação do franqueado é sempre a mesma, vulnerável e frágil diante da força econômica e inflexível do franqueador. Para ele, a natureza do contrato de franquia se enquadraria com o conceito de contrato tipo, onde o franqueado poderia interferir nas condições básicas da relação jurídica¹⁷³.

Porém admite o autor que quase a totalidade das minutas utilizadas no contrato tipo são padronizadas com cláusulas abusivas e condições potestativas, gerando efeitos nefastos na esfera jurídica do franqueado¹⁷⁴.

Assim, em razão da natureza padronizada do contrato de franquia, várias cláusulas abusivas são impostas. Durante a fase inicial do contrato preliminar para localização do ponto comercial, já há exemplo de cláusula abusiva, como a reproduzida abaixo:

Se por qualquer motivo, as partes não celebrarem o Contrato de Franquia, o candidato, em função das informações e instruções que lhe foram transmitidas, consideradas segredo de negócio, inclusive aquelas constantes da Circular de Oferta de Franquia e demais documentos referentes ao sistema, durante o período de dois anos, contados a partir do término deste pré-contrato, não poderá, por qualquer motivo, quer seja direta ou indiretamente, por si próprio ou em nome de outrem, isoladamente ou em conjunto com qualquer pessoa, física ou jurídica, possuir, manter, envolver-se ou participar a qualquer título, na operação de qualquer negócio congênere e/ou concorrente ao presente¹⁷⁵.

Saavedra em sua obra *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*, reproduz as seguintes cláusulas abusivas retiradas do contrato da rede de franquias Mc Donald's;

21.5 - Ocorrendo término, distrato, expiração do prazo, ou rescisão, por qualquer motivo, da Franquia, o Franqueador não estará obrigado a pagar o Franqueado nenhum valor de bens ou direitos intangíveis, aos quais o Franqueado renuncia expressamente, concordando que eventuais direitos sobre o fundo de comércio, perspectivas de rentabilidade e outros direitos relacionados à exploração do Restaurante, sob a Franquia, estarão sempre irremediavelmente vinculados à reputação e aos métodos dos Sistemas McDonald's, sendo deles decorrentes, razão pela qual o Franqueado de tais direitos não pode participar, com o que concorda, renunciando expressamente a qualquer eventual pretensão dessa natureza¹⁷⁶.

¹⁷² SILVA, Luiz Antônio Guerra Da. Franquia empresarial - sistema mandatário de compra de produtos – exigência ilegal do franqueador. *UNIVERSITAS/JUS*, Brasília, n. 4, p. 68, jul./dez. 1999.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 68.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 68.

¹⁷⁵ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 8-9.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 43.

27.1 - O Franqueado reconhece que: a) o prazo de vigência da Franquia outorgada por este instrumento é o indicado no preâmbulo deste instrumento, e não existe promessa ou compromisso de renovação ou prorrogação deste prazo, a não ser conforme especificamente previsto neste contrato de franquia, de tal forma que, se o mesmo não for renovado, o Franqueado renuncia a qualquer direito ou prerrogativa relacionada ao restaurante, e, especialmente mas não limitativamente, qualquer pretensão relativa a direitos imateriais, fundo de comércio, perspectiva de rentabilidade futura e assemelhados¹⁷⁷.

O franqueado obriga-se a satisfazer qualquer tributo ou contribuição exigidos pelas autoridades governamentais, com base no pagamento ou cobrança do *royalty* aqui referido, incluindo, por exemplo, o imposto municipal sobre serviços (ISS).¹⁷⁸

As duas primeiras cláusulas tratam basicamente sobre os direitos sobre o fundo de comércio. Já a última apresenta uma ilicitude e inconstitucionalidade manifesta, pois o franqueado está se desincumbindo de obrigações tributárias estabelecidas na Constituição e complementadas por lei, criando assim espécies extralegais de isenção a seu favor, atribuindo ao franqueado um encargo alheio, por fatos geradores que muitas vezes não lhe são próprios.

Outros exemplos de cláusulas abusivas apontados pelo autor;

4.5 Toda vez que houver necessidade do deslocamento físico de um ou mais funcionários da franqueadora a fim de prestar assistência operacional ou administrativa à Franqueadora a fim de prestar assistência operacional ou administrativa à Franqueada conforme mencionado no subitem 2.1 (d) acima, fica desde logo entendido que as despesas incorridas com transporte, hospedagem, alimentação e salários e encargos sociais de tais funcionários correrão por conta exclusiva da Franqueada, que deverá pagá-las no prazo de 5 (cinco) dias após a comunicação e apresentação dos documentos comprobatórios das despesas ¹⁷⁹.

De acordo com o autor, essa cláusula se refere aos custos de assistência que em tese já seriam abarcados pela taxas de *royalties* pagas pelo franqueado¹⁸⁰. Haveria assim um excesso de cobrança, indevido, portanto.

Os *royalties* são, pois outra brecha que os franqueadores encontram para explorar economicamente seus franqueados. As cobranças dos *royalties* muitas vezes são excessivas em virtude das taxas de aluguel ali inseridas. Muitas vezes o franqueador aluga um ponto onde será instalada a franquia, mas o subloca para o franqueado pelo dobro ou triplo do preço.

¹⁷⁷ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 44.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 44.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 46.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 46.

Foi o que ocorreu com um dos franqueados do McDonald's, o Sr. John Rowell. “[...] o valor da sublocação da primeira loja de Rowell à McDonald's chegava a US\$ 4,3 milhões, contra os US\$ 1,1 milhão pago pela McDonald's ao proprietário”¹⁸¹.

Abaixo, outra cláusula reproduzida;

6.2 [...] A Franqueadora não está obrigada, em nenhuma hipótese a aceitar a renovação do contrato, mesmo que o franqueado tenha demonstrado bom desempenho na exploração da franquia¹⁸².

Haveria nesta hipótese um exercício abusivo do franqueador em promover a denúncia unilateral do contrato, pois o franqueado se sujeitaria apenas ao arbítrio do franqueador para dar continuidade à relação empresarial.

10.3 A fim de apurar a regularidade dos lançamentos efetuados para efeito de cálculo [dos *royalties*] os representantes da franqueadora terão o direito de, a qualquer tempo, inspecionar os livros contábeis da Franqueada, assim como os seus demais Registros, sejam escriturais ou gravados em disquetes magnéticos (*software*). A Franqueada desde já se compromete a facilitar o acesso a esses registros durante o horário comercial da Unidade Franqueada¹⁸³.

Interpretando o entendimento do autor sobre o teor desta cláusula, haveria neste caso uma quebra de sigilo de dados, em desrespeito ao artigo 5º, XII, da Constituição Federal¹⁸⁴.

15.1 O Sr. X, e sua esposa/companheira, Sra. Y, que assinam também o presente instrumento na qualidade de fiadores e principalmente pagadores, renunciando aos benefícios dos artigos 1.491, 1500 e 1504 do Código Civil e artigo 262 do Código Comercial, garantem, incondicional e irrevogavelmente, o fiel cumprimento do presente Contrato em todos os seus aspectos e , em especial, mas sem limitação, os pagamentos nele previstos¹⁸⁵.

¹⁸¹ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xxii.

¹⁸² *Ibidem*, p. 46.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 47.

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

¹⁸⁵ SAAVEDRA, Thomas, op. cit., p. 47.

Trata esta cláusula de renúncia a qualquer benefício de ordem por parte do franqueado e seu cônjuge.

2.1 (a) Ocorrendo qualquer infração desta Franquia por parte do Franqueado terá o direito imediato e automático de entrar no restaurante e dele tomar posse a fim de manter a continuidade da operação do restaurante, cuidar da mudança ordenada da gerência e zelar pelos bens existentes, de modo a proteger os interesses do franqueador¹⁸⁶.

Essa cláusula trata de uma intervenção forçada na gestão do franqueado, assemelhando-se ao que muitas vezes ocorre nos contratos administrativos, onde há a intervenção da Administração Pública. Porém, nos contratos administrativos presume-se o interesse público, mas no caso da franquia, essa cláusula apenas protege o interesse privado do franqueador.

15.1 O Franqueado compromete-se, por si e seus sócios, a não prestar serviços de lavanderia ou outros similares, durante a vigência deste contrato e pelo período de 24 (vinte quatro) meses a contar da data de seu término, cessão ou rescisão e tampouco se engajar direta ou indiretamente em negócio concorrente ou afim ao da Franqueadora durante o mesmo período. Caso o Franqueado ou seus sócios [...] venham a descumprir a obrigação assumida nesta cláusula, a Franqueadora poderá exigir o pagamento de uma multa no valor equivalente a [...] ¹⁸⁷.

A abusividade nesse caso se refere ao desrespeito ao princípio constitucional da livre iniciativa.

Dentre outros exemplos de cláusulas abusivas tratadas pela doutrina, Rodrigo Barioni faz afirmações acerca da previsão contratual de dedicação exclusiva pelo franqueado e transmissão das quotas societárias da franquia¹⁸⁸. Para ele, cláusula de dedicação exclusiva pertenceria ao gênero que a princípio não teria relação direta com os aspectos negociados, mas que no futuro prejudica o franqueado¹⁸⁹. Dessa forma, o sócio majoritário da empresa franqueada não poderia aderir a outros negócios ou outras franquias¹⁹⁰.

O autor ainda aponta como exemplo de cláusula abusiva aquela que veda ao sócio principal ceder quotas do capital social da empresa franqueada a terceiros ou que impõe a

¹⁸⁶ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 47.

¹⁸⁸ BARIONI, Rodrigo. Franquia: Sonho ou pesadelo? *Revista Jurídica Justitex*, Brasília, v. 6, n. 64, p. 31.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 31.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 31.

obrigatoriedade de dar preferência ao franqueador para adquirir as quotas cedidas no todo ou em parte ¹⁹¹.

Luiz Felizardo Barroso traz em sua obra *Franchising e Direito* outro exemplo de cláusula abusiva; a que estabelece cotas mínimas de compras, onde se subentende o interesse prioritário do franqueador em passar adiante os seus estoques que em prestar serviços ao franqueado, como um bom treinamento, assistência técnica permanente e assessoramento periódico ¹⁹². Afirma também que:

Por outro lado, não especificadas as cotas mínimas com parcimônia, poderá significar que o franqueador poderá elevá-las exacerbadamente a qualquer momento ¹⁹³.

Sendo assim, as cotas mínimas podem ser utilizadas pelo franqueador de forma abusiva, pois, optando por não estabelecê-las, ele poderá elevá-las a seu livre arbítrio onerando a situação do franqueado a qualquer tempo. Por outro lado, pode também prejudicá-lo caso transfira a exploração da marca a cotas a um preço baixo que não compensem uma preparação técnica do franqueado por parte do franqueador, deixando-o hipossuficiente em termos técnicos.

3.1.4 Cláusulas Penais

Há também cláusulas penais que proporcionam uma relação de desequilíbrio no contrato de franquia a depender do modo como forem previstas. Para Barroso, a imposição de pesadas multas em cláusulas penais em nada adiantariam, uma vez que, quando questionadas judicialmente dar-se-ia sua diminuição por destoarem do valor total do contrato ¹⁹⁴. Assim, as multas provavelmente seriam reajustadas com base em um percentual que se harmonizasse com a arrecadação do franqueado ¹⁹⁵.

Outro motivo a justificar a desnecessidade da imposição de pesadas multas seria também social, tendo em vista a desmotivação provocada no potencial franqueado que, ao se

¹⁹¹ BARIONI, Rodrigo. Franquia: Sonho ou pesadelo? *Revista Jurídica Justitex*, Brasília, v. 6, n. 64, p. 31.

¹⁹² BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 73.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 73.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 73.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 73.

sentir inseguro diante da previsão dessas penalidades, desiste de ingressar na cadeia de franquias ¹⁹⁶.

Além das cláusulas penais, há a possibilidade do franqueador estabelecer ainda cláusulas “surpresas” durante a execução do contrato, ou seja, cláusulas inicialmente não previstas quando da formação do mesmo. Rodrigo Barione alerta, pois, aos franqueados da possibilidade de previsão no contrato de franquia de cláusulas distintas daquelas inicialmente propostas pelo franqueador na fase preliminar de negociação ¹⁹⁷.

O autor ainda esclarece que apesar do franqueado ter acesso à circular de oferta antes de assinar o contrato, isto não impede o franqueador de surpreendê-lo ¹⁹⁸. Para ele, embora a lei nº 8.955 exija a entrega de uma Circular de Oferta ao franqueado em potencial contendo as informações necessárias e o modelo contratual padrão, seria comum no momento de finalizar o contrato, a entrega pelo franqueador de uma minuta com disposições diferentes do que fora combinado entre as partes ou do disposto no contrato padrão ¹⁹⁹.

3.1.5 Concorrência Desleal

Os contratos de franquia muitas vezes não garantem ao franqueado exclusividade territorial, de forma que os franqueadores preservam para si o direito de instalarem novas unidades em concorrência com o franqueado ²⁰⁰.

Basicamente o que ocorre é que o franqueador compra ou aluga os pontos comerciais onde se estabelecerão as franquias, e as loca ou subloca para os franqueados ao mesmo tempo em que instalam filiais próximas aos mesmos. As altas taxas de locação ou sublocação, atreladas à concorrência de novas unidades no mesmo território, levam os franqueados à falência, tendo por consequência a retomada do ponto comercial pelo franqueador.

“A invasão do espaço territorial do franqueado pode ser efetivada pelo franqueador através de instalação de loja própria ou franqueada” ²⁰¹. A concorrência, na mesma área de atuação, [...] acarreta ao franqueado uma evidente perda de valor do ponto comercial” ²⁰².

¹⁹⁶ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 73.

¹⁹⁷ BARIONI, Rodrigo. Franquia: Sonho ou pesadelo? *Revista Jurídica Justitex*, Brasília, v. 6, n. 64, p. 30-31, abr. 2007.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 30-31.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 30-31.

²⁰⁰ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 23.

²⁰² *Ibidem*, p. 23-24.

3.1.6 Empréstimos Vinculados

Por fim, alguns franqueadores, quando avistam as dificuldades econômicas de seus franqueados e a iminência de falência dos mesmos, optam por pressioná-los a contrair empréstimos bancários. Porém, ao invés de darem a liberdade à seus franqueados para escolherem o banco que melhores condições lhes ofereça, obriga-os a contratar empréstimos junto a bancos internacionais como; Bank Boston e Citybank ²⁰³.

3.2 ABUSIVIDADES SOB O PONTO DE VISTA DOS FRANQUEADOS

Porém, mais importante que a visão doutrinária sobre a abusividade no sistema de franquia, seria a visão dos próprios franqueados quanto ao modus operandi da franquia. Nesse sentido, José dos Reis G. Rodrigues, traz os principais pontos de conflito de uma franquia sob a opinião dos franqueados e seus comentários:

a) Lentidão do franqueador em promover mudanças ²⁰⁴:

Por ser uma empresa familiar, eu acho que tem muito o que melhorar, muito o que inovar. Eu acredito que vai melhorar e inovar a partir dessa gestão de profissionais entrando na empresa. Mas hoje, na estrutura atual, não há inovação nenhuma. (franqueado) ²⁰⁵.

Diversificar a linha implica em aumento de venda média, ter itens adicionais para complementar outros à venda. Eu acho necessário, e acho que pode crescer mais. (franqueado) ²⁰⁶.

Eu acho que nós somos uma empresa um pouco acanhada ainda diante dos produtos que nós temos. Se nós temos os melhores produtos do mercado, o mercado deveria saber disso de uma forma muito mais agressiva. [...] Nós reconhecemos que o marketing poderia ser bem mais agressivo, principalmente tendo em vista os produtos que nós temos. (franqueado) ²⁰⁷.

O design é bastante defasado, apesar de estarmos caminhando para um design mais moderno, o mercado tá aí reagindo, nosso concorrente já está com um padrão de loja do ano 2000, apesar de termos uma apresentação de

²⁰³ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xxiv.

²⁰⁴ RODRIGUES, José dos Reis G. *O Empreendedor e o franchising: do mito à realidade*. São Paulo: Érica, 1998, p. 54-60.

²⁰⁵ Ibidem, p. 54-60.

²⁰⁶ Ibidem, p. 54-60.

²⁰⁷ Ibidem, p. 54.

loja com outro objetivo, estilo europeu, mas mesmo assim, acho que a gente tem que ficar muito atento para não ficar parado no mercado. (franqueado). O design no todo está superado. O mercado já está trabalhando com outro tipo há muito tempo, e eles trabalham ainda com um design muito antiquado...²⁰⁸.

b) Ausência de uma gestão mais participativa²⁰⁹

Outra coisa é que é muito centralizado, você não opina, eles determinam lá que vão tirar um determinado produto de linha, independentemente de você gostar ou não, ou lançar produtos sem questionamento, e aí eles determinam a quantidade que você vai ter que comprar pela primeira vez, isso tudo é muito ditatorial.... dificulta, você não está esperando, e de repente o cara chega aqui com uma carga de produtos lançados, e você já está com o caixa estourado, você vai ter que pagar aquilo independente de você querer ou não. (...) (franqueado)²¹⁰.

Praticamente a gente não participa de decisão nenhuma. As sugestões aparentemente são ouvidas e registradas, só que pela própria política do franqueador, não existe um retorno a respeito se a sugestão vai ser utilizada, se ela é boa ou não (franqueado)²¹¹.

c) Incerteza quanto ao futuro da rede²¹²

A expectativa agora acho que é de enxugar a minha estrutura, em número de lojas, às vezes até mesmo vender uma delas, ou duas, ficar com uma tentar trabalhar mais essa loja, tentar dedicar mais em cima disso aí. Eu acho que a quantidade hoje não está fazendo diferença, você tem que ter qualidade mesmo, e eu estou perdendo neste aspecto [...] ²¹³.

d) Ausência de uma política mais agressiva de divulgação dos produtos²¹⁴

O marketing é muito fraco, está despertando agora. Eu procuro sanar em parte. Uma campanha nacional é muito cara, e eles alegam que não têm dinheiro (franqueado)²¹⁵.

Você tem que fazer um marketing paralelo. Aqui eu faço. (franqueado)²¹⁶.

e) precariedade dos processos de comunicação²¹⁷

Uma desvantagem que eu acho é ser uma empresa familiar, acho que a dificuldade é muito grande de comunicação, existe muita turbulência, entra um fala um negócio, aí o outro não concorda, de repente muda tudo, e a

²⁰⁸ RODRIGUES, José dos Reis G. *O Empreendedor e o franchising: do mito à realidade*. São Paulo: Érica, 1998, p. 56.

²⁰⁹ Ibidem, p. 56.

²¹⁰ Ibidem, p. 57.

²¹¹ Ibidem, p. 58.

²¹² Ibidem, p. 59.

²¹³ Ibidem, p. 59.

²¹⁴ Ibidem, p. 59.

²¹⁵ Ibidem, p. 59.

²¹⁶ Ibidem, p. 60.

²¹⁷ Ibidem, p. 60.

gente, como está na frente do negócio, fica meio perdido. (franqueado) ²¹⁸.

É uma coisa que nos dificulta muito, porque ele opera de um jeito que nós somos proibidos de operar. Ele combina que vai fazer e não faz. Você tem que enfrentar o cliente que chega aqui e diz que na loja tal se faz assim e o cliente quer que eu faça também. Quando você vai ver, foi na loja do franqueador. (franqueado) ²¹⁹.

3.2.1 John Rowell: um caso real

John Rowell é um franqueado McDonald's que, em dezembro de 1999, resolveu relatar em uma carta, todos os problemas que enfrentava na condução de suas franquias ²²⁰. A carta foi publicada no site McDonald's Problems in Brazil e teve grande repercussão ²²¹.

John é americano e vive em São Paulo há muitos anos, onde resolveu abrir nos anos de 1994 e 1997 duas unidades franqueadas da marca²²². Em sua carta, John relata que sofreu com o que ele chama de processo de canibalização, quando uma loja devora os clientes da outra²²³. Antes de inaugurar sua primeira franquia, a McDonald's abriu outra loja a menos de 2 quilômetros, donde posteriormente mais 15 seriam abertas²²⁴.

John explica que essa prática de não respeitar o território dos franqueados, os levava à falência²²⁵. Em contrapartida, outro problema o atormentava; o valor dos aluguéis. “Na época da carta, o valor da sublocação da primeira loja de Rowell à McDonald's chegava a U\$ 4,3 milhões, contra os U\$ 1,1 milhão pago pela McDonald's ao proprietário do imóvel” ²²⁶.

Para saldar as dívidas dos aluguéis, John alega que foi pressionado pela direção da McDonald's a tomar empréstimo em dólares²²⁷. Sua esposa escreveu um artigo, relatando que a dívida do marido já atingia a cifra de cento e cinquenta mil dólares²²⁸.

John também alegava que em virtude da invasão de território promovida pela franqueadora, a margem de vendas sofria uma queda²²⁹. Sem condições de arcar com os

²¹⁸ RODRIGUES, José dos Reis G. *O Empreendedor e o franchising: do mito à realidade*. São Paulo: Érica, 1998, p. 60.

²¹⁹ Ibidem, p. 63.

²²⁰ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. xx-xxiv.

²²¹ Ibidem, p. xx-xxiv.

²²² Ibidem, p. xx-xxiv.

²²³ Ibidem, p. xx-xxiv.

²²⁴ Ibidem, p. xx-xxiv.

²²⁵ Ibidem, p. xx-xxiv.

²²⁶ Ibidem, p. xx-xxiv.

²²⁷ Ibidem, p. xx-xxiv.

²²⁸ Ibidem, p. xx-xxiv.

²²⁹ Ibidem, p. xx-xxiv.

aluguéis e com a diminuição de sua margem de lucro, John analisava a possibilidade de pagar a seus funcionários a metade do que era pago em lojas próprias da McDonald's, o que impossibilitava manter uma equipe no padrão da marca²³⁰.

Em resposta à carta de John, o presidente mundial da McDonald's respondeu da seguinte forma; “queremos operadores de restaurantes, não investidores”²³¹. Dizia que “o acordo de sublocação é voluntário e acertado em linha com o franqueado; que se este não estiver satisfeito, que procure outro negócio”²³².

²³⁰ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. xx-xxiv.

²³¹ *Ibidem*, p. xx-xxiv.

²³² *Ibidem*, p. xx-xxiv.

4 FUNÇÃO SOCIAL APLICADA AOS CONTRATOS DE FRANQUIA

Após a análise de várias arbitrariedades cometidas pelo franqueador frente ao franqueado como, cláusulas abusivas, omissões contratuais, cláusulas penais desproporcionais, sistema mandatário de compra de produtos, alterações unilaterais na execução contratual, vê-se que o estrito cumprimento do contrato de franquia reduz o franqueado a um estado de vulnerabilidade e fragilidade econômica. Além dos prejuízos gerados ao franqueado, quem também sofre com a crise econômica deste, é a própria sociedade, pois uma vez falindo uma empresa franqueada, haverá desemprego, queda no consumo e desequilíbrio na economia brasileira.

Para Luiz Guerra, o franqueador ao abusar do seu poder econômico impondo arbitrariedades como; o sistema mandatário de compra e venda e outros, levam o franqueado à falência²³³. Tal fato gera reflexos negativos a toda a sociedade já que uma empresa a menos no mercado potencializa o desemprego e reduz a arrecadação de impostos ²³⁴. Assim, a paralização de uma atividade empresarial significa “[...] prejuízo econômico e social para todos os agentes econômicos envolvidos direta ou indiretamente com o sistema de franquia [fazenda pública, trabalhadores, fornecedores (...)]” ²³⁵.

O desequilíbrio na relação entre franqueador e franqueado, decorrente das práticas desleais daquele, acarreta um prejuízo para toda a sociedade, ferindo assim o interesse público. Conforme visto no primeiro capítulo, os contratos em geral devem atender não só aos interesses privados das partes, mas principalmente ao interesse público, e não deve, pois ser diferente quando se trata dos contratos de franquia. Por isso, é imprescindível que o contrato de franquia seja executado conforme o princípio da função social com o intuito de impedir o comportamento arbitrário do franqueador e adequá-lo aos interesses sociais.

Não há sentido em estimular a associação de várias empresas brasileiras à rede de franquia, se essa relação às levarem à falência em poucos anos em decorrência dos prejuízos impostos pelo franqueador. Uma multinacional ou empresa estrangeira, não pode se utilizar da franquia para simplesmente explorar as forças econômicas de um país, enriquecer-se à custa dele e depois leva-lo à crise econômica. Isso fere o interesse público. Portanto, este capítulo visa defender a tese de que os contratos de franquia devem ser executados e interpretados conforme a sua função social.

²³³ SILVA, Luiz Antônio Guerra Da. Franquia empresarial - sistema mandatário de compra de produtos – exigência ilegal do franqueador. *UNIVERSITAS/JUS*, Brasília, n. 4, p. 73, jul./dez. 1999.

²³⁴ *Ibidem*, p. 73.

²³⁵ *Ibidem*, p. 73.

4.1 ANÁLISE JUDICIAL DOS CONTRATOS DE FRANQUIA

A questão sobre o modo de interpretação dos contratos de franquia surge principalmente quando o franqueado vai a juízo questionar atitudes do franqueador, tentar revisar algumas cláusulas contratuais ou mesmo resolver o contrato. Porém, muitos juízes ao se depararem com uma revisão do contrato de franquia, podem resolver aplicar indiscriminadamente o princípio do *pacta sunt servanda* e agravar ainda mais a situação do franqueado, obrigando-o a permanecer numa relação injusta e desproporcional sob o fundamento de que o contrato faz lei entre as partes.

Aliás, essa interpretação conforme o *pacta sunt servanda* parece ser a mais confortável para os julgadores, pois a lei 8.955²³⁶ que trata sobre a franquia, é omissa quanto às hipóteses de revisão contratual, ilicitudes e *modus interpretativo*. Porém, o caminho mais fácil de um julgador interpretar o contrato de franquia pode não gerar precedentes justos e não contribuir para o equilíbrio econômico dos litigantes.

Nesse sentido explica Saavedra que é durante o litígio em juízo que se evidencia a vulnerabilidade do franqueado²³⁷. Tal estado de vulnerabilidade permaneceria latente durante a relação contratual vindo a aflorar-se no momento em que o franqueado não consegue arcar com o ônus de uma cláusula abusiva²³⁸. Assim, o autor explica que durante o litígio levado a juízo, deve o franqueado argüir sua defesa com base no recurso da analogia, uma vez que a lei de franquia é omissa quanto os direitos de revisão contratual em prol da parte mais fraca²³⁹.

Tal recurso analógico está previsto no art. 4º da lei de introdução do Código Civil e é com base neste que o franqueado deve invocar sua defesa²⁴⁰. O aplicador da lei, diante de um caso concreto de evidente abusividade do franqueador ante o franqueado, deve valer-se desse dispositivo para resolver a lide.

Se a lei de franquias é omissa quanto às controvérsias econômicas e sociais surgidas na relação entre franqueador e franqueado, o juiz deve aplicar o princípio geral de direito da função social por meio da analogia, frente ao confortável princípio do *pacta sunt servanda*.

²³⁶ BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 16 dez. 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

²³⁷ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 85.

²³⁸ *Ibidem*, p. 85.

²³⁹ *Ibidem*, p. 85.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 85.

Assim, as lacunas existentes na lei de franquias devem ser preenchidas com base na harmonia do sistema jurídico.

É a analogia, pois, que consegue integrar uma norma especial e omissa ao ordenamento jurídico como um todo coerente e harmônico. É a partir da analogia jurídica ou analogia iuris, que se extrai de um princípio geral do direito a lógica sistemática para preencher a lacuna de uma norma. De acordo com Bobbio, “a analogia iuris é o procedimento através do qual se tira uma nova regra para um caso imprevisto (...) de todo o sistema ou de uma parte dele”²⁴¹.

Os princípios gerais do Direito são parte do sistema jurídico, e traduzem muitas vezes a sua razão axiológica. Devem ser vistos como verdadeiras normas, uma vez que são tão impositivas quanto às regras especiais ou gerais. Ofender um princípio geral de direito é ofender a razão, a lógica e a sistemática do próprio ordenamento jurídico. “Os princípios expressos, seja na Constituição, seja nos códigos, valem como normas, e aí não há que se falar em lacunas”²⁴². O princípio geral da função social dos contratos é pois o princípio que melhor integra a lei de *franchising* aos valores sociais preponderantes no ordenamento jurídico brasileiro, abrangendo a Constituição Federal e o Código Civil.

Diante da notória crise do judiciário, em que há cada vez mais processos a serem julgados em um curto espaço de tempo, pode parecer mais cômodo aos magistrados aplicar o princípio do *pacta sunt servanda* aos conflitos surgidos na relação de franquias. Porém, conforme já exposto, o contrato de franquias é um contrato de adesão, onde o franqueador faz uso de cláusulas abusivas, cláusulas surpresas e omissões contratuais propositais a fim de minar a defesa do franqueado. Aplicar o *pacta sunt servanda* a estes casos não resolve em nada o problema social gerado pela rede de franquias.

O *pacta sunt servanda* apenas retifica o que fora imposto unilateralmente e adesivamente pelo contrato de franquias. Assim, quando o magistrado encerra um processo com resolução de mérito obrigando o franqueado a cumprir o que assinou, fato é que haverá um processo a menos no sistema judiciário, mas, indiscutivelmente, haverá um empresário a mais falido na sociedade.

Conforme o brocardo “*Da mihi factum, dabo tibi jus*”, o juiz deve interpretar os contratos conforme o caso in concreto que lhe é apresentado. Se o franqueador abusa no exercício de seu direito, mesmo que o franqueado tenha formalizado o contrato e concordado

²⁴¹ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 116.

²⁴² *Ibidem*, p. 116.

com as cláusulas adesivamente impostas, o interesse público sobressai ao mero interesse do franqueador em manter o franqueado atrelado ao pactuado. Os contratos não existem só para os contratantes, mas geram efeitos para a sociedade como um todo e o julgador não pode se abster dessa realidade.

Além disso, o próprio Código Civil no artigo 187 orienta o aplicador do direito a reconhecer naqueles atos que excedem o seu fim social, o carácter de ilicitude e a puni-los, reparando o dano gerado. Ora, se o franqueador se utiliza do contrato adesivo de franquia para reduzir o franqueado a um estado de extrema vulnerabilidade econômica, levando-o muitas vezes à falência, claro é que não foi cumprido um fim social.

Assim dispõe o artigo 187 do Código Civil, “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”²⁴³. Portanto, não pode o aplicador de direito fechar os olhos para casos inequívocos de ilicitude no contrato de franquia, deixando de conferir ao mesmo, soluções que lhe façam cumprir uma função social, sob o velho e defasado argumento jurídico da obrigatoriedade contratual. O julgador tem pois a liberdade para, reconhecendo situações abusivas em um contrato, revisá-lo de forma a torná-lo mais útil para as partes e para a sociedade que dele se beneficia.

Na visão de Saavedra, o caput do artigo 2.035 do novo código civil possibilita ao julgador liberdade para revisar os contratos de trato sucessivo como é o caso da franquia²⁴⁴. Assim, “[...] Os contratos de trato sucessivo, em andamento quando da entrada em vigor da nova lei civil, deverão se submeter, quanto aos seus efeitos, à observância de sua função social. (art. 2035, caput)”²⁴⁵.

Para o autor, os efeitos já produzidos pelos contratos de franquia firmados antes do Código Civil de 2002 fazem coisa julgada²⁴⁶. Quanto aos efeitos produzidos durante a vigência do novo código, os mesmos poderiam ser revistos se contrariarem o princípio da função social dos contratos²⁴⁷.

Rodrigues e Molina também defendem a aplicação da função social ao contrato de franquia como forma de conciliar as vontades das partes para um objetivo maior; o sucesso

²⁴³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 junho 2013.

²⁴⁴ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 141.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 141.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 141.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 141.

empresarial²⁴⁸. Para eles, no contrato de franquia há uma troca de interesses, onde o franqueado segue as recomendações do franqueador com vistas à valorização da marca franqueada e expansão empresarial²⁴⁹. Já o franqueador atua fornecendo todo o *know-how*, auxílio, serviços e produtos necessários ao êxito do franqueado²⁵⁰.

Nessa troca de interesses, o franqueado não pode agir fora dos padrões estabelecidos, pois acarretaria na desvalorização da marca²⁵¹. Por outro lado, o franqueador não pode ser negligente na prestação do auxílio necessário ao franqueado, pois a não cooperação fere o interesse comum do sucesso empresarial de ambos²⁵². A função social estaria configurada, pois nos resultados exitosos de ambos os empresários que proporcionam um aumento na riqueza da sociedade como um todo²⁵³.

“[...] Em suma, a função econômica e social [...] reside na conciliação de duas vontades distintas [...] que se somam para a consecução de um objetivo comum que é o sucesso do estabelecimento empresarial de ambas as partes”²⁵⁴.

Ademais, um estabelecimento empresarial de sucesso gera reflexos que extrapolam o âmbito econômico das duas partes contratantes. Os empregos gerados, os impostos pagos e o consumo dos serviços ou produtos franqueados, aquecem toda a economia, de forma a materializar e realizar a verdadeira função social do contrato.

Em outros países, já há uma preocupação maior em torno de atribuir aos contratos de franquia uma interpretação justa e que reestabeleça o equilíbrio entre as partes. Nos Estados Unidos, há uma maior delimitação e aperfeiçoamento na legislação de forma a abranger a realidade dos abusos cometidos pelos franqueadores²⁵⁵. Assim, a relação de franquia tende a evoluir para uma forma mais harmônica, onde os franqueados possam aumentar seu poder de influência na gestão de um negócio comum²⁵⁶.

Dessa forma, é preciso que os aplicadores do direito, ao se depararem com um caso concreto de abuso econômico por parte do franqueador, interpretem o contrato de franquia de

²⁴⁸ LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. O Franchising como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia. *Revista Eletrônica de Direito/Unesp*, Franca, n.1, p.12, 2010. [online]. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>>. Acesso em: 2 ago. 2013.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 12.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 12.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 12.

²⁵² *Ibidem*, p. 12.

²⁵³ *Ibidem*, p. 12.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 12.

²⁵⁵ SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 85.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 85.

forma justa e igualitária, para ambas as partes e para a coletividade, que está afeta aos efeitos do mesmo.

Alguns julgados já demonstram a necessidade de resolução ou revisão do contrato de franquia tendo em vista a demonstração fática de atitudes abusivas que desviam o contrato do seu fim social. Nesse sentido são as decisões abaixo transcritas:

Assim, há de ser declarada a rescisão do contrato e a inexistência de débito da apelante/franqueada para com a franqueadora, porque atribui-se à Franqueadora a culpa pela rescisão do contrato, ante o descumprimento da obrigação de prestar assistência técnica e administrativa àquela, o que culminou na inviabilização do negócio. Com tais razões, dá-se provimento à apelação e modifica-se a sentença hostilizada, para julgar procedentes os pedidos formulados na exordial, declarando a rescisão do contrato de franquia, a inexistência de débito e condenando a ré/apelada ao pagamento de indenização, a título de danos morais, conforme acima. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. APC 2.0000.00.350445-0/000. Relator: Dês. (a) Geraldo Augusto. Belo Horizonte, 28 fev 2002)²⁵⁷.

A Franquia exige para que se desenvolva o negócio a contento a estrutura básica necessária. Provada a inexistência dessa estrutura, é a franqueadora responsável pelos prejuízos decorrentes. Recurso improvido. Sentença mantida, por seus fundamentos. (Apelação Cível Nº 596040527, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alcibíades Perrone de Oliveira, Julgado em 24/09/1996)²⁵⁸.

Não se trata tão somente da anulabilidade amparada na ausência da entrega da circular ou mesmo na má assistência fornecida pelo responsável pela empresa franqueadora – Felindo de França Filho-,o que consubstancia apenas o pedido de perdas e danos, mas, antes, de vício de consentimento. Ante o exposto, à unanimidade, dá-se parcial provimento ao recurso de apelação interposto pela parte autora. (Apelação Cível Nº 2008.064574-3,

²⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível. CONTRATO DE FRANQUIA - FRANQUEADOR NOTIFICADO DE DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA - INÉRCIA - POSSIBILIDADE DA RESILIÇÃO UNILATERAL PELO FRANCHISING POR DECORRÊNCIA LEGAL. APC 2.0000.00.350445-0/000. Sétima Câmara Cível. Apelante: Renata Cabral Campanário. Apelado: Hinomaru Importadora Comercial Ltda. Relator(a): Des. (a) Geraldo Augusto. Belo Horizonte, 28 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=11&totalLinhas=12&paginaNumero=11&linhasPorPagina=1&palavras=franchising&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%20ncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível. “FRANCHISING”. FRANQUIA NÃO FORMATADA. FALTA DE ESTRUTURA PARA MANUTENÇÃO DOS NEGOCIOS. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA FRANQUEADORA PELOS PREJUÍZOS DISSO ADVINDOS AOS FRANQUEADOS. APC 596040527. Sexta Câmara Cível. Apelante: Ademir Ferrari. Apelado: Nutrimax Alimentos do Brasil Ltda. Relator(a): Des. (a) Jorge Alcibíades Perrone de Oliveira. Porto Alegre, 21 de março de 1996. disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=franchising&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=&ini=40>. Acesso em: 8 ago. 2013.

Segunda Câmara De Direito Civil, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Relator: Gilberto Gomes de Oliveira, Julgado em 30/06/2011)²⁵⁹.

O desequilíbrio entre os contratantes gera um desequilíbrio em cascata para grande parcela de uma sociedade e é por isso que manter um contrato abusivo e oneroso para uma das partes, fere toda a razão normativa brasileira, que tanto preza pela justiça social.

Assim, a função social do direito é norma, tão geral e impositiva como qualquer outra, e que exprime os novos valores e a nova razão socializante e pluralista do ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 ANÁLISE LEGISLATIVA DOS CONTRATOS DE FRANQUIA

A arte de enxergar nos contratos de franquia a sua função social e lutar para que essa função se materialize durante a execução contratual, é um trabalho que vai além do âmbito judiciário. O Poder legislativo, como contra freio e moderador do poder judiciário, desempenha também o papel de realizar uma justiça distributiva e igualitária na sociedade.

Ao ver que um setor da sociedade constituído por investidores e empreendedores no sistema de franquias está sendo aniquilado financeiramente por seus franqueadores, causando efeitos negativos na economia do país, o poder legislativo deve empreender esforços para assegurar os direitos desse setor.

Conforme ilustra Saavedra,

Nada mais seguro e natural do que o amparo de lei específica. Seguro porque ao abrigo das interpretações contraditórias dos códigos e leis mencionadas; natural, porque uma tendência destes tempos pós – modernos, de incluir em lei os contratos de interesse social – aqueles que possam sujeitar partes vulneráveis à vontade de um contratante mais forte²⁶⁰.

Assim, além do importante papel do judiciário em interpretar os contratos de franquia conforme a sua função social, revisando cláusulas e disposições contratuais abusivas de forma

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível. FRANCHISING. ANULABILIDADE. PERDAS E DANOS. AUSENCIA DE ENTREGA DA CIRCULAR A QUE ALUDE O ART. 3º DA LEI Nº 8.955/94, ASSISTENCIA DEFICITARIA E VICIO DE CONSENTIMENTO. PACTO REGISTRADO EM FAVOR DE TERCEIRO. APC 2008.064574-3. Segunda Câmara de Direito Civil. Apelante: Fernando Bittencourt Espíndola e outro. Apelado: Clínica Método Kiberon. Relator(a): Des. (a) Gilberto Gomes de Oliveira. Florianópolis, 30 de junho de 2011. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20080645743>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

²⁶⁰ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 186.

a modificar a execução do contrato e adaptá-lo a uma situação de igualdade entre as partes, deve o legislativo lutar contra a insuficiência da lei de franquias.

Nesse sentido é o pronunciamento dos senadores Lindberg Cury, Roberto Requião e Osmar Dias, que desde 2001 lutam por uma mudança na lei nº 8.955²⁶¹, que dispõe sobre o contrato de franquias.

Em 25 de outubro de 2001, o Senador Lindberg Cury fez um pronunciamento acerca das denúncias que havia recebido de franqueados das empresas Ford e McDonald's. Alertou sobre a concorrência desleal praticada pela McDonald's, enfatizando que a franqueadora “[...] se vale de uma política covarde de abrir lojas próprias nas mesmas localidades onde os franqueados já atuam, para concorrer com eles em desvantagem, até forçá-los à falência”²⁶². Denuncia também na ocasião, que a McDonald's afronta o art. 21 da lei de inquilinato nº 8.245 de 1991²⁶³, que claramente proíbe que o aluguel de uma sublocação exceda o de locação.

O Senador Roberto Requião naquela ocasião propôs à Mesa do Senado que enviasse os casos de abusos cometidos pelos franqueadores ao CADE²⁶⁴. Afirmou o senador que a legislação francesa estaria muita à frente da brasileira em termos de defesa dos franqueados e que pretendia apresentar um projeto de lei a exemplo daquela²⁶⁵.

Enfatizando o fim social que envolve o sistema de franquias, Osmar Dias afirmou o seguinte “[...] há um aspecto social importantíssimo envolvido: os milhares de trabalhadores envolvidos nessas franquias, que dependem do sucesso do franqueado”²⁶⁶. Percebe-se nessa afirmação, a preocupação do legislativo em atribuir função social aos contratos de franquias.

No mesmo debate, a senadora Emilia Fernandes também levanta a questão social envolvida na rede de franquias e se pronuncia em relação ao Senador Lindberg reiterando a prática das multinacionais que sugam o mercado brasileiro, mas que não contribuem para o crescimento do país²⁶⁷:

²⁶¹ BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquias empresariais (franchising) e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 16 dez. 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

²⁶² SENADO FEDERAL. *Portal Atividade Legislativa*. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=319174>>. Acesso em: 4 jul. 2013.

²⁶³ BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 19 out. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm>. Acesso em: 03 maio 2013.

²⁶⁴ SENADO FEDERAL. *Portal Atividade Legislativa*. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=319174>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

²⁶⁵ *Ibidem*

²⁶⁶ *Ibidem*

²⁶⁷ *Ibidem*

Há poucos dias, V. Ex^a trouxe uma discussão a respeito dos fortes reflexos causados pelo fechamento de algumas concessionárias, tais como o desemprego e o desequilíbrio social em todo o país. Registrou a falta de compromisso e seriedade de uma grande multinacional que deveria vir aqui não apenas para se valer do consumidor, mas principalmente para contribuir com o desenvolvimento do País, que precisa de geração de renda e de emprego²⁶⁸.

Por fim, o senador Lindberg faz um apelo “[...] preciso de apoio do Congresso não para acabar com o processo da globalização e com as franquias, mas sim para, em nome da unidade nacional, apoiar essas empresas brasileiras que merecem trabalhar no nosso País”²⁶⁹. E afirma que diante do poderio econômico das grandes franqueadoras multinacionais, a batalha dos franqueados contra aquelas se torna o que ele chama de “uma luta entre Davi e Golias”²⁷⁰.

Diante desses questionamentos e pronunciamentos iniciados pelo senador Lindberg e outros, foi apresentado pelo senador Carlos Bezerra do PMDB, em 18 de novembro de 2008, o projeto de Lei 4319, que altera a lei nº 8.955²⁷¹ de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*) e dá outras providências²⁷². Após tramitar pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, Coordenação de comissões permanentes e Mesa Diretora da Câmara dos deputados, o projeto agora tramita na Comissão de Constituição e Justiça, tendo sido devolvido ao Relator, o Deputado Paulo Maluf, desde o dia 16 de julho de 2013²⁷³.

Portanto, o legislativo já tem medido esforços para alterar a lei que dispõe sobre franquias e assim oferecer ao poder judiciário um aparato legal mais satisfatório, que apresente soluções para os inúmeros casos de abusividades cometidas contra os franqueados.

Enquanto uma nova lei não é aprovada, é preciso que o poder judiciário lance novos olhares aos contratos de franquia, viabilizando mudanças e revisões em suas cláusulas adesivas e proporcionando uma execução justa e equilibrada desses contratos, de forma que cumpram uma função social.

²⁶⁸ SENADO FEDERAL. *Portal Atividade Legislativa*. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=319174>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

²⁶⁹ *Ibidem*

²⁷⁰ *Ibidem*

²⁷¹ BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*) e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 16 dez. 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 ago. 2013.

²⁷² SENADO FEDERAL. *Portal Atividade Legislativa*. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=416157>>. Acesso em: 18 set. 2013.

²⁷³ *Ibidem*

CONCLUSÃO

Os contratos de franquia são contratos de rápida adesão e expansão na vida comercial pós moderna, e estão inseridos em um contexto social e político onde predomina o interesse público sob o interesse privado. O Estado liberal do século XIX cedeu espaço ao Estado do bem estar social, onde a economia é regulada de forma a priorizar o interesse da coletividade e a igualdade material entre as partes.

Dessa forma, o contrato de franquia é limitado por valores sociais que permeiam o novo contexto mundial e principalmente o ordenamento jurídico brasileiro. A validade desses contratos está condicionada ao princípio da função social, elencado no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal²⁷⁴ e art. 421 do Código Civil de 2002²⁷⁵, donde se extraem respectivamente as seguintes normas: “a propriedade atenderá à sua função social” e “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

De fato, os contratos de franquia não se perfazem apenas com o atendimento aos elementos de validade elencados no art. 104 do CC. É necessário que esses contratos sejam executados de forma a cumprir uma função social, pois, este princípio é mais que norma, é supra norma, uma vez que reflete toda a razão axiológica sedimentada no ordenamento jurídico brasileiro.

Adentrando à importância e ao funcionamento dos contratos de franquia, vislumbra-se doutrinariamente a denúncia de cláusulas e condições contratuais abusivas, que vão em desconformidade às normas sociais materializadas no ordenamento nacional. Um contrato onde, conforme já exposto, impõe à outra parte (franqueado) arcar com elevadas taxas de aluguéis e *royalties*, lidar com um ponto comercial disputado por outras unidades da franqueadora e realizar empréstimos vinculados a determinados bancos, por exemplo, descumpra inequivocadamente um papel social.

Ora, tais condutas evidenciam uma ausência de solidariedade e boa-fé por parte do franqueador, que subjuga o franqueado, retirando-lhe o valor da livre iniciativa e induzindo-o a uma iminente falência que mitiga a sua dignidade humana. Assim, conforme visto e concluído no primeiro capítulo deste trabalho:

²⁷⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2005.

²⁷⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

O contrato deve orientar as diversas relações de forma a atender os princípios básicos de nossa sociedade: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a equidade; a solidariedade e a produção de riquezas. Toda vez que o contrato descumprir com um desses objetivos, tem-se que ele não cumpre a sua função social²⁷⁶.

Portanto, quando um franqueado vai à juízo tentar negociar novas bases contratuais, deve o aplicador do direito estar atento à importância social da execução desses contratos nos dias de hoje, pois, são contratos de ampla expansão e adesão frente ao empresariado nacional, e que aquecem a economia gerando empregos e consumo. Dessa forma, uma revisão judicial dos contratos de franquia, que proporcione uma execução contratual equilibrada entre as partes, oferecendo bons serviços e produtos para a sociedade, deve prevalecer frente ao extremo formalismo avençado adesivamente e inicialmente.

Assim, deve o judiciário revisar ou resolver os contratos de franquia que se mostrem abusivos, de forma que a desequilibrada relação entre franqueador e franqueado seja reparada, proporcionando uma execução contratual que atenda à uma função social. O princípio do *pacta sunt servanda* só deve pois obrigar as partes, que executem um contrato cujo fim social é alcançado, pois do contrário, deve tal fim ser buscado durante um processo de revisão judicial.

²⁷⁶ VIANA ALVES, Ester Beiriz. *O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro.* [online]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING. *Portal do Franchising. As melhores oportunidades de negócios em franquias*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BARIONI, Rodrigo. Franquia: sonho ou pesadelo? *Revista Jurídica Justilex*, Brasília, v. 6, n. 64, abr.2013.

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

BRASIL. *Decreto- Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 13 jul. 2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2005.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 29 maio 2013.

_____. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 16 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, Seção 1, 19 out. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BUSNELLO, Saul José. O princípio da função social do contrato enunciado no artigo 421 do Código Civil brasileiro. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 17, n. 3154, fev. 2012. [on line]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21129>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

COSTA, Judith Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n.1, maio. 2005

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 12, n. 1517, ago. 2007. [online]. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10324>>. Acesso em: 11 maio 2013.

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

GILMAR, José dos Santos. A teoria institucional e a análise das operações de franquia: um olhar diferente das abordagens tradicionais do marketing. *Revista Eletrônica de Administração*. Porto Alegre, v. 5, n. 4, nov./ dez. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 4, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 31 ago. 2012

LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. O Franchising como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia. *Revista Eletrônica de Direito/Unesp*, Franca, n.1, 2010. [on line]. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós modernidade. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, jul./set. 2004. [online]. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/982>>. Acesso em: 28 ago. 2012.

RODRIGUES, José dos Reis G. *O empreendedor e o franchising: do mito à realidade*. São Paulo: Érica, 1998.

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

SENADO FEDERAL. *Portal Atividade Legislativa*. Brasília, 2001. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=319174>>.

SILVA, Luiz Antônio Guerra Da. Franquia empresarial - sistema mandatário de compra de produtos – exigência ilegal do franqueador. *UNIVERSITAS/JUS*, Brasília, n. 4, jul./dez. 1999.

VANCE, Patrícia de Salles; FÁVERO, Luiz Paulo Lopes; LUPPE, Marcos Roberto. Franquia empresarial: um estudo das características do relacionamento entre franqueadores e franqueados no Brasil. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 43, n.1, jan./fev./mar. 2008.

VIANA ALVES, Ester Beiriz. O pacta sunt servanda X A função social dos contratos: uma análise do art. 421 do Código Civil Brasileiro. [online]. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830>. Acesso em: 26 set. 2012.