



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

GUILHERME CHAVES

**FRANQUIA EMPRESARIAL E OS LIMITES TEMPORAIS DA
CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA**

Brasília
2012

GUILHERME CHAVES

**FRANQUIA EMPRESARIAL E OS LIMITES TEMPORAIS DA
CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Empresarial e Contratos.

Orientador: Prof. Henrique Vitali Mendes

Brasília
2012

GUILHERME CHAVES

**FRANQUIA EMPRESARIAL E OS LIMITES TEMPORAIS DA
CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito
Empresarial e Contratos.

Orientador: Prof. Henrique Vitali Mendes

Brasília, 05 de julho de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Prof^a. Ma. Cleíse Nascimento Martins Costa

Dedico este trabalho aos meus pais pelos valiosos ensinamentos, princípios e valores, fundamentais em minha formação.

Aos meus irmãos, Claudio, Eduardo e Suzana.

À Renata pela atenção, carinho e companheirismo dedicados de maneira incondicional.

Ao amigo Luiz Filipe Couto Dutra pela convivência emprestada ao longo de três anos de advocacia cível e empresarial, capaz de propiciar o aperfeiçoamento da presente pesquisa.

À Professora Doutora Neide Malard por ter despertado, ainda nos grupos de estudo da graduação, o interesse e satisfação pela pesquisa acadêmica, em especial, no âmbito do Direito Econômico.

Agradeço ao Professor Mestre Henrique Mendes pela dedicada orientação, essencial à estruturação e desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço, ademais, ao Professor Doutor Gilson Ciarallo pela pautada correção e pontual revisão, de suma importância para o aperfeiçoamento e melhor apresentação do presente texto monográfico.

“Tudo o que se pode fazer é administrar as desigualdades, buscando igualar as oportunidades, sem impor resultados.”

Roberto Campos

RESUMO

A monografia apresentada visa ao estudo do instituto jurídico da franquia empresarial com enfoque na relação contratual estabelecida entre os agentes econômicos envolvidos, em especial, a que permeia a cláusula de não-concorrência, usualmente inserida no contrato de *franchise*, análise esta a ser feita do ponto de vista do franqueador. Para tanto, fundamenta-se a pesquisa à luz da legislação aplicável, doutrina, e jurisprudência, tanto dos tribunais estaduais e superiores, quanto do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no que tange aos limites temporais de sua vigência após o término da relação empresarial. Dessarte, verifica-se que legislação atinente ao tema resguarda o franqueador, de maneira superficial e genérica, no que tange às informações sigilosas disponibilizadas ao franqueado durante a vigência do contrato de franquia. Nessa linha, observa-se, ademais, que a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais administrativos e judiciais atua em sintonia com a legislação, complementando-a, e lhe dando eficácia, na medida em que se admite o cabimento da indigitada cláusula, condicionada à sua limitação temporal, entendendo-se ainda razoável o período de até cinco anos de vigência pós-contratual. Por fim, conclui-se que, no Brasil, a adoção da cláusula de não-concorrência, adotada nesses termos, confere uma tríplice proteção ao franqueador, dando efetividade à disposição contratual, e rechaçando, em última análise, a prática lesiva da concorrência desleal.

Palavras-chave: Franquia Empresarial. Contrato de *Franchise*. Cláusula de Não-Concorrência. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Concorrência Desleal.

ABSTRACT

The present degree requirement term paper aims to the study of the relation established between the main economic agents involved in a franchise agreement, especially in the non-competition clause which is usually inserted in the franchise agreement. This analysis is to be made from the point of view of the franchisor's interest. The research is based on law, doctrine and jurisprudence from judicial courts and the Brazilian Administrative Council for Economic Defense – CADE, consisting in the analysis of the temporal limits and its validity after the termination of the franchise contract. Therefore, the applicable law concerning to secret information revealed to the franchisee during the agreement can confer protection to the franchisor, but not sufficiently. Furthermore, a major part of the doctrine and jurisprudence from both administrative and judicial courts works in synchrony with the legal system, complementing the effects of the non-competition clause as long as the clause is accepted, since it suffers a certain limitation of five years post-termination or nonrenewal of the franchise. In conclusion, it can be said that in Brazil the usage of non-competition clauses delivers a triple protection to the franchisor giving full effect to the franchise agreement and avoiding the practice of unfair competition.

Key words: Franchising. Franchise Contract. Non-competition Clause. Brazilian Administrative Council for Economic Defense. Unfair Competition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 FRANQUIA EMPRESARIAL: CONTEXTO ECONÔMICO	13
1.1 Dados históricos	13
1.2 Dados econômicos	15
1.3 Evolução cronológica	18
1.3.1 <i>Contexto histórico no Brasil</i>	18
1.3.2 <i>A legislação brasileira</i>	19
1.4 Características do contrato de franquia	22
2 INSTITUTO JURÍDICO DA FRANQUIA EMPRESARIAL	26
2.1 Natureza jurídica	26
2.2 Tipos de franquia	28
2.2.1 <i>Quanto à forma de gestão empresarial</i>	29
2.2.1.1 Franquia de marca ou de produto	29
2.2.1.2 Franquia de negócio formatado	30
2.2.2 <i>Quanto ao âmbito do contrato</i>	32
2.2.2.1 Franquiado-mestre (master franchising)	32
2.2.2.2 Franquia de canto	33
2.3 Motivação econômica dos agentes	34
2.4 Contratos assessórios	35
2.4.1 <i>Cessão do uso de marca e patente</i>	36
2.4.2 <i>Assistência técnica</i>	39
2.4.3 <i>Transferência de know-how</i>	41
2.4.4 <i>Contrato de representação</i>	43
2.5 Aproximação da matéria	45
3 EXEGESE DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA	48
3.1 Cláusula de não-concorrência	48
3.1.1 <i>Da importância econômica da concorrência</i>	48
3.1.1 <i>Da limitação contratual da concorrência</i>	51
3.1.3 <i>Dos limites de vigência da cláusula de não-concorrência</i>	55
3.2 Entendimento dos tribunais	57
3.2.1 <i>Fundamento legal e constitucional</i>	58
3.2.2 <i>Fundamento contratual</i>	61

3.2.3 <i>Concorrência desleal</i>	65
3.3 Entendimento do CADE	66
3.4 Tribunais X CADE	71
.	
.	
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

Na economia moderna, o fomento da atividade empresarial está intimamente ligado à busca por novos mercados, almejando-se o aumento da distribuição de produtos e serviços.

Nessa linha, a concepção moderna da distribuição não está restrita à mera soma de atos materiais de intermediação da produção à clientela. Pelo contrário, consubstancia-se, atualmente, como organização desses atos de maneira determinante à adequação da produção ao mercado.

Destarte, ganha evidência o instituto jurídico da franquia empresarial, também denominado *franchising*, como ferramenta utilizada por sociedades empresárias para expandir sua atuação por meio de novos estabelecimentos comerciais.

Nesse diapasão, se torna viável economicamente a ampliação vertiginosa dos canais de distribuição de produtos e serviços, aumento de visibilidade da marca e expansão de clientela, permitindo, ainda, o crescimento econômico da sociedade empresária denominada franqueadora.

Ademais, o estudo sobre a franquia empresarial tem se mostrado de grande relevância, em razão de seu papel essencial no desenvolvimento do mercado de venda de produtos e prestação de serviços, sendo, portanto, de fundamental importância sua compreensão pelos agentes econômicos que atuam naquele mercado.

Socialmente, a análise aprofundada do tema pode propiciar o aperfeiçoamento do nosso sistema jurídico, na medida em que a doutrina a respeito ainda é muito escassa e controvertida. Ademais, tendo em vista que a franquia empresarial é inerente ao desenvolvimento econômico do país, o estudo e reflexão das relações jurídicas que a integram vem ganhando cada vez mais projeção e importância.

Por outro lado, do ponto de vista acadêmico, assevera-se que o instituto jurídico da franquia empresarial e suas relações contratuais são abordados de maneira deveras superficial na disciplina de Direito Empresarial dos Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, mas, nem por isso, deixam de despertar curiosidade sobre o tema e motivação por seu estudo.

Nesse contexto, o presente trabalho monográfico objetiva uma análise do instituto da franquia empresarial voltado para os interesses das sociedades franqueadoras, à luz dos valores e princípios insertos na cláusula de não concorrência, que busca não apenas proteger o negócio empresarial objeto da franquia empreendida, mas também coibir a prática lesiva da concorrência desleal.

Nesse ponto, observa-se a ausência de normativo legal específico e coercitivo, que vise afastar a concorrência desleal por parte do franqueado, após o término do contrato de franquia empresarial, principalmente no que tange à cláusula de não concorrência.

Quanto ao problema que se pretende investigar, o estudo do tema será feito à luz do direito contratual e econômico, em específico da, originariamente, consuetudinária previsão da cláusula de não concorrência nos contratos de franquia

empresarial, no sentido de se verificar os limites da vedação temporal atribuída ao franqueado, sem, contudo, configurar abusividade por parte do franqueador.

A vertente pesquisa pretende, pois, investigar os posicionamentos jurisprudenciais aptos a afastar a indigitada prática lesiva ao mercado, bem como, identificar as possíveis soluções e limites no arbitramento de cláusula não-concorrência no contrato, o que, em última análise, pode aperfeiçoar a circulação de riquezas e contribuir para o desenvolvimento econômico nacional.

Para tanto, o trabalho foi estruturado em três capítulos. O primeiro trata dos dados históricos e econômicos inerentes à expansão do sistema de franquia empresarial, abordando-se o instituto a partir de uma evolução cronológica, com esteio em seu desenvolvimento histórico no Brasil, bem como na evolução da legislação atinente ao tema. Ao final do capítulo introdutório, apresentam-se as principais características do instrumento contratual que rege a relação de franquia.

No segundo capítulo, é analisado, à saciedade, o instituto jurídico da franquia empresarial, no que tange à sua natureza jurídica, aos tipos de sua constituição e operacionalização.

É abordada também, a motivação econômica dos agentes envolvidos e, especificamente, os contratos assessórios que emprestam elementos e disposições à formação da complexa relação contratual estabelecida entre franqueador e franqueado.

O terceiro capítulo trata, pontualmente, dos aspectos mais relevantes da cláusula de não-concorrência, bem como do entendimento proferido

pelos Tribunais Judiciais e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Por fim, a análise do tema será feita à luz do cotejo jurisprudencial entre os Tribunais e o CADE, no sentido de se verificar a legitimidade e cabimento da cláusula de não-concorrência, em especial, identificando e estimando seus limites temporais de vigência após a extinção do contrato de franquia.

1 FRANQUIA EMPRESARIAL: CONTEXTO ECONÔMICO

Inicialmente, destaca-se para a melhor compreensão do contrato empresarial que se pretende analisar, bem como as relações jurídicas entre seus principais agentes envolvidos, preliminarmente, o contexto histórico-econômico, apresentando-se a evolução do *franchising* até a atualidade.

1.1 Dados históricos

A franquia empresarial, também denominada *franchising*, é um instituto jurídico relativamente recente, em especial no Brasil, cujo desenvolvimento se tornou mais expressivo a partir da década 1970.¹

Dessarte, a franquia empresarial ainda não foi suficientemente explorada no mundo acadêmico, razão pela qual se faz necessário o constante estudo e análise de suas origens, natureza, e relações jurídicas pertinentes, a fim de fomentar e dar substrato à ampla compreensão do instituto pelos operadores do direito.

Nessa linha, atribuí-se como precursor do *franchising* a pioneira experiência da *Singer Sewing Machine Company*², iniciada nos Estados Unidos, em meados do século XIX, a partir do aumento de sua rede de distribuição de produtos, sem investimento de recursos próprios, por meio da cessão de marca, produtos, publicidade e técnica de vendas no varejo.³

¹ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 17.

² Sociedade empresária fabricante de máquinas de costura.

³ LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 23.

Na sequência, pode-se citar o modelo praticado pela *Willcox & Gibbs Sewig Machine Company*, a partir de 1874, e, posteriormente, a *General Motors*, em 1898, também por meio da difusão de uma técnica distributiva de produtos, que poderia ser identificada como primórdio do *franchising* industrial.⁴

Contudo, foi no período posterior à Segunda Guerra Mundial, que o *franchising* passou a se desenvolver de maneira vertiginosa, especialmente nos Estados Unidos, com o surgimento das primeiras redes de *fast food*.⁵

Nesse período pós-guerra, especificamente na década de 1950, aponta-se a origem do sistema de franquia empresarial, de maneira similar ao praticado atualmente, isto é, como nova modalidade mercantil no âmbito da distribuição de bens e serviços, frisando-se a constituição da rede de lanchonetes McDonald's como principal ícone.⁶

As décadas de 1950 e 1960 são, aliás, apontadas por José Cretella Neto, “como o segundo período de ouro do *franchising*, nos EUA, época em que o conceito de rede integrada firmou-se como o grande diferencial em relação a outros sistemas de comercialização de produtos e serviços”.⁷

Observa-se, pois, a gradativa intensidade da aplicação do sistema de franquia nos Estados Unidos, expandindo-se para outros países e continentes.⁸

⁴ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p.17.

⁵ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O Contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 23.

⁶ ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 15.

⁷ CRETELLA NETO, José. *Do Contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p.22.

⁸ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 31.

Nesse diapasão, surge, no Brasil, em meados da década de 1960, ainda de forma rudimentar as primeiras formas de franquia, capitaneadas pela rede de escolas de idiomas *Yazigi*.⁹

Contudo, somente a partir dos anos 1970, que a franquia empresarial passou a ter mais solidez, tornando-se a modalidade de negócios predominante nas sociedades empresárias de pequeno e médio porte. Vale salientar o contexto econômico propício do período, permeado por sucessivas crises, como os choques do petróleo de 1973 e 1979, bem como, a crescente população urbana, carente de serviços como lavanderias, locação de veículos, escolas de idiomas e informática.¹⁰

Dessa feita, esses fatores, em conjunto, motivaram os investidores a aderirem a essa modalidade de comércio tida, à época, como mais estável e de menor risco, frente ao contexto econômico vigente.

1.2 Dados econômicos

Preliminarmente, importa relembrar o contexto de abertura econômica brasileira, ocorrido no início da década de 1990, responsável por gerar um ambiente favorável para que inúmeras franquadoras estrangeiras interessadas em investir no país pudessem se instalar. Ressalte-se ainda, a relativa flexibilização da legislação do período, no que tange à remessa de valores ao exterior. Somados,

⁹ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 24.

¹⁰ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 24.

esses dois fatores se mostraram essenciais à expansão dos contratos de franquia no Brasil.¹¹

Dessarte, os dados econômicos do indigitado período, por si só, evidenciam o crescimento vertiginoso que o sistema de franquia atingiu. Vale dizer, que em 1985, o país possuía 3.236 pontos de venda de franquia, passando para 28.240 unidades em 1996, o que representou um crescimento de aproximadamente 872,68% em apenas onze anos. Posteriormente, de acordo com o censo 2000, realizado pela Associação Brasileira de Franchising – ABF, em 1999 o sistema de franquia, somente no Brasil, faturou mais de US\$ 12 bilhões e gerou cerca de 226 mil empregos.¹²

Seguindo a linha de crescimento promissor, comparativamente, em 2010 o número de redes de franquia em operação cresceu 12,9%, somando 86.365 unidades, as quais, juntas, foram responsáveis, pela geração de 57 mil novos postos de trabalho, de modo que o setor, atualmente, é responsável por mais 777 mil empregos diretos. Implica dizer que, o faturamento do setor de franquia, no Brasil, no ano de 2010, foi de 75.987 bilhões de reais, o que representa um expressivo crescimento de 20,4% em relação ao ano de 2009.¹³

Destaca-se, ainda, que o referido faturamento do setor em 2010 teve como segmentos mais representativos o de Negócios, Serviços e outros Segmentos do ramo de Varejo, cujo faturamento atingiu R\$ 20.960 bilhões, seguido pelo ramo

¹¹ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 24.

¹² ANDRADE, Jorge Pereira. *Contrato de Franquia e Leasing: Lei 8955/94, Resolução n. 2309/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p.39.

¹³ Disponível em <www.portaldofranchise.com.br>. Acesso em: 07FEV2012.

de Alimentação, responsável por R\$ 15.288 bilhões, bem como, pelas franquias relacionadas com Esporte, Saúde e Lazer, que faturaram R\$ 11.842 bilhões.¹⁴

Nesse contexto, relevante mencionar, ainda, que o crescimento do sistema de franquia no Brasil se mostra deveras relevante quando comparado com o próprio crescimento do país, utilizando-se os valores pertinentes ao crescimento do Produto Interno Bruto – PIB, apurado no mesmo período. Vale dizer que, enquanto o PIB calculado no ano de 2010 sofreu um aumento de 7,5%, a expansão das franquias no Brasil representou um crescimento de 20,4% neste mesmo ano de 2010.¹⁵

No que tange à expansão internacional das redes de franquia, seu crescimento se mostra continuamente promissor. Atualmente, existem 68 redes brasileiras atuando no exterior, presentes em 49 países, em todos os continentes, o que representa 4% do total das marcas nacionais.¹⁶

Nessa linha, importante frisar que o perfil do investidor, agente protagonista nesse contexto de crescimento da franquia no país, se alterou ao longo das últimas décadas, passando, gradativamente, de empreendedores mais velhos para mais jovens. Hoje, cerca de 43% dos compradores de franquias têm até 30 anos de idade. Isto evidencia, pois, que a midiática geração Y se tornou mais atuante e empreendedora, o que, em última análise, fomentou o crescimento do setor.¹⁷

¹⁴ Disponível em <www.portaldofranchise.com.br>. Acesso em: 07FEV2012.

¹⁵ Disponível em <www.portaldofranchise.com.br>. Acesso em: 07FEV2012.

¹⁶ Disponível em <www.portaldofranchise.com.br>. Acesso em: 07FEV2012.

¹⁷ Disponível em <www.franquia.com.br> Acesso em 09/02/2012.

1.3 Evolução cronológica

Feitas as considerações acerca da relevância econômica do instituto em tela, passa-se à análise de sua evolução, considerando-se, em especial, a conjuntura histórica brasileira como fator de fomento ao seu desenvolvimento.

1.3.1 *Contexto histórico no Brasil*

Historicamente, o sistema de franquia empresarial se consubstanciou em uma forma evidentemente eficaz de atender ao rápido crescimento dos setores de produção e consumo, por meio da adoção de novos procedimentos de gestão empresarial. Com isso, observou-se a supressão de necessidades fundamentais de pequenas e médias empresas, em específico, os inconvenientes decorrentes da inexistência de um sistema de informações de mercado, capaz de orientar o empreendedor tanto no processo produtivo, quanto na análise de problemas de abastecimento e distribuição de produtos e serviços.¹⁸

No Brasil, alguns fatores fomentaram a consolidação do instituto de maneira sólida e eficaz. Destaca-se, como exemplo, a instituição do Plano Cruzado, em 1986, responsável por restringir, expressivamente, os lucros com aplicações financeiras.¹⁹

A mudança de política adotada neste período, visando especialmente conter a inflação, alterou, pois, o contexto financeiro vigente no país,

¹⁸ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 31.

¹⁹ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 24.

especificamente com a redução da remuneração das aplicações financeiras por meio de juros de 0,5% ao mês.²⁰

Dessa feita, essas alterações levaram os empresários a diversificarem seus empreendimentos, conduzindo-os, de maneira vertiginosa, às franquias, consideradas, assim, opções atraentes de investimento seguro e rentável para pequenos e médios capitais.²¹

Outro fator relevante foi a criação, em 1987, da Associação Brasileira de Franchising, a qual passou a incentivar e amparar a celebração de contratos de franquia, promovendo este instituto no Brasil.²²

Nesse diapasão, a aplicação sólida e definitiva do instituto da franquia empresarial no país se deu, principalmente, pelo contexto econômico vigente no início da década de 1990, aliada à atraente opção de investimento de pequenos e médios empreendedores.

1.3.2 *A legislação brasileira*

Nesse cenário dinâmico, importa ressaltar que o Direito Empresarial progride e se desenvolve, por meio dos usos e costumes da própria prática comercial, principal responsável pelas adaptações e aperfeiçoamentos das técnicas

²⁰ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 32.

²¹ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 32.

²² FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 24.

de mercado necessárias à sua evolução. Assim, a dinâmica mercantil, naturalmente, exigiu a elaboração de normas que regulamentassem as atividades de *franchising*.²³

Dessarte, com a franca expansão do sistema de franquia empresarial no Brasil, adveio o aumento da complexidade das relações jurídicas pertinentes ao instituto, fazendo surgir a necessidade de sua regulamentação de maneira mais específica e mais adequada a uma nova realidade.

Destaca-se que, até o início da década de 1990, as relações de franquia eram reguladas basicamente pelas normas contratuais dispostas no Código Civil de 1916 e no Código Comercial, bem como pelos atos normativos do Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI.²⁴

Posteriormente, os atos normativos do INPI referentes às relações de franquias, os quais tratavam, principalmente, sobre a averbação do contrato de franquia empresarial perante o órgão, foram todos revogados pelo Ato Normativo n. 135/97, que passou a regulamentar a matéria.²⁵

Nesse ínterim, foi publicada, em 1994, a Lei do *Franchising*²⁶, que passou a dispor de forma específica sobre os direitos e obrigações que permeiam a relação franqueado-franqueador.

²³ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 26.

²⁴ O INPI revelava-se como o principal emanador de normas acerca do assunto, ressaltando-se as seguintes: Resolução n. 35/92, Ato Normativo n. 97/89, Ato Normativo 110/93, Ato Normativo 112/93, Ato Normativo 114/93, Ato Normativo 115/93, Ato Normativo 116/93 e Ato Normativo 120/93.

²⁵ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 34.

²⁶ Lei n. 8.955 de 16 de dezembro de 1994.

Merece especial destaque a inovação conceituada no artigo 2º da mencionada lei, qual seja a Circular de Oferta de Franquia, que consiste em um informativo enviado pelo franqueador ao franqueado, detalhando o negócio e fornecendo informações claras e precisas acerca da sociedade empresária que se pretende franquear, de modo a dar mais transparência e permitir uma análise mais consistente e segura por parte do candidato, pretendo franqueado.²⁷

Nesse contexto legiferante, releva salientar a publicação, em 1996, da Lei de Propriedade Industrial²⁸, intimamente relacionada à franquia empresarial²⁹, na medida em que dispõe sobre a cessão do uso de marcas e a transferência de tecnologia, dois objetos do contrato de *franchise*.³⁰

Importa salientar ainda, que as normas contratuais insertas no Código Civil e Comercial permanecem vigentes no que não contrariam as legislações especiais posteriores. Ademais, são de grande serventia na regulamentação dos contratos de *franchise*, a mencionada lei n. 9.279/96³¹, o parecer normativo n. 143/75 da Coordenadoria do Sistema Tributário³²; o ato normativo n. 135/97 do INPI³³; e, principalmente, a indigitada lei n. 8.955/94.³⁴

²⁷ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 35.

²⁸ Lei n. 9.279 de 14 de maio de 1996.

²⁹ Dentre outros aspectos relativos ao contrato de *franchise*, a referida norma legal, em seu art. 211, menciona a hipótese de sua averbação perante o INPI, como meio de tornar o instrumento oponível perante terceiros.

³⁰ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 35.

³¹ Lei de Propriedade Industrial.

³² Estabelece que seja "dedutível como custo ou despesa operacional a remuneração, fixa ou calculada de forma percentual sobre as vendas, paga ou creditada por uma empresa a outra, que lhe supre estoques, e, eventualmente, também lhe provê publicidade, organização e métodos de vendas."

³³ Dispõe sobre a averbação do contrato de franquia perante o INPI.

³⁴ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 36.

1.4 Características do contrato de franquia

Previamente, importa destacar os principais conceitos doutrinários e legais acerca do instituto jurídico em análise, como meio de se compreender de maneira mais adequada sua real amplitude, para em seguida se traçar suas principais características do contrato que formaliza a relação de franquia.³⁵

Destarte, Orlando Gomes³⁶ conceitua franquia empresarial como sendo:

(...) a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de um produto seu com assistência técnica para sua comercialização, recebendo em troca determinada remuneração.

Nessa linha, Fran Martins³⁷ dispõe sobre o contrato de franquia da seguinte maneira, *in verbis*:

contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marca ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligadas por vínculo de subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos.

Ademais, importa transcrever o conceito de *franchising* expresso no artigo 2º da lei n. 8.955/94, a seguir exposto:

Artigo 2º - Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva, de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de

³⁵ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 37.

³⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p.571.

³⁷ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 485.

negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Colacionados os conceitos acima, e considerando-se as principais características do contrato de franquia, pode-se classificá-lo como consensual, misto, bilateral ou sinalagmático, oneroso, comutativo, *intuito personae*, de trato sucessivo ou de execução continuada e de adesão. Contudo, quanto à tipicidade, a doutrina tem posicionamentos não uníssomos,³⁸ de maneira que, parte dos estudiosos consideram-no típico³⁹, ao passo que parcela minoritária o tem por atípico⁴⁰.

Nesse ponto, Fábio Ulhoa Coelho⁴¹ defende que a lei 8.955/94 não conferiu tipicidade ao contrato de franquia, ainda que após sua promulgação o contrato tenha se tornado nominado, tendo em vista que a indigitada lei dispõe sobre normas que não regulamentam propriamente o conteúdo da relação jurídico-contratual, mas apenas impõe o dever de transparência na contratação.

Analogamente, Lina Fernandes⁴² entende que em que pese o advento da lei n. 8.955/94, o contrato de franquia empresarial continuou sendo atípico, na medida em que o referido instrumento normativo aborda, basicamente, a Circular de Oferta de Franquia - COF.

³⁸ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 40.

³⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 42.

⁴⁰ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 61.

⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Considerações sobre a lei de franquia*. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial, 16/15-21, maio/jun./1995, p. 15.

⁴² FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 56.

Por outro lado, Marcelo Cama Fernandes⁴³ entende que apesar de a Lei de Franquias não dispor de maneira detalhada sobre o contrato de *franchise*, evidencia o dever de informações e transparência, por meio da Circular de Oferta de Franquia, elementos importantes na relação franqueado-franqueador. Nesse sentido, defende o autor que apesar de o contrato de franquia não estar amplamente sistematizado na legislação, a lei o define e elenca certas formalidades para sua celebração, demonstrando, pois, sua tipicidade.

Apresentada a dicotomia acima, filiamo-nos ao entendimento do caráter atípico⁴⁴ do contrato de franquia, em que pese a lei 8.955/94 ter lhe atribuído um *nomen iuris* na medida em que não regulamentou, à sociedade, a relação contratual que se estabelece entre os agentes econômicos envolvidos na franquia.

Importa asseverar, ademais, que o contrato de franquia possui clara aproximação com diversos contratos nominados e inominados, dentre eles, a compra e venda especial, licença de marcas, de cooperação entre empresas, mandato mercantil, comissão, concessão de vendas, e distribuição sem, contudo, se identificar, em sua plenitude, com nenhum deles.⁴⁵

⁴³ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 40.

⁴⁴ Salienta-se que a validade dos contratos atípicos foi reconhecida pelo Código Civil de 2002, *ex vi* do art. 425: “É lícito às partes contratantes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.”

⁴⁵ Fran Martins assinala que o contrato de franquia difere-se do contrato de concessão exclusiva, na medida em que neste há um monopólio por parte do concessionário; distingue-se do contrato de fornecimento, porquanto o fornecedor não é obrigado a prestar assistência técnica ou comercial ao comprador; destaca-se do contrato de distribuição, pois este é feito por meio de agentes ou sucursais, dependentes das empresas produtoras e distribuidoras e os agentes ou representantes são meros intermediários na venda. Por fim, ressalta que na franquia, o franqueado é independente e age em nome próprio. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 490.

Considerando, pois essas similitudes com diversos outros contratos empresariais, Luiz Felizardo Barroso⁴⁶ e Adalberto Simão Filho⁴⁷, defendem, enfim, seu caráter misto, porquanto integrado de vários outros contratos típicos.

Isto é, em razão de sua complexidade, a interpretação dos negócios jurídicos envolvidos e dispostos no contrato de franquia deve conduzir à unicidade, tendo em vista a função ou causa econômica da avença, afastando-se, pois, da mera união de contratos.⁴⁸

⁴⁶ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 62.

⁴⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 41.

⁴⁸ FORGIONI, Paula A. *Contratos de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86.

2 INSTITUTO JURÍDICO DA FRANQUIA EMPRESARIAL

Ao se tratar do tema franquia empresarial, mister se faz discorrer sobre sua natureza jurídica, a fim de que se possa melhor compreender o instituto, com vistas à investigação das relações contratuais que o permeiam.

2.1 Natureza jurídica

A natureza jurídica do instituto pode ser determinada por meio da dedução das normas de direito positivo, bem como, em razão da construção dogmática. Apresenta-se, pois, a seguir, os principais conceitos doutrinários, bem como, a definição expressa em lei especial.

Fran Martins⁴⁹ foi um dos primeiros doutrinadores brasileiros a apresentar um conceito de *franchising* designando o instituto como o contrato apto a ligar uma pessoa a uma empresa para que, mediante condições especiais, seja concedido o direito de a pessoa comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que haja vínculo de subordinação.

Nessa linha, Caio Mário da Silva Pereira⁵⁰ define franquia empresarial como sendo uma autorização de nome e marca que uma empresa cede a outra, cumulada com prestação de serviços.

Dessarte, de maneira mais completa, Waldirio Bugarelli⁵¹ afirma o seguinte:

⁴⁹ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 440.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol.III, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 387.

É assim o *franchising* a operação pela qual um comerciante titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento da sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma percentagem calculada sobre o volume dos negócios. Repousa sobre a cláusula de exclusividade garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade.

Feitas essas considerações, releva apresentar o conceito formatado pela *International Franchise Association – IFA*, que conceitua o instituto com fundamento em um formalismo clássico, definindo-o como uma relação contratual complexa, envolvendo transferência de *know-how*, treinamento, uso de marca, e adoção de procedimentos formatados, que compreende obrigações do franqueador e do franqueado para o investimento e a operacionalização do negócio.⁵²

Analogamente, a lei n. 8.955/94 definiu, em seu artigo 2º, o conceito de franquia empresarial⁵³, abaixo transcrito:

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 o direito de uso da 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.

Observa-se da definição legal transcrita, que o contrato de franquia tem como característica a cessão ao franqueado do direito de uso de marca, e a garantia de assistência técnica e comercial permanente por parte do franqueador.

⁵¹ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 521.

⁵² CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 26.

⁵³ Importante frisar que a expressão “sistema” utilizada na definição trazida no referido dispositivo legal, não se aplica de maneira acertada, de modo que sua substituição pelo termo “contrato” tornaria a conceituação mais técnica e correta. A propósito, FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 94.

Em razão desta contínua assistência o contrato de franquia se distingue da utilização pura e simples da marca.⁵⁴

Colacionados os conceitos legais e doutrinários acima, importa ressaltar que a franquia empresarial objetiva, pois, as relações de colaboração econômica entre empresas independentes, em que o franqueador dispõe de técnica, e os franqueados dos meios materiais para operar o negócio, de modo a gerar uma semi-integração de suas atividades.⁵⁵

Em suma, pode-se dizer que o sistema de franquia viabiliza que uma atividade empresarial vitoriosa, com marca notória, possa ser ampliada, praticada e franqueada, por tempo e área geográfica determinados, gerando para o franqueador rendimentos decorrentes de taxa de franquia e porcentagem mensal sobre o faturamento do franqueado.⁵⁶

Verifica-se, portanto, os inúmeros e distintos elementos que permeiam o contrato de franquia, oriundos de tipos contratuais diversos, a fim de conferir-lhe efetividade e autonomia na regulamentação da relação estabelecida entre franqueado e franqueador.

2.2 Tipos de franquia

Considerando-se o processo evolutivo do instituto da franquia empresarial, bem como os elementos mais relevantes da experiência norte-

⁵⁴ SILVA, Luiz Antônio Guerra da; GONÇALVES, Valério Pedrosa. *Contratos mercantis diferenciados*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 16.

⁵⁵ FABRE, Gérard. *Concurrence, distribution, consommation*. Paris: Dalloz, 1983, p. 107 apud CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 32.

⁵⁶ ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 20.

americana, pode-se identificar diferentes tipos e formas de franquia, a depender da realidade concreta do negócio que se empreende.⁵⁷

Dessarte, dentre as classificações existentes⁵⁸ do sistema de franquia, evidenciam-se os seguintes aspectos⁵⁹: quanto à forma de gestão empresarial; quanto ao âmbito do contrato; e, quanto à natureza do franqueamento.

2.2.1 Quanto à forma de gestão empresarial

No tocante à classificação doutrinária referente à forma de gestão do negócio, destacam-se a franquia de marca ou produto, bem como, a franquia de negócio formatado, a seguir apresentadas.

2.2.1.1 Franquia de marca ou de produto

A franquia de marca e de produto destina-se aos contratos cujo objeto principal é a comercialização de produtos ou serviços exclusivamente de uma mesma marca. Nesse tipo de franquia, os produtos são ofertados pelo franqueador ao franqueado, após serem devidamente selecionados, testados e aprovados, para venda ao consumidor final. A relação franqueador-franqueado é mantida pela existência de uma marca consolidada.⁶⁰

Nesse tipo de franquia, o objetivo final é a distribuição dos produtos na rede franqueada, de maneira homogênea. Se faz necessário, portanto, que os

⁵⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 43.

⁵⁸ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 44.

⁵⁹ LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994, p. 26.

⁶⁰ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 59.

franqueados disponibilizem ao mercado consumidor produtos idênticos, de modo a manter a imagem do franqueador.⁶¹

2.2.1.2 Franquia de negócio formatado

A Franquia de Negócio Formatado, também denominada *Business Format Franchising*, pressupõe a implantação integral do negócio de sucesso desenvolvido pelo franqueador transferindo ao franqueado todos os elementos necessários a sua pronta operacionalização.⁶²

Importa destacar que, o *franchising* do formato de negócio costuma ser utilizado, com mais frequência, em negócios instalados no âmbito do varejo⁶³, e decorre da própria evolução do sistema de franquia, na medida em que evidencia uma relação estreita e completa entre franqueador e franqueado cumpridores de uma série de regras impostas pela formatação do pacote de *franchise*.⁶⁴

Nessa linha, o modelo-negócio desenvolvido e formatado pelo franqueador se sustenta com base em uma marca consolidada, na existência de *know-how* por parte do franqueador, nos métodos de colaboração na relação contratual, e nos sistemas de difusão aos franqueados do conhecimento intra-rede.⁶⁵

Vale dizer, o franqueador cede aos franqueados, não somente a marca e o direito de comercialização dos produtos ou serviços, mas franqueia, por

⁶¹ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 98.

⁶² BERNARD, Daniel Alberto. *Franchising: avalie este investimento*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 29.

⁶³ CHERTO, Marcelo. *O franchising e o contrato*. *Revista do Advogado* n. 30, 1989. p. 08.

⁶⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 43.

⁶⁵ DAHAB, Sônia. *Entendendo franchising*. São Paulo: Casa da Qualidade, 1997, p. 17.

demais, os elementos inerentes e fundamentais à estruturação e condução da unidade a ser estabelecida.⁶⁶

Ademais, a formatação da rede visa sua homogeneização, uniformizando o negócio de modo a limitar a área de atuação do franqueado. Dessa forma, observa-se para o franqueador um maior controle sobre a rede de franqueados, evitando-se inovações mal sucedidas e atos prejudiciais à reputação da marca. Por outro lado, esta forma de franquia desonera o franqueado do domínio pleno do negócio para sua operacionalização, não necessitando, em regra, ter experiência no ramo de atividade desenvolvido, na medida em que seguirá as determinações pontuais do franqueador.⁶⁷

Diante do exposto, em síntese, verifica-se que o denominado *business format franchising* é uma modalidade de franquia múltipla, na medida em que franqueador cede ao franqueado técnicas comerciais, industriais ou métodos de serviços, expostos em manuais operacionais, a marca e o logotipo, o *know-how*, assessoria técnica e de treinamento contínuo, além de prestar serviços de supervisão nas operações de comercialização e de administração geral do franqueado, permitindo, pois sua operacionalização imediata sem dependência da expertise do franqueado na gestão do negócio.⁶⁸

⁶⁶ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 101.

⁶⁷ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza jurídica do contrato de franchising*. *Ajuris*. N. 46. Porto Alegre, 1989, p. 163.

⁶⁸ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 102.

2.2.2 Quanto ao âmbito do contrato

Outra relevante classificação existente do sistema de franquia diz respeito à amplitude do contrato, em especial no tocante à sua aplicabilidade geográfica e espacial, conforme delineada nos itens seguintes.

2.2.2.1 Franquiado-mestre (máster franchising)

Nessa modalidade, o franqueador repassa ao máster franqueado o direito de exercer alguns de seus poderes na cadeia de franquia, reservado a um determinado território. Vale dizer, o franqueador delega suas atribuições, permitindo ao máster franqueado explorar a atividade em certa base geográfica como se franqueador fosse.⁶⁹

De maneira simplificada, o franqueador contrata uma pessoa, para que esta subfranqueie a terceiros, o direito de exploração da atividade econômica, nos moldes e padrões determinados e impostos pelo franqueador originário, usualmente, na forma de negócio formatado, mencionado anteriormente.⁷⁰

Na exploração da atividade do máster franqueado, usualmente, se verifica o recrutamento de franqueados, a concessão de licenças de uso de marca, o recebimento e administração da taxa de franquia, bem como o fornecimento de alguns serviços da rede em caráter regional ou local, ao passo que o franqueador atua nas questões de âmbito nacional.⁷¹

⁶⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 47.

⁷⁰ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 103.

⁷¹ BONANI, Giusepe. *Guida al franchising*. 3. ed., Roma: Editore Buffetti, 1997, p. 42 apud REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 61.

Nesse contexto, pode-se dizer que a máster franquía é uma forma de crescimento do próprio sistema, permitindo sua ampliação simultânea em diferentes mercados e áreas geográficas. Dessa feita, reduz-se o risco do franqueador em comparação à forma tradicional de ocupação por meio de franquias unitárias.⁷²

2.2.2.2 Franquia de canto

Trata-se da exploração por meio do sistema de franquía, em limitada área de ponto comercial tradicional, para venda de produtos fabricados ou selecionados pelo franqueador. Vale dizer, determinada superfície da área comercial é arrendada segundo as determinações do franqueador, de modo tal que o comerciante aparece como um franqueado, naquela micro região de sua loja.⁷³

A franquía de canto é amplamente utilizada, ademais, nos *shopping centers*, em razão do alto custo operacional dos pontos comerciais em centros de compras.

Dessarte, o franqueador delega ao franqueado a montagem de pequenos pontos (*corners*), instalados estrategicamente e devidamente formatados, para caracterizar a homogeneização e unidade da rede franqueadora, no interior de estabelecimentos comerciais, *shopping centers*, ou ainda, locais de grande movimento.⁷⁴

⁷² FERNANDES, Fernando José, apud LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.29.

⁷³ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 63.

⁷⁴ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquía*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 104.

Ocorre, assim, o favorecimento do aumento do número de pretensos franqueados, em razão do baixo custo das miniunidades, usualmente, concebidas na forma de reduzidas lojas, quiosques, ou ainda carrinhos de venda de produtos, desenvolvidos pelo franqueador.⁷⁵

Os pontos de venda consistem, portanto, em pequenos espaços cedidos a título oneroso nos corredores e lojas dos centros comerciais, em que o franqueado operacionaliza seu pacote de franquia, nos termos contratados.

2.3 Motivação econômica dos agentes

O sistema de franquia pressupõe um relacionamento de parceria entre duas sociedades empresárias distintas, com vistas a auferir lucro com base na atividade empreendida, relação esta, análoga a uma simbiose⁷⁶.

Vale dizer, ao titular da marca e do negócio de sucesso, permite-se, por meio do sistema de franquia, a expansão de sua atividade empresarial, operacionalizada, por meio de um franqueado. Este, por sua vez, empreende um negócio, integrando-se à rede de franquia, valendo-se do *know-how* e marca desenvolvidos e disponibilizados pelo franqueador, minimizando o risco de seu empreendimento.⁷⁷

Assim, o franqueado, usualmente organizado como pessoa jurídica com vistas à exploração das atividades previstas no contrato de franquia, ao assumir

⁷⁵ CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. *Franchising*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 68.

⁷⁶ Symbiose na acepção de mutualismo, isto é, a relação ecológica onde indivíduos de espécies distintas unem-se para beneficiarem-se mutuamente. A propósito, SOARES, José Luís. *Biologia no terceiro milênio*, 3 : seres vivos, evolução, ecologia. São Paulo: Scipione, 1999, p. 442.

⁷⁷ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 48.

os direitos de distribuir o produto e de explorar a sua marca, tem como atrativo a fórmula de comércio apresentada, na medida em que a especialidade e a mencionada marca são notórias e vitoriosas no mercado de consumo.⁷⁸

Dessarte, o *franchising* integra a liberdade restrita de atuação do franqueado, permitindo certo dinamismo inerente ao sucesso do negócio, com a observância das normas impostas pelo franqueador, de modo a preservar a identidade do negócio desenvolvido.⁷⁹

Observa-se, pois que o franqueado renuncia, em parte, à sua liberdade de comerciante autônomo, para, em contrapartida, obter a assistência, experiência e proteção do franqueador, inserindo-se em uma rede integrada de distribuição.

Diante das considerações feitas, pertinente se faz a referência ao *Código Europeu de Franquia*, especificamente no disposto no artigo 2º, § 2º, de seu preâmbulo, que prevê como principal objetivo da relação estabelecida entre franqueador e franqueado, a obtenção de benefícios mútuos, atingidos com base em seus recursos humanos e financeiros, preservando, ademais, a independência de cada uma das partes.⁸⁰

2.4 Contratos assessórios

A relação decorrente do contrato de *franchise*, conforme anteriormente salientado, é complexa e enseja uma série de obrigações e direitos às

⁷⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*, v. 3. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 469.

⁷⁹ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 69.

⁸⁰ SÁNCHEZ, Esperanza Gallego. *La franquicia*. Madrid: Editorial Trivium S/A, 1991, p. 219.

partes. Considerando, pois, sua natureza complexa, no presente tópico serão abordados os principais tipos contratuais que permeiam a relação contratual sob análise.

2.4.1 Cessão do uso de marca e patente

Dentre os principais aspectos inerentes ao contrato de franquia pode-se observar a marca e concessão de seu uso para o franqueado. Nesse ponto, importa asseverar a definição de marca constante no artigo 123, inciso I, da Lei 9.279/96, *in verbis*:

Art. 123. Para os efeitos desta lei, considera-se:

I – marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.

Quanto à conceituação expressa na indigitada lei, salienta-se a crítica de Maurício Lopes de Oliveira⁸¹, na medida em que lei prevê que o produto e o serviço devem ser de origem diversa.

Para o autor, uma marca distingue, identifica e divulga um produto que pode ter a mesma origem de outro, provindo ambos de um mesmo fabricante ou prestador de serviços.

Por outro lado, em que pese a conceituação legal, Lucas Rocha Furtado⁸² afirma que constitui marca tanto os nomes quanto os sinais hábeis a caracterização de um produto ou serviço, e estabelecer para o consumidor ou usuário uma identificação.

⁸¹ OLIVEIRA, Maurício Lopes de. *Definição legal de marca*. *Revista Consulex*. Ano III, Vol. 1, n. 28, 1999, p. 105.

⁸² FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro: comentários à nova legislação sobre marcas e patentes, Lei n. 9276, de 14 de maio de 1996*. 1ª ed. Brasília: Jurídica, 1996. p. 105.

Cotejando-se, pois, a definição apresentada, com o conceito legal, observa-se que a mencionada doutrina ressalta o caráter de identificação da marca, afirmando tratar-se de nome ou sinal, que será apostado ao produto ou serviço, não se limitando, portanto a discorrer somente sobre a sua finalidade.

Consoante às definições apresentadas, o artigo 139 do mesmo diploma legal⁸³ dispõe que o titular do registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso de marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços.⁸⁴

Nesse diapasão, pontua-se o entendimento de Luiz Felizardo Barroso⁸⁵ ao defender que para o sucesso do contrato de *franchise*, é imprescindível o registro da marca nos órgãos competentes.

Vale dizer, para o indigitado autor, o franqueamento de um conceito importa, necessariamente, no licenciamento da respectiva marca, na medida em que seria inviável a cessão de algo que não se possui e sobre o qual parariam dúvidas quanto a sua hegemonia.

Por outro lado, a mencionada lei⁸⁶ prevê em seu artigo 61, que o titular da patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para

83 Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

84 Importante salientar que, ao segredo industrial deve ser atribuído valor econômico, tornando-se, pois, necessário o afastamento das práticas de concorrência desleal, por meio da proteção das invenções patenteadas ou não, bem como, pela chamada descoberta científica. Acerca do tema, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 681.

85 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 42.

86 Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

exploração, ressalvando ainda que o licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da patente.

Sobre o tema, João da Gama Cerqueira⁸⁷ leciona que a licença para exploração de patentes é o contrato pelo qual o cedente da patente autoriza alguém a usar ou explorar a invenção, sem lhe transferir a propriedade. Para o autor, é um contrato especial, peculiar às patentes, que por sua natureza se assemelha à locação de coisas.

Contudo, diferentemente, José Cretella Neto⁸⁸ entende que ao firmar o contrato de cessão de patente, seu titular transfere a propriedade e todos os direitos emergentes de sua qualidade de proprietário industrial, ao contratante.

O apontado doutrinador defende que no contrato de franquia, enquanto regulador de operação mercantil complexa, a cessão da patente por seu titular deve ser limitada a sua utilização à região onde a unidade franqueada tem autorização para operar.⁸⁹

Analogamente, ressalta-se ainda, que o artigo 140 da Lei de Propriedade Industrial prevê que o contrato de licença para uso da marca deverá ser registrado no INPI para que produza efeitos perante terceiros, ao passo que o artigo 211 da mesma lei afirma que o INPI registrará o contrato de franquia com a mesma finalidade.

87 CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1982. p. 438.

88 CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 62.

89 CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 62.

Portanto, os contratos de cessão de patente e de licença diferem-se do contrato de *franchise*, porquanto sua extensão se mostra mais ampla ao regular a operação de franquia, em que pese à concessão da utilização da marca ser essencial à formação e operacionalização do contrato de franquia.⁹⁰

2.4.2 Assistência técnica

No que tange à assistência técnica, importa destacar que constitui elemento contratual inerente à relação estabelecida a partir da franquia, na medida em que viabiliza a produção plena dos efeitos do contrato.⁹¹

Vale dizer, a assistência técnica permeia a relação estabelecida por meio do contrato de *franchise*, permitindo ao franqueado receber e assimilar as técnicas, métodos e experiência do franqueador. Por outro lado, a assistência técnica também enseja a adoção de métodos comerciais uniformes, elemento essencial ao sucesso da franquia.⁹²

Nesse diapasão, observa-se que a assistência técnica, obrigação intrínseca do franqueador, pode ser considerada fator decisivo do êxito da atividade franqueada. Isto é, o sucesso do empreendimento depende diretamente da contínua assistência técnica assegurada aos franqueados.⁹³

⁹⁰ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 94.

⁹¹ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 77.

⁹² DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Vol. IV. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 46.

⁹³ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 63.

Difícil, porém, é definir de maneira precisa em que consiste a obrigação do franqueador na prestação de serviço de assistência técnica⁹⁴. Trata-se de matéria ampla, de contornos um tanto quanto intangíveis, em que pese à flexibilidade inerente às partes, em dispor desta obrigação no contrato de franquia.

Fran Martins⁹⁵ esclarece, pois, que a assistência pode se limitar à devida manutenção de máquinas e equipamentos, como também pode abarcar a produção publicitária, ou ainda, a assistência financeira e contábil na gestão do negócio franqueado.

De maneira mais pontual e específica, Fábio Konder Comparato⁹⁶, ao dispor sobre os limites e contornos da assistência técnica, classifica-a em três prestações distintas: *engineering*, *management* e *marketing*.

Segundo o autor, o *engineering* consiste no planejamento arquitetônico e estrutural do local onde funcionará a franquia, englobando, ainda, a instalação dos equipamentos pertinentes à operacionalização do negócio. Dessa feita, viabiliza-se sua implementação, bem como, a uniformidade da rede franqueada.

Por sua vez, o indigitado autor conceitua *management* como o treinamento do franqueado quanto à gestão e administração do negócio, com vistas a aproximá-lo das técnicas gerenciais.

⁹⁴ Importante frisar que o contrato de franquia não se confunde com o contrato de prestação de serviço de assistência técnica, ainda que dele extraia alguns elementos. Nesse ponto, NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*, v. 3, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 470.

⁹⁵ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 441.

⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio*. In: *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 18.

No tocante ao *marketing*, esclarece o mencionado doutrinador⁹⁷, tratar-se de elemento precípua à assistência técnica, consistindo nas habilidades, técnicas e experiências acumuladas pelo franqueador, transmitidas ao franqueado, para que se conquiste, progressivamente, o aumento do mercado consumidor.

Paralelamente, na medida em que a assistência técnica se consubstancia em aspecto essencial do contrato de *franchise*, evidencia-se a distinção do mero contrato de assistência técnica, conquanto na espécie contratual pura e simples não subsiste a articulação do sistema de rede, criado em função da marca e das características visuais desenvolvidas pelo franqueador.⁹⁸

2.4.3 *Transferência de know-how*

O contrato de *know-how* não se confunde com a assistência técnica supramencionada, na medida em que neste há uma prestação de serviço⁹⁹, enquanto que naquele se faz a transferência de um bem imaterial, que se assemelha à locação de um bem incorpóreo¹⁰⁰.

Pode-se afirmar ainda que o *know-how* constitui elemento fundamental na relação de franquia, na medida em que sua adequada transmissão do franqueador ao franqueado viabiliza o êxito do negócio empreendido.¹⁰¹

⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio*. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 18.

⁹⁸ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 63.

⁹⁹ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 453.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. 3, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 681.

¹⁰¹ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 60.

Nessa espécie contratual, o transmitente se obriga a instruir o licenciado, em uma relação onerosa e por prazo determinado, no que tange a determinadas técnicas industriais, no sentido de capacitá-lo à produção de certos bens.¹⁰²

Quanto à obrigatoriedade do emprego do *know-how* transmitido por meio do contrato de *franchise*, assevera Adalberto Simão Filho¹⁰³ que os sistemas de *franchising* bem desenvolvidos são constituídos tanto pela cessão da marca, assistência técnica, quanto pelos itens básicos relativos à formatação completa do negócio e cessão do *know-how* e tecnologia necessários para tal.

No mesmo sentido, o entendimento de Luiz Felizardo Barroso¹⁰⁴, ao defender que o sistema de franquia pressupõe a transferência do *know-how*, constantemente atualizado e testado, a fim de formatar a atuação da rede franqueada.

Por outro lado, é certo que o franqueador carece de proteção em face da revelação do *know-how* explicitado à sua rede franqueada. Dessa feita, o contrato de franquia deve dispor expressamente sobre a limitação do uso das informações passadas ao franqueado¹⁰⁵, desencorajando eventuais condutas

¹⁰² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*, v. 3, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 475.

¹⁰³ SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 93.

¹⁰⁴ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 78.

¹⁰⁵ Importante ressaltar que nas hipóteses de extinção do contrato de *know-how*, o beneficiário deverá continuar a manter segredo sobre o conhecimento assimilado e não mais utilizá-lo, restituindo todos os documentos que lhe foram fornecidos. A esse propósito, DINIZ, Maria Helena, *Tratado teórico e prático dos contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4, p. 28.

anticoncorrenciais, em consonância, pois, com os princípios do Direito Econômico e em sintonia com os ditames da boa-fé contratual, corolário das relações privadas.¹⁰⁶

Evidencia-se, pois, no contrato de *franchise* o conceito unitário de rede, no tocante à organização, *marketing* e publicidade, ao passo que no contrato de transferência de *know-how*, esses elementos são eventuais e não essenciais.¹⁰⁷

Dessarte, a transferência de tecnologia, elemento integrante do contrato de *know-how*, é imprescindível à formação do contrato de franquia, bem como, fundamenta o próprio instituto do *franchising*.¹⁰⁸

Em contrapartida, no contrato de transferência de *know-how*, a aplicação do conhecimento revelado não tem cunho compulsório.¹⁰⁹

2.4.4 Contrato de representação

Nesta espécie contratual, o representante comercial¹¹⁰ se obriga a agenciar propostas ou pedidos de compra dos produtos fabricados ou comercializados pelo representado. Trata-se, ademais, de contrato típico, detalhadamente disciplinado pela lei n. 4.886/65, posteriormente, alterada pela lei n. 8.420/92.¹¹¹

¹⁰⁶ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 61.

¹⁰⁷ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 62.

¹⁰⁸ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 90.

¹⁰⁹ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 62.

¹¹⁰ Denomina-se representante comercial, ou agente, a parte que se obriga a obter propostas ou pedidos em favor da em favor dos negócios do representado. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 262.

¹¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 3, p. 114.

Dessarte, na representação comercial tem-se um sistema de comercialização integrado por uma rede de agentes, designados para atuar em determinada área geográfica, intermediando a cadeia de distribuição entre o empresário e o destinatário final.¹¹²

A consecução do contrato de representação comercial pode ainda, ser exercida tanto por pessoa física quanto jurídica, sendo em ambos os casos uma atividade habitual e autônoma, estando os agentes sujeitos às prescrições aplicáveis ao empresário.¹¹³

Ressalta-se, por demais, que na referida atividade de intermediação não subsiste dependência hierárquica do representante, em que pese à observância das regras e instruções delineadas pelo representado.¹¹⁴

Nesse diapasão, Rubens Requião¹¹⁵ complementa que a representação comercial “deriva do instituto geral da representação dos negócios jurídicos, pela qual uma pessoa age em lugar e no interesse de outra, sem ser atingida pelo ato que pratica.”

Merece destaque, ademais, a questão referente à cláusula de exclusividade territorial de atuação do representado. Na vertente espécie contratual

¹¹² CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 53.

¹¹³ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 263.

¹¹⁴ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 97.

¹¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 162.

a exclusividade de zona é implícita, não carecendo de prévia disposição para operar seus efeitos.¹¹⁶

Vale dizer, conforme disposto no artigo 31 da Lei n. 4.886/65¹¹⁷, o representado não poderá comercializar seus produtos nas zonas de exercício¹¹⁸ referidas no instrumento contratual.

Saliente-se que, a intermediação perpetrada pelo agente é o elemento essencial ao contrato de representação, distinguindo-o, sobremaneira do contrato de franquia, em que a intermediação não se opera.¹¹⁹

Por outro lado, acentua-se que o contrato de representação aproxima-se do contrato de franquia, na medida em que é sinalagmático, consensual, oneroso e *intuitu personae*.¹²⁰

2.5 Aproximação da matéria

Diante dos diversos tipos contratuais apresentados que emprestam elementos ao contrato de franquia, pode-se classificá-lo como contrato consensual, bilateral, oneroso, de execução continuada e híbrido, sendo ainda, no Brasil, um contrato típico, regulado, superficialmente, por lei específica.¹²¹

¹¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 3, p. 114.

¹¹⁷ Diploma legal que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos.

¹¹⁸ Importante salientar que, a presunção do pacto de exclusividade de zona foi introduzida na reforma da lei de 1992 e, portanto, não alcança os contratos assinados anteriormente.

¹¹⁹ CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 54.

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. 3, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 438.

¹²¹ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 445.

Nesse ponto, conforme explanado anteriormente, a lei 8.955/94, ainda que de maneira perfunctória, atribuiu ao contrato de *franchise* sua tipicidade legal, conceituando-o em seu artigo 2º.¹²²

Com efeito, a Lei 8.955/94 determina também em seu inciso XIV, alínea a, do artigo 3º, que da Circular de Oferta deve constar a situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação ao *know-how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função do contrato estabelecido.¹²³

Observa-se, pois, a preocupação do legislador em resguardar o franqueador, após a extinção do contrato de franquia, em especial, no que tange às informações sigilosas disponibilizadas ao franqueado durante a vigência do instrumento, evitando sua utilização indevida para fabricação de produtos posteriormente, ou o exercício de atividade concorrente.¹²⁴

Nesse contexto, importa lembrar que a franquia se apresenta como meio eficaz de implantação de redes de distribuição de produtos ou de prestação de serviços, favorecendo, em um contexto macroeconômico, o fomento da concorrência, lastreada, em sua maioria, por investimentos de pequenas e médias sociedades empresárias.¹²⁵

¹²² BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 240.

¹²³ Evidencia-se no indigitado inciso a vontade do legislador no sentido de assegurar os direitos do franqueador após o término do contrato, em especial, no que tange ao exercício de atividade concorrente por parte do franqueado. A propósito, FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 94.

¹²⁴ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 136.

¹²⁵ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50.

Portanto, imperioso se afastar as práticas lesivas à concorrência, especificamente, em razão das informações e conhecimentos oriundos da condição de franqueado. Vale dizer, constitui dever do franqueado, não praticar atividade concorrente à do franqueador, utilizando o *know-how* dele adquirido, após a extinção do contrato de *franchise*.¹²⁶

Para tanto, as condutas dos agentes envolvidos devem ser norteadas, não somente pelas determinações contratuais e legais, mas, sobretudo, pelos valores insertos no princípio da boa-fé contratual. Dessarte, tanto a boa-fé quanto seus deveres assessórios de conduta, se mostram ferramentas eficazes no sentido de balizar os comportamentos exigíveis das partes contratantes.¹²⁷

Dessa feita, no capítulo terceiro do presente estudo objetiva-se a análise legal, jurisprudencial e doutrinária da cláusula de não-concorrência, com vistas a estimar e delinear seus limites, identificando possíveis abusos na sua estipulação.

¹²⁶ FERNANDES, Lina. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 111.

¹²⁷ REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 106.

3 EXEGESE DA CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

O presente capítulo aborda os aspectos mais relevantes da cláusula de não-concorrência, para então passar à análise do entendimento proferido tanto pelos Tribunais Judiciais quanto pelo CADE, viabilizando assim, um cotejo entre as jurisprudências administrativa e judicial.

3.1 Cláusula de não-concorrência

A cláusula de não-concorrência, usualmente inserida nos contratos de *franchise*, prevê a vedação de o franqueado exercer atividade concorrencial em relação ao franqueador, tanto na vigência do contrato quanto após sua extinção, durante certo interregno.

Em outras palavras, com esteio na cláusula de não concorrência o franqueado deve abster-se de exercer atividade concorrente ao franqueador, durante pré-determinado período de tempo, conforme se verifica a seguir.

3.1.1 *Da importância econômica da concorrência*

Importa ressaltar que o objetivo da mencionada norma contratual não é rechaçar pura e simplesmente a atividade competitiva do franqueado, mas sim as decorrentes daqueles que ingressam no sistema de franquia com objetivos escusos de obter acesso ao *know-how* sigiloso para, posteriormente, utilizá-lo de maneira ilícita e anticoncorrencial.¹²⁸

¹²⁸ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 121.

Trata-se, pois, de disposição contratual que, se considerada abusiva, poderá ensejar a nulidade do próprio contrato de franquia. Dessarte, os efeitos nocivos da eventual abusividade podem representar a privação indevida da titularidade da clientela do franqueado, nas hipóteses em que for proprietário de seu fundo de comércio, e ainda, o impedimento contratual do exercício da atividade profissional.¹²⁹

Observa-se, pois, a gravidade de se obstar, abusivamente, a prática da concorrência, motivo pelo qual se faz necessário um breve esboço acerca de sua importância¹³⁰, a fim de se expor, sensivelmente, as justificativas de sua mitigação.

Salienta-se, pois, que a concorrência, do ponto de vista empresarial, impõe aos agentes econômicos a necessidade de maior aporte de investimentos, a fim de manterem-se competitivos no mercado.¹³¹

Em breves palavras, a concorrência obriga os empresários a buscarem de maneira contínua e efetiva, a melhoria de seus produtos e a diminuição do preço de custo, o que evidencia os benefícios advindos para o mercado sob uma ótica macroeconômica.¹³²

¹²⁹ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 89.

¹³⁰ Calixto Salomão Filho defende que todo agrupamento social que pretenda ter como fundamento básico de organização econômica a economia de mercado, deve conter um corpo de regras capaz de garantir, minimamente, o funcionamento desse mercado, controlando algumas de suas relações econômicas, em especial as referentes à concorrência saudável. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

¹³¹ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 285.

¹³² ASCARELLI, Tullio. *Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, ensaios e pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1952, p. 223.

Nesse diapasão, o próprio sistema de franquia propicia vantagens substanciais ao mercado, especificamente, à economia de médios e pequenos empreendedores e à concorrência entre marcas.¹³³

Com efeito, ressalva-se que, se o franqueado, antes da celebração do contrato de franquia, já exercera atividade considerada concorrente, não há que se falar em seu impedimento. Ressalta-se, pois, que o negócio empreendido, de natureza análoga ao exercício da empresa objeto da franquia, não decorre da expertise ou *know-how* adquiridos em função do contrato de franquia, de modo que deve ser plena sua continuidade, sob pena de se obstar a concorrência de maneira abusiva.¹³⁴

Pode-se concluir, portanto, que o empresário vinculado à restrição, conhecendo bem o mercado e os agentes econômicos que nele atuam, e sendo detentor de numerário e *know-how* suficientes, poderia, ato contínuo à rescisão do contrato, assumir outro estabelecimento, prejudicando os negócios do franqueador pela ilegítima concorrência que ofereceria. Daí a justificativa para a imposição da cláusula.¹³⁵

¹³³ Acerca do tema, importa falar que a prática do sistema de franquia é reconhecida pelas normas do Mercado Comum Europeu como fomentadora da concorrência, em que pese à rígida interpretação normativa no sentido de que as práticas de associação e os acordos concertados entre empresas serem considerados patentes indícios de restrição indevida à livre concorrência. Sobre a questão, MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 51

¹³⁴ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 90.

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 288.

3.1.2 Da limitação contratual à concorrência

No que tange à limitação à concorrência do franqueado imposta pela vertente cláusula contratual, importante asseverar que doutrina é uníssona no sentido da obrigatoriedade de sua limitação temporal, não se mostrando razoável sua vigência *ad infinitum*, após o término da relação contratual.

Destaca-se ainda que, em uma primeira análise superficial, a norma contratual de vedação à concorrência pode se apresentar como um aparente abuso de poder econômico por parte do franqueador, enquanto impositiva e impeditiva do pleno exercício da liberdade de iniciativa.¹³⁶

Importa asseverar que o ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à política de defesa da concorrência, rechaça as infrações à ordem econômica, em especial, o consubstanciado nos artigos 20¹³⁷ e 21 da antiga Lei Antitruste.¹³⁸

Imperioso salientar que, a Nova Lei Antitruste prevê especificamente em seu artigo 36¹³⁹, conteúdo análogo e correspondente ao disposto nos mencionados artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94.¹⁴⁰

¹³⁶ Impõe-se investigar a efetividade dos instrumentos de natureza jurídica, tal como a vertente cláusula usualmente inserta nos contratos de franquia, como meio de se ordenar a vida econômica, sobretudo, no tocante aos abusos do poder econômico, “os quais devem ser prevenidos e reprimidos sem que se desconfigure a democracia econômica nem se comprometam os alicerces do Estado Constitucional de Direito”. Acerca do tema, MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1360.

¹³⁷ Salienta-se que o artigo 20 da Lei 8.884/94 refere-se “aos atos sob qualquer forma manifestados”, evidenciando o sistema híbrido desta legislação, abarcando tantos os acordos e as concentrações entre empresas, quanto o domínio de mercado e o abuso de posição dominante. Sobre o tema, FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹³⁸ BRASIL. Lei n. 8.884, de 06 de novembro de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão as infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei% 208.884 1994](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.884-1994)>. Acesso em: 22 abr. 2012.

Importa dizer, a Lei n. 12.529/2011 dispõe de maneira expressa acerca da ordem econômica, especificamente das práticas lesivas à livre concorrência e à livre-iniciativa, de modo a corroborar para a proteção inerente à cláusula de não-concorrência nos contratos de franquia.

Portanto, se por um lado o franqueador pretende se resguardar por meio da inserção da cláusula de não concorrência, por outro, dependendo dos limites dispostos, o franqueado pode, eventualmente, arguir o abuso de poder econômico em razão da vedação à concorrência.¹⁴¹

Por outro lado, após um estudo mais aprofundado do tema verifica-se que, se devidamente balizada, a disposição contratual em tela constitui elemento salutar à expansão do sistema de franquia empresarial, enquanto norma protetora dos segredos e experiências transmitidos em razão do contrato de *franchise*, resguardando, pois, o franqueador de contratantes evitados de má-fé¹⁴² no empreendimento do negócio franqueado.¹⁴³

¹³⁹ Roberto Domingos Taufick aponta que o mencionado artigo 36 da nova lei apresenta graves imprecisões, na medida em que seu *caput* e incisos foram redigidos de maneira deveras genérica, pretendendo abarcar o disposto nos artigos 20 e 21 da lei antiga, bem como se moldar aos inúmeros e eventuais casos concretos referentes ao tema (TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 159).

¹⁴⁰ BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, altera a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

¹⁴¹ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 121.

¹⁴² Considerando, pois o cenário de concorrência desleal, e a fim de evidenciar a legitimidade do entendimento esposado, destaca-se trecho do julgamento do Recurso Especial 695.792/PR, em que litigam as escolas de idiomas Wizard e Wisdom: “(...) configurada ficou a prática de concorrência desleal, que se concretiza quando os atos praticados por um ou mais empresários atentam contra a moralidade e são tendentes a confundir os consumidores. - Sendo assim, a condenação dos embargados, independentemente da pessoa jurídica que integram, a se

Com objetivo análogo à cláusula de não concorrência, observa-se, com frequência, a redação de cláusula de sigilo ou confidencialidade, a qual, igualmente, tem o escopo de proteger o franqueador quanto à divulgação das técnicas e práticas comerciais que o franqueado tivera acesso em razão da relação contratual.¹⁴⁴

Dessarte a cláusula de confidencialidade tem natureza jurídica semelhante à cláusula de não concorrência, na medida em que ambas tem como objetivo precípua resguardar o franqueador do uso indevido do *know-how* transmitido em função do contrato de *franchise*.

Considerando-se, pois, a proteção e a lealdade que se pretende atribuir por meio da disposição contratual, assevera-se que os deveres assessoriais de conduta, lastreados pelo princípio da boa-fé, subsistem após a extinção do contrato de franquia.

Isto é, concluída e extinta a relação contratual, as partes continuam vinculadas, devendo-se abster mutuamente de atos lesivos, em especial, a prática

absterem do uso da marca, do uso e da reprodução de livros didáticos, materiais dos professores, materiais de publicidade e propaganda, sob pena de pagamento de multa diária, sem prejuízo do ressarcimento pelos danos causados, a serem fixados em liquidação, é medida que se impõe, para que não tenha prosseguimento a prática de atividades que importam em evidente abuso da liberdade concorrencial.” (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 695.792/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2005, publicado em 27/06/2005)

¹⁴³ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 90.

¹⁴⁴ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 90.

de conduta baseada na antiga posição contratual, decorrente dos conhecimentos adquiridos na relação até então vigente.¹⁴⁵

Dessa feita, a imposição da cláusula de não-concorrência, e conseqüentemente, a vedação à concorrência desleal, se justifica, ademais, com esteio no preceito contido no princípio da boa-fé contratual.

Acerca do princípio da boa-fé, importa destacar que o Código Comercial de 1850 consagra sua observância na interpretação dos contratos, conforme se depreende de seu artigo 131, *in verbis*:

Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

I – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.

Observa-se, pois, que a exegese da cláusula de não-concorrência deve se dar à luz do princípio da boa-fé, preceito norteador da interpretação do contrato de *franchise*, cabendo ao magistrado a sensibilidade capaz de identificar os objetivos precípuos da relação contratual.

¹⁴⁵ Nesse ponto, destaca-se o dever de o franqueado se obstar a desenvolver a atividade econômica, imediatamente após a extinção do contrato de *franchise*, especificamente, a vedação à prática de atividade concorrente à do franqueador, utilizando o *know-how* adquirido, após a extinção do contrato. Sobre o tema, REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 105.

3.1.3 *Dos limites de vigência da cláusula de não-concorrência*

Diante do exposto, evidencia-se a hermenêutica da cláusula contratual de não-concorrência, por vezes protagonista de calorosos debates doutrinários e jurisprudenciais, especificamente, no tocante aos seus limites temporais.¹⁴⁶

Ressalte-se que a cláusula de não-concorrência não é privativa dos contratos de franquia, mas ao contrário, está presente, historicamente, nos contratos que regulam as relações comerciais no Brasil, de modo que, sua evolução no direito contratual norteia seguramente, os parâmetros interpretativos dos limites da cláusula sob análise.¹⁴⁷

Assim, como será estudado a seguir, a licitude da cláusula de não-concorrência está condicionada à sua limitação temporal, sob pena de ser considerada abusiva e nula.

Isto é, valendo-se do elemento volitivo, inerente à relação contratual, as partes tem liberdade para estipular a vedação à concorrência desleal¹⁴⁸, desde que limitem no tempo sua vigência.¹⁴⁹

¹⁴⁶ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 273.

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 274.

¹⁴⁸ Consoante às partes terem liberdade na estipulação da vedação, Paula Forgioni esclarece que dentre os métodos hermenêuticos, há a interpretação contra o autor da cláusula, estipulando que as cláusulas inseridas nas condições gerais de contrato elaborado por um dos contratantes, em geral o franqueador, podem ser interpretadas, na dúvida, em favor do franqueado. (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.244).

¹⁴⁹ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 279.

Diante do exposto, pode-se verificar que a problemática que permeia a cláusula de não-concorrência diz respeito aos seus limites, na medida em que dispõe acerca da vedação à liberdade de comércio.¹⁵⁰

Aprofundando-se na questão referente à limitação contratual, Eros Roberto Grau¹⁵¹ ensina que a cláusula de não concorrência é válida quando estabelece limites materiais, geográficos e temporais.

Para o Autor, considera-se limite material a restrição a um determinado ramo de atividade econômica, ao passo que os limites territoriais estabelecem limitações geográficas, e os limites temporais visam definir o período de sua vigência.

Ressalte-se ainda, a razoabilidade na definição dos mencionados limites, entendendo-se que, segundo Eros Grau, o limite temporal mais acertado não deve ser superior a dois anos.¹⁵²

Corroborando o indigitado posicionamento, Marcelo Cama Fernandes¹⁵³, igualmente, entende que o prazo razoável para que a indigitada norma produza efeitos após a extinção do contrato deve ser de no máximo dois anos.

¹⁵⁰ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280.

¹⁵¹ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280.

¹⁵² GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280.

¹⁵³ FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *O contrato de franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003, p. 90.

Em contrapartida, convém lembrar o disposto no artigo 1147 do Código Civil¹⁵⁴, na medida em que este, ao dispor dos contratos de trespasse, expressa que o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Analogamente, observa-se o objetivo a vedação à concorrência também nos contratos de trespasse, com a ressalva de que nesta hipótese, a legislação aplicável dispõe expressamente acerca do limite temporal, qual seja, cinco anos após a realização do negócio jurídico.

Diante do exposto, se faz necessário abordar a exegese da cláusula de não-concorrência, do ponto de vista jurisprudencial, a fim de se identificar os posicionamentos mais relevantes proferidos pelos magistrados, especificamente, quanto ao termo de vigência da citada cláusula, após a extinção do contrato de franquia empresarial.

3.2 Entendimento dos tribunais

Considerando a interpretação dada pelos Tribunais no que tange à cláusula de não-concorrência, direciona-se o presente estudo quanto ao seu cabimento e limitação temporal.

Nessa linha, observa-se que os julgados pesquisados, ao delimitarem a pertinência e amplitude da vedação à concorrência nos contratos de franquia, usualmente abordam o tema a partir de uma ótica constitucional e legal,

¹⁵⁴ BRASIL. Lei n. 910.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 abr. 2012.

com esteio na relação contratual estabelecida, ou ainda, analisando a eventual concorrência desleal praticada entre os agentes econômicos, conforme se expõe a seguir.¹⁵⁵

3.2.1 *Fundamento legal e constitucional*

Inicialmente, verifica-se dos julgados pesquisados, uma constante argumentação quanto a eventuais violações à Constituição Federal, e subsidiariamente, à própria Lei de franquias, nos litígios judiciais que versam sobre a inclusão ou manutenção da cláusula de não-concorrência.

Especificamente, as partes contrárias à vigência da norma contratual, alegam a inconstitucionalidade de cláusula que os impede, pelo prazo de dois anos, de explorar atividade no mesmo ramo da franquias, uma vez que tal proibição violaria os princípios da livre concorrência¹⁵⁶ e da livre iniciativa.¹⁵⁷

Sobre o tema, importante destacar que, para Gastão Alves de Toledo¹⁵⁸, enquanto o princípio da livre iniciativa aponta para a liberdade política, que lhe serve de fundamento, a livre concorrência está relacionada com a

¹⁵⁵ Dessarte, a exegese da cláusula de não-concorrência deve levar em consideração o consagrado princípio da boa-fé objetiva consubstanciado pelo Novo Código Civil e, com isso, a vontade das partes deve ser considerada. Contudo, trata-se de esforço hermenêutico para dotar o sistema de adequado grau de segurança e previsibilidade, a fim de se evitar um retrocesso subjetivista. Sobre o tema, FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.243.

¹⁵⁶ Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca, a Constituição privilegia o regime de economia de mercado, garantindo e positivando, a *liberdade de concorrência* como forma de se alcançar o equilíbrio das relações econômicas, viabilizando, pois, o direito das pequenas empresas de atuarem e sobreviverem no mercado, em detrimento da doutrina do liberalismo clássico. (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128).

¹⁵⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0028009-84.2008.8.26.0068, Rel. Desembargador PEREIRA CALÇAS, CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL, julgado em 14/02/2012.

¹⁵⁸ TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 194.

possibilidade de os agentes econômicos poderem atuar sem embaraços juridicamente justificáveis, em um determinado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços.

Invoca-se, pois, com frequência, a afronta ao artigo 170¹⁵⁹ da Constituição Federal, e seus incisos, objetivando-se consubstanciar suas pretensões judiciais, no sentido de mitigar a inclusão e aplicação da cláusula em tela.

Contudo, a jurisprudência dos Tribunais pátrios, capitaneada pelos reiterados julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, é uníssona ao rechaçar a tese de violação ao texto e princípios constitucionais, bem como a ofensa à legislação especial.

Para tanto, argumenta-se que sendo o sistema de franquias o componente final de um negócio formatado e desenvolvido pelo franqueador, qualquer franqueado, ao término da relação contratual, é detentor de enorme gama de informações e conhecimentos técnicos que lhe são transferidos em caráter confidencial pelo franqueador, havendo necessidade do franqueador proteger o seu negócio ao término da relação contratual, encontrando o estabelecimento dessa salvaguarda de não concorrência o mais absoluto embasamento no inciso XIV (alíneas "a" e "b"), do art. 3º, da Lei nº 8.955/94, "com o que se afasta qualquer

¹⁵⁹ Nesse diapasão, qual seja a análise da cláusula de não-concorrência, importa destacar que a Lei 8.884/94 tem como fundamento a própria ideologia constitucional expressa no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, na medida em que se alicerça na prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, orientando-se pelos princípios da "liberdade de iniciativa" e "livre concorrência", ambos integrantes daquele artigo. Sobre essa relação, SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 262.

afirmação de violação ao disposto no art. 170 e seu inciso IV, pertinentes à livre iniciativa e à livre concorrência”.¹⁶⁰

Em outras palavras, tendo em vista que ao término da relação contratual, a ex-franqueada detém, à sociedade, o *know-how* referente à atividade até então desenvolvida, a própria lei que regula a matéria, determinou que na Circular de Oferta de Franquia fosse estipulado o lapso de tempo necessário para que o antigo franqueado voltasse a desenvolver o negócio sem implicar em concorrência desleal, em consonância ao artigo 170 da Constituição Federal¹⁶¹.

Diante do exposto, considerando a tese de violação legal e constitucional, pode-se concluir que a cláusula de não concorrência é aplicável, na medida em que se harmoniza com lei própria, e respeita a Constituição Federal, com a ressalva que deve “ser afastada, em regra, quando for ilimitada”¹⁶², conforme se verificará mais adiante.

¹⁶⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 7.327.909-5, Rel. Desembargador THIERS FERNANDES LOBO, 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 29/07/2009.

¹⁶¹ Importante asseverar a lição de Eros Grau, no sentido de que não há oposição entre o princípio da livre concorrência e o princípio da repressão aos abusos do poder econômico, latente na norma do § 4º do artigo 173 do Constituição, na medida em que aquele deriva deste, isto é, “o poder econômico é a regra e não a exceção”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 229).

¹⁶² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0003953-89.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador RUBENS CURY, 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 04/05/2011.

3.2.2 Fundamento contratual

Outro ponto relevante abordado nos julgados atinentes ao tema, diz respeito às expresas previsões contratuais, as quais devem ser respeitadas porquanto derivam da vontade das partes.¹⁶³

Nesse sentido, julgou a 18ª Câmara de Direito Privado, em 04/05/2011, aduzindo que a relação contratual entabulada pelas partes, qual seja contrato de franquia, estabelece o dever de sigilo e abstenção por parte da franqueada da utilização do *know-how* a ela transmitido, em caso de rescisão contratual, assim como não tentar ou desviar clientes para empresas concorrentes.¹⁶⁴

Prossegue-se a fundamentação, notadamente quanto ao disposto no contrato¹⁶⁵, na medida em que deve se impor o compromisso contratual da franqueada e de seus sócios de “não prestar os serviços em concorrência à atividade da franqueadora pelo prazo de 2 (dois) anos a contar da data do seu término, cessão ou rescisão”¹⁶⁶.

¹⁶³ Nesse ponto, importa lembrar a necessária solenidade imposta aos contratos de franquia, nos termos da legislação específica. Especificamente, Paula Forgioni afirma que “a imposição de padrão jurídico quanto às informações que devem ser prestadas quando da celebração dos negócios permite o incremento do fluxo de relações econômicas.” (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.).

¹⁶⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0005213-07.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador RUBENS CURY, 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 04/05/2011.

¹⁶⁵ Importante salientar que a aplicabilidade e vigência da cláusula de não concorrência decorrente do pacto avençado, independe da causa de rescisão. Nesse sentido, SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 7.327.909-5, Rel. Desembargador THIERS FERNANDES LOBO, 20ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 29/07/2009.

¹⁶⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0005213-07.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador RUBENS CURY, 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 04/05/2011.

Veja-se que, plenamente conscientes no momento do pacto contratual, em sua racionalidade, os agentes econômicos adotam essa cláusula restritiva como um autêntico uso comercial, comezinho no mercado, devendo, pois, ser respeitada após o término da relação de franquia.¹⁶⁷

Dessarte, a jurisprudência entende que, uma vez aceitas as cláusulas do contrato e considerando, ainda, o tempo de reflexão proporcionado pelo fornecimento da Circular de Oferta, não pode alegar, futuramente, lesão à livre concorrência e à função social¹⁶⁸ do contrato, ainda que sob argumentos de extinção instantânea da empresa e a perda da clientela angariada, caso seja determinada a cessação das atividades¹⁶⁹ após o término da relação com a franqueadora, tendo em vista, ademais, o pleno conhecimento prévio de suas restrições, pelo período previsto.¹⁷⁰

Ainda que assim não fosse, a culpa *post factum finitum* ou *pós-eficácia das obrigações* trata da indenização por danos causados após a extinção do contrato, com base na violação de deveres de conduta impostos pelo princípio da boa-fé.¹⁷¹

Isto é, configurada a prática de concorrência desleal apta a ensejar dano ao franqueador, o princípio da boa-fé se apresenta como lastro e fundamento

¹⁶⁷ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 287.

¹⁶⁸ O princípio da função social da propriedade passou a integrar os textos constitucionais desde 1934, indo de encontro ao direcionamento do liberalismo inerente às cartas de 1824 e 1891 em que se garantiu o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Acerca do tema, FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 128.

¹⁶⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0028009-84.2008.8.26.0068, Rel. Desembargador PEREIRA CALÇAS, CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL, julgado em 14/02/2012.

¹⁷⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0003953-89.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador RUBENS CURY, 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 04/05/2011.

¹⁷¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984, p. 625.

jurídico suficiente ao magistrado, a fim de proferir decisão no sentido de afastar a conduta lesiva, mesmo após o término da relação estabelecida com o contrato de *franchise*.

Evidenciando a aplicabilidade do princípio da boa-fé contratual, transcreve-se a seguinte ementa de julgamento proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul¹⁷²:

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

De toda sorte, a jurisprudência tem prestigiado o entendimento de que justifica-se a restrição assumida à luz do princípio da autonomia da vontade, uma vez que o contrato de franquia estabelece uma relação de íntima parceria na atividade objeto do contrato, muito semelhante à *affectio societatis*, que dá forma e estrutura a todo o edifício do direito societário. Parece, pois, razoável que o franqueador procure proteger-se contra atividade concorrente que possa ser desenvolvida pelo franqueado, que, após o acesso amplo à tecnologia e *know-how* desenvolvidos pelo franqueador, venha a estabelecer-se em concorrência direta ou indireta ao franqueador e à própria rede de franquias, após encerrada a primitiva

¹⁷² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70040906216, Rel. Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 29/06/2011, publicado em 01/07/2011.

relação contratual mantida com o franqueador. Legítima, portanto, a limitação imposta pela cláusula em análise.¹⁷³

Também nesse sentido, o posicionamento tradicional do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁷⁴, na defesa do cabimento e viabilidade jurídica da cláusula de não-concorrência imposta ao franqueado, com vigência de um ano após a resolução contratual.

Nesse diapasão, diante da violação à legítima norma contratual¹⁷⁵, qual seja, regra atinente à concorrência desleal decorrente da exploração indevida no mesmo ramo de atividade¹⁷⁶, entende-se válida e cabível, também, a imposição de multa porventura prevista no contrato, consubstanciada por cláusula penal, na medida em que a penalidade é paritariamente pactuada e “atua como meio de coerção e forma de prefixação de danos”, sendo inclusive desnecessário “que o contratante inocente demonstre os prejuízos sofridos”.¹⁷⁷

A jurisprudência deixa claro, portanto, que os agentes econômicos, mediante a oposição dessa cláusula, visam a resguardar a utilização do *know-how*

¹⁷³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0087724-62.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador ADHERBAL ACQUATI, 15ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 12/07/2011.

¹⁷⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 597023191, Rel. Desembargador Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 18/03/1997, publicado em 18/03/1997.

¹⁷⁵ Sobre o tema, o entendimento da Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo: “A regra contratual também não é meramente potestativa, como sustentam os réus. É regra basilar dos contratos de franquia, especialmente quanto à não concorrência desleal.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0028009-84.2008.8.26.0068, Rel. Desembargador PEREIRA CALÇAS, CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL, julgado em 14/02/2012).

¹⁷⁶ Analogamente, nos contratos de trespasse, entende o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que “na cessão e transferência de empresas ou de quotas sociais, é lícita a proibição de os cedentes, durante prazo determinado, se estabelecerem, em nome próprio ou de terceiros, com o mesmo ramo que exerciam, a fim de evitar concorrência” (Ap 203.158-2/8, RT 702/88).

¹⁷⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 0028009-84.2008.8.26.0068, Rel. Desembargador PEREIRA CALÇAS, CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL, julgado em 14/02/2012.

disponibilizado na vigência do contrato de franquia, evitando-se, assim, a prática da concorrência desleal, abordada, do ponto de vista jurisprudencial, no item a seguir.

3.2.3 Concorrência desleal

Será útil, neste passo, a alusão a alguns acórdãos que expressam a consolidação jurisprudencial da aplicabilidade da cláusula de não-concorrência, por determinado período, levando-se em conta uma fundamentação lastreada na prática da concorrência desleal

A Câmara Reservada do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁷⁸, já se manifestou reiteradas vezes quanto à vedação à participação da franqueada, pelo prazo de dois anos contados do término do contrato, no mesmo ramo de atividade outrora desenvolvido, *in verbis*:

(...) não parece ser a hipótese de manipulação opressora para fins de dominação do mercado, sendo correto admitir, pelo princípio da razoabilidade, entender não ser excessivo o prazo de abstenção de atividade concorrente (dois anos), tempo de maturação suficiente para que o licenciado não obtenha enriquecimento indevido com o fim da licença de exploração de serviços, marcas e insígnias.

Nessa mesma linha, é o entendimento da 18ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, corroborado, em 2010, por ocasião do julgamento da Apelação n. 991.08.086551-9, cujo trecho do acórdão se transcreve:

Tudo isso, e mais o fato de outras empresas se estabelecerem nos mesmos endereços das apeladas, com a exploração das mesmas atividades, por interpostas pessoas, com a utilização de materiais da franqueadora, sem dúvida caracteriza a concorrência desleal, na modalidade de captação indevida de clientela, além da quebra da

¹⁷⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 0168948-22.2011.8.26.0000, Rel. Desembargador ÊNIO ZULLIANI, CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL.

"cláusula do silêncio", também conhecida como "cláusula de barreira", ou de "restrição de atividade comercial".¹⁷⁹

Observa-se, pois que a continuidade das atividades, após a data da rescisão contratual, inclusive por interpostas pessoas, caracteriza a concorrência desleal por parte dos indigitados apelados.

Com efeito, determinou-se a manutenção de silêncio pelos sócios e prepostos da franqueada, por força do contrato de franquia, preservando, assim, o segredo do negócio confiado, em especial, com fulcro na concorrência desleal perpetrada pelo antigo franqueado:

(...) caracterizada que restou a concorrência desleal, ficam os apelados condenados ao pagamento de indenização pelos prejuízos sofridos pela apelante, caracterizado pela perda de clientela e lucros cessantes, a ser apurado na liquidação.¹⁸⁰

Verifica-se, assim, a legitimidade jurisprudencial da vertente norma contratual, fundamentando-a, também, com vistas a rechaçar a prática de concorrência desleal, considerando-se razoável, de maneira uníssona, o prazo de dois anos comumente delineado nos contratos de franquia empresarial que foram objeto de litígios judiciais.

3.3 Entendimento do CADE

Após a promulgação da Lei n. 8.884 de 1994, a análise da cláusula de não-concorrência sob o prisma dos impactos competitivos acentuou-se. A autoridade administrativa encarregada de administrar essas questões enfrenta o

¹⁷⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 991.08.086551-9, Rel. Desembargador JURANDIR DE SOUSA OLIVEIRA, 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 09/03/2010.

¹⁸⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 991.08.086551-9, Rel. Desembargador JURANDIR DE SOUSA OLIVEIRA, 18ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, julgado em 09/03/2010.

problema da validade do pacto de não-concorrência em face das relações empresariais, principalmente, quando analisa atos de concentração nos quais a cláusula é estipulada, ainda que em operações não restritas à franquia empresarial.

Ressalte-se ainda, que não se pretende, no presente trabalho monográfico, se tratar da correção ou não das decisões administrativas do CADE, mesmo porque não se objetiva discutir, neste tópico, a admissibilidade da cláusula, mas sim seus limites temporais de vigência.

Para tanto, destaca-se como exemplo, o ato de concentração n. 08012.002004/2006-07, relatado pelo Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, em que a prática suscitada foi aprovada, condicionada, contudo, à redução do prazo estipulado na cláusula de não-concorrência para cinco anos.

Acatou-se, por demais, o parecer emitido pela ProCADE¹⁸¹ no mencionado julgado, instando igualmente pela redução do prazo de vigência para cinco anos, nos seguintes termos:

No que tange ao referido caso, a Procuradoria do CADE emitiu parecer considerando que “a delimitação temporal da cláusula de não concorrência não coincide com o prazo considerado razoável pelo Plenário do Conselho, ou seja, 5 (cinco) anos. Com efeito, esta sugere sua delimitação ao prazo de 5 (cinco) anos.

(...) Nestes termos, abaixo transcritas, as decisões deste CADE,: ‘A existência dessas cláusulas ou acordos deve ser necessária a proteção dos legítimos interesses negociais dos beneficiários, ou seja, à devida transferência dos bens tangíveis e intangíveis (clientela, know-how, informações de marketing etc. (A.C. n. 109/96 e 193/97, Relator: Conselheiro Renault Castro)’.

¹⁸¹ BRASÍLIA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Parecer 029/2007, Procurador Geral NANCY DE ABREU, Advocacia Geral da União, Procuradoria-Geral Federal, ProCADE, julgado em 08/01/2007.

Destarte, são diversos os casos julgados em que o Plenário fixou esse prazo em cinco anos: A.C. n. 109/96 (Procter e Gamble/Bombril S.A), A.C. 193/97 (BASF/Dow Química), A.C. n. 08012.000167/98-11 (Etti/Parmalat), A.C. n. 163/97 (Praxair/Rolmaster), A.C. 08012.002921/00-98 (Brinks/TGV) etc.

Diante do trasladado parecer, em especial no tocante à redução do prazo para cinco anos sugerida, o Conselheiro Relator se manifestou no sentido de que a cláusula:

(...) deve ser modificada e limitada temporalmente ao prazo de cinco anos, conforme jurisprudência firmada neste Conselho. Pelo visto nos autos, não há justificativa em termos de eficiências econômicas que possam justificar a manutenção da cláusula de não-concorrência em dez anos, mas tão somente a supressão de um concorrente potencial.

(...) Não foi identificado, em sua manifestação ou em outros elementos constantes nos autos, motivo relevante que possa ensejar o abandono da jurisprudência consolidada neste Conselho em favor de um prazo maior. Se, por um lado, não há óbice legal para estipulação de prazo superior a cinco anos, por outro, a jurisprudência não pode ser simplesmente ignorada, como se sua aplicação fosse mero exercício de arbitrariedade, mas sim considerada por resultar de sucessivos julgamentos em que foram ponderadas a proteção dos investimentos realizados e a preservação do ambiente concorrencial.¹⁸²

O entendimento esposado alinha-se, ademais, a idêntica decisão proferida no Ato de Concentração n. 08012002103/99-81. Igualmente, em outro caso envolvendo BASF AS e Chemical International Corporation, o conselheiro Mércio Felsky entendeu que o CADE tem reiteradamente considerado cinco anos como “um prazo suficiente e razoável para que a empresa vendedora afaste-se do mercado de

¹⁸² BRASÍLIA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Ato de concentração n. 08012.002004/2006-07, Rel. Conselheiro PAULO FURQUIM DE AZEVEDO, julgado em 31/01/2007.

forma que sua eventual reentrada corresponda à entrada de um novo concorrente.”¹⁸³

De maneira uníssona, o conselheiro Celso Campilongo também sustentou, no Ato de concentração n. 08112002207/00-92, que o prazo de dez anos, estipulado para a obrigação de não concorrência, era “considerado pela jurisprudência do colegiado como danoso à concorrência. Por isso, considero que tal lapso é demasiadamente extenso, pelo qual condiciono a aprovação do presente ato à redução do período para 5 anos.”¹⁸⁴

Dessarte, o CADE tem o posicionamento de que a referida cláusula não é restritiva da concorrência desde que acessórias ao propósito principal do negócio jurídico realizado, devendo, por demais, ter uma amplitude estabelecida de maneira proporcional à proteção que se pretende para os legítimos interesses do beneficiário da restrição.¹⁸⁵

No tocante à duração razoável da cláusula em análise, a Comissão Européia reconheceu como apropriado o período de cinco anos. Contudo, este período pode ser majorado, excepcionalmente, quando ficar demonstrado que a

¹⁸³ BRASÍLIA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Ato de concentração n. 08012002103/99-81 Rel. Conselheiro MÉRCIO FELSKY.

¹⁸⁴ BRASÍLIA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Ato de concentração n. 08112002207/00-92. Rel. Conselheiro CELSO CAMPILONGO.

¹⁸⁵ Com efeito, a existência da cláusula de não-concorrência deve ser necessária à proteção dos legítimos interesses negociais dos beneficiários, ou seja, à devida transferência de bens tangíveis e intangíveis (clientela, *know-how*, informações de marketing etc.). Acerca do tema, Ato de Concentração n. 109/96 e 193/97, Relator Conselheiro RENAULT CASTRO.

fidelidade da clientela do vendedor se manterá durante um período superior ao de cinco anos.¹⁸⁶

Analogamente, o CADE tem avaliado a razoabilidade da duração dessa cláusula analisando cada caso de maneira específica, tendo como posição majoritária e pacífica o período máximo de cinco anos.

Tanto é assim que o CADE editou, em 09 de fevereiro de 2009, o enunciado número cinco de sua súmula¹⁸⁷, com o seguinte teor:

É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência com prazo de até cinco anos da alienação de estabelecimento, desde que vinculada à proteção do fundo de comércio.

Contudo, importa destacar que, em caráter excepcional, é possível a aprovação de determinadas operações em que se disponha cláusula de não-concorrência por períodos superiores, conforme se verifica do trecho do voto a seguir:

O fato de a jurisprudência do CADE tradicionalmente admitir que as cláusulas de não-concorrência tenham duração de cinco anos não quer dizer que seja este o único prazo aceitável. Tanto isto é verdade que há precedente admitindo o prazo de duração de dez anos em aquisição que envolveu processos de longa maturação, como se dá, por exemplo, na indústria de bens de produção, assim, como, em voto vencido admiti idêntico prazo em operação que envolveu aquisição de empresa que produzia produto cujo ciclo econômico equivalia a dez anos. No entanto, tais situações devem ser absolutamente excepcionais, cabendo às requerentes o ônus de

¹⁸⁶ BRASÍLIA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Ato de concentração n. 08012.001066/01-89 Rel. Conselheiro ROBERTO PFEIFFER. Julgado em 17 abr. 2002.

¹⁸⁷ Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1d1d1fe12eec2f0b5ae2>>. Acesso em: 07 maio 2012.

demonstrar estarem presentes os requisitos que permitem tal exceção.¹⁸⁸

Diante disso, importa ressaltar que simples convenção acordada entre as partes não configura, por si só, hipótese legítima de restrição da concorrência a ser amparada pela lei de defesa da concorrência. Por outro lado, não há dúvida que as autoridades de defesa da concorrência possuem poderes para determinar a sua exclusão ou para limitar o seu alcance quando entenderem ser ele efetiva ou potencialmente aos interesses tutelados pela Lei n. 8.884/94.

Portanto, não se trata de intervenção estatal nos aspectos intrínsecos dos negócios privados, mas de uma atuação legítima, salvaguardada em lei, visando à proteção de um ambiente concorrencial, que se veria limitado, caso prevalecesse a cláusula de maneira inadequada.

Finalmente, embora existam algumas manifestações esparsas e pontuais do CADE admitindo que o prazo da restrição possa ser outro, a regra geral é a de que a cláusula em tela é aceita desde que limite a concorrência pelo prazo máximo de cinco anos.

3.4 Tribunais X CADE

Avaliados, pois, os principais posicionamentos dos Tribunais, liderados pela uníssona jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, corroborados pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça, bem como, na esfera administrativa, os julgamentos proferidos pelo CADE nos Atos de Concentração pertinentes ao tema, faz-se as seguintes considerações:

¹⁸⁸ BRASÍLIA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Ato de concentração n. 08012.001066/01-89 Rel. Conselheiro ROBERTO PFEIFFER. Julgado em 17 abr. 2002.

Em suma, os Tribunais pátrios entendem cabível e legítima a inserção da cláusula de não-concorrência nos contratos de franquia, desde que limitadas temporalmente por período razoável.

No que tange à limitação temporal, observa-se que, as previsões contratuais costumam versar por períodos de dois a cinco anos de vedação à concorrência, estipulado livremente pelas partes. Diante dessa autonomia das vontades entre franqueador e franqueado, entendeu-se por razoável, nos julgados avaliados, a vigência da cláusula em questão por aqueles períodos.

Paralelamente, o exame sistemático dos casos dos colacionados, autoriza afirmar que o CADE vem adotando posição cautelosa, não discrepante da doutrina e da jurisprudência anteriormente explanada.

Vale dizer, a cláusula de não-concorrência arbitrada por períodos de até cinco anos, usualmente, é considerada válida e fomentadora de um ambiente concorrencial como um todo, em que pese a vedação específica, por esse período.

Ressalva-se apenas, da análise do caso concreto, de maneira absolutamente excepcional, o CADE tem precedentes em que a operação analisada foi aprovada com a vigência da cláusula de não concorrência por período superior a cinco anos.

Contudo, por se tratar de posição isolada e pontual, norteadas pelas particularidades e requisitos do caso concreto, pode-se concluir que doutrina, jurisprudência dos tribunais e decisões reiteradas do CADE estão alinhadas quanto

à legitimidade da cláusula de não-concorrência, condicionada à limitação temporal por até cinco anos.

Entende-se, portanto, que os posicionamentos, tanto dos tribunais quanto do CADE são acertados. Vale dizer, os tribunais, ao compulsarem a cláusula de não-concorrência pactuada entre as partes, lastreando-se no elemento volitivo dos agentes, avaliam o caso concreto e concluem pela admissibilidade da vedação contratual, na medida em que consideram razoável o período estipulado de até cinco anos.

Nesse ponto, festeja-se o posicionamento judiciário porquanto evidencia e reitera a vontade das partes, decorrente de um momento pré-contratual, para vigência da cláusula de não concorrência após a extinção da relação, sem contudo, importar em abuso de direito ou poder.

Sob outra óptica, o CADE, ao fazer seu juízo e, verificando os aspectos e consequências concorrenciais, define de maneira acertada que o prazo de cinco anos corrobora para a defesa da concorrência, em que pese sua vedação por aquele período.

Portanto, a partir do estudo do presente trabalho monográfico, pode-se dizer que a sintonia de posicionamentos entre o CADE e os tribunais, no tocante à vigência da cláusula de não-concorrência, se mostra correta, na medida em que razoável o período de até cinco anos.

CONCLUSÃO

A análise das principais características do instituto jurídico da franquia empresarial, seus dados históricos, sua natureza jurídica e, as relações negociais entre os agentes envolvidos, revela que a adoção da cláusula de não-concorrência nos contratos de *franchise* é de suma importância para a salvaguarda do sistema de franquia, bem como propicia e estimula o desenvolvimento econômico do mercado.

Dessarte observa-se que a adoção da cláusula obstativa da concorrência, ainda que ausente qualquer prescrição legal acerca de suas limitações, demonstra, em uma primeira análise, certo descompasso entre o processo legislativo e a dinâmica dos mercados, sobretudo o pertinente às franquias empresarias.

Contudo, a própria Lei das Franquias previu que as partes poderiam dispor acerca da situação do franqueado, após a extinção do contrato, em relação ao *know-how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função do sistema.

Observa-se, pois, a preocupação do legislador em resguardar o franqueador, após o término da relação contratual, em especial, no que tange às informações sigilosas disponibilizadas ao franqueado durante a vigência do instrumento, evitando sua utilização indevida ou o exercício de atividade concorrente.

É certo que a mencionada lei, ao tipificar o instituto jurídico o fez de maneira insubsistente e superficial, regulamentando, à saciedade, a Circular de Oferta de Franquia em detrimento do contrato atinente ao tema, em específico, quanto às delimitações da vedação à concorrência no mesmo ramo de atividade.

De toda sorte, a jurisprudência dos tribunais ao se debruçar sobre as relações contratuais em tela, em especial, a inserção da cláusula que obsta a concorrência, atua em sintonia com a legislação, complementando-a, e lhe dando eficácia nesse ponto.

Paralelamente, o exame sistemático dos casos julgados pelo CADE evidenciam que o conselho vem adotando posição cautelosa, não discrepante da doutrina, nem tampouco, da jurisprudência nacional.

Vale dizer, a cláusula de não-concorrência arbitrada por períodos de até cinco anos, usualmente e predominantemente, é considerada válida e fomentadora de um ambiente concorrencial como um todo, em que pese a vedação da concorrência, por esse período limite.

Fato é, que a Lei nº 8.955/1994 não assegurou uma proteção exaustiva ao franqueador ao permitir a adoção de cláusula não concorrencial, problema que veio a ser superado com os reiterados julgados dos colegiados judiciais e administrativos, no sentido de sua admissão e cabimento, condicionada à limitação temporal, entendendo-se razoável o período de até cinco anos de vigência pós-contratual.

Subsidiariamente, tanto a lei 8.884/94, quanto a lei 12.529/2011, atuam no sentido de dar elementos positivados à defesa da concorrência, lastreando e alicerçando o posicionamento uníssono do CADE quanto à cláusula estudada.

Diante do exposto, é lícito concluir que, no Brasil, a adoção de cláusula de não-concorrência nos contratos de franquia, limitada a período de até cinco anos, está lastreada tanto pela vigência legislativa, como por jurisprudência assente dos tribunais, e posicionamentos uníssonos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conferindo, pois, uma tríplice proteção ao franqueador, ainda que esta não tenha sido a vontade expressa do legislador.

Por fim, entende-se que a análise proferida pelos tribunais e pelo CADE se dão de maneira acertada, na medida em que condicionam e limitam a cláusula de não-concorrência pelo período de até cinco anos, de modo a dar efetividade à disposição contratual, considerando, pois, sua essência e finalidade precípua, rechaçando, assim, a prática lesiva de concorrência desleal por parte do franqueado, bem como afastando eventual abuso por conta da sociedade franqueadora.

REFERÊNCIAS

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

ASCARELLI, Tullio. *Os contratos de cartel e os limites de sua legitimidade no direito brasileiro, ensaios e pareceres*. São Paulo, Saraiva, 1952.

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. São Paulo: Atlas, 1997.

BERNARD, Daniel Alberto. *Franchising: avalie este investimento*. São Paulo: Atlas, 1992.

BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza jurídica do contrato de franchising*. *Ajuris*. N. 46. Porto Alegre, 1989.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 10^a ed. São Paulo: Atlas, 1998.

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

CHERTO, Marcelo. O franchising e o contrato. *Revista do Advogado* n. 30, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a lei de franquia. *Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial*, 16/15-21, maio/jun./1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. V. 3, 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e concessão de venda no brasil: da consagração ao repúdio*. In. *Ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.

COSTA, Lina Alves. *O sistema de marketing de rede: uma estratégia de ação mercadológica*. Porto Alegre: UFRGS/PPGA, 2001.

CRETELLA NETO, José. *Do contrato internacional de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. *Franchising*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DAHAB, Sônia. *Entendendo franchising*. São Paulo: Casa da Qualidade, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Vol. IV. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

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

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Contratos de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro: comentários à nova legislação sobre marcas e patentes, lei n. 9276, de 14 de maio de 1996*. 1 ed. Brasília: Jurídica, 1996.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. 3. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

KOTLER, Philip. *Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados*. São Paulo: Futura, 1999.

LOBO, Jorge. *Contrato de franchising*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*, v. 3. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Maurício Lopes de. Definição legal de marca. *Revista Consulex*. Ano III, Vol. 1, n. 28, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

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

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÁNCHEZ, Esperanza Gallego. *La franquicia*. Madrid: Editorial Trivium, 1991.

SILVA, Luiz Antônio Guerra da; GONÇALVES, Valério Pedroso. *Contratos mercantis diferenciados*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

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

SOARES, José Luís. *Biologia no terceiro milênio, 3: seres vivos, evolução, ecologia*. São Paulo: Scipione, 1999.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2005.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova lei antitruste brasileira: a lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. São Paulo: Renovar, 2004.