

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

PEDRO LEOCÁDIO LIMA DE ALMEIDA

**CONTRATO DE FRANQUIA: desvantagens do franqueado perante a Lei
8.955/94**

CARUARU

2019

PEDRO LEOCÁDIO LIMA DE ALMEIDA

**CONTRATO DE FRANQUIA: desvantagens do franqueado perante a Lei
8.955/94**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Prof^ª. Msc. Renata Lima

CARUARU

2019

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Profª Msc. Renata Lima

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

O presente artigo tem como função analisar detalhadamente o contrato de franquia regido pela Lei 8.955/94, visto que ele é um excelente meio do franqueado ampliar seus serviços através de um custo acessível e simplificado, pois o empresário irá investir em uma marca que já faz parte do mercado e já é conhecida pelo público. O objetivo principal deste estudo é dar ênfase à hipossuficiência do franqueado perante o franqueador, tendo em vista que uma das principais características deste contrato é a subordinação do franqueado. Nesse sentido, serão apresentadas as decisões jurisprudenciais a respeito do caso em questão e quais as soluções necessárias para que ambas as partes contratuais sejam consideradas iguais, ora de forma doutrinária, ora de forma jurisprudencial, ou seja, esta pesquisa buscará trazer soluções para o melhor desenvolvimento deste negócio, procurando equiparar o poder econômico entre as partes contratantes, visto que, assim, dá-se maior credibilidade a este contrato empresarial. Desse modo, o estudo irá dividir-se da seguinte forma: em primeiro plano, será conceituado o contrato de franquia, como ele deve ser implementado e toda sua estrutura; em segundo plano, apesar de ser evidente que o contrato de franquia traga benefícios para ambas as partes, será abordado quais as vantagens e desvantagens ao aderi-lo, enfatizando a maneira correta utilizá-lo. Em terceiro e último plano, serão apresentadas as controvérsias dos direitos dos franqueados, bem como, a sua hipossuficiência perante o franqueador. A pesquisa do presente artigo resulta em revisões bibliográficas, alguns poucos artigos e decisões jurisprudenciais que evidenciam a proposta do tema.

Palavras-chave: Contrato de franquia; hipossuficiência; hipossuficiência do franqueado perante o franqueador; vantagens e desvantagens do contrato de franquia.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze in detail the franchise agreement governed by Law 8,955 / 94, since it is an excellent way for the franchisee to expand his services through an affordable and simplified cost, as the businessman will invest in a brand which is part of the market and also is already known to the public. For this, the study emphasizes the franchisee's under-sufficiency vis-à-vis the franchisor, given that one of the main characteristics of this contract is the franchisee's subordination. In this regard, jurisprudential decisions will be presented regarding the case in question and what solutions are necessary for both parties be considered equal, sometimes in a doctrine way, sometimes in a jurisprudential way, in other words, this research will seek to provide solutions for the best development of this agreement, trying to equate economic power between the contracting parties, since that give it greater credibility to this contract. Therefore, the study will be divided as follows: in the foreground, the franchise contract will be conceptualized, in addition to how it should be implemented and its entire structure; in the background, although it is evident that the franchise contract brings benefits to both parties, the advantages and disadvantages of adhering to it will be addressed, emphasizing the correct way to use it. In the third and last plan, the controversies of the franchisees' rights will be presented, as well as, their under-sufficiency vis-à-vis the franchisor. The research of this study results in bibliographic analysis of scientific articles and jurisprudential decisions that show the theme proposal.

Keywords: franchise contract; under-sufficiency; the franchisee's under-sufficiency vis-à-vis the franchisor; advantages and disadvantages of the franchise contract.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	7
1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA	9
1.1. Aspectos gerais da Circular de Oferta de Franquia (COF).....	11
1.2. Estágios do contrato de franquia	12
2. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA FRANQUIA	16
3. DA HIPOSSUFIÊNCIA DO FRANQUEADO	21
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28
REFERÊNCIAS	30
ANEXO A – TABELAS COM PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO CONTRATO DE FRANQUIA	33

INTRODUÇÃO

No ramo do Direito Empresarial, os contratos constituem uma das principais fontes de obrigações, e provavelmente, a mais importante na atualidade, servindo de base para maior parte da atividade empresarial. Assim, o acordo de franquia surge como meio de assegurar que novos empreendedores aumentem exponencialmente a chance de sucesso de um futuro investimento, visto que mediante este tipo de contrato, o franqueado poderá explorar uma marca de sucesso estabelecida no mercado, correndo menos riscos de insucesso.

No Brasil, a palavra “*franchising*” significa franquia e é regulada pela Lei nº 8.955/94 de 15 de dezembro de 1994, onde é utilizada com a função de simplificar o avanço do seu próprio negócio. O franqueador nesse caso, pode então estender seu negócio com custos mais acessíveis e o franqueado tem o benefício de começar uma empresa com uma marca popular, possibilitando que tenha uma grande clientela em um pequeno prazo.

Este trabalho tem como função demonstrar a hipossuficiência do franqueado frente ao franqueador, apresentando os principais conflitos entre ambos e quais lacunas devem ser solucionadas. Além disso, explicar como ocorre, na prática, a relação entre as partes desse negócio jurídico e a interpretação jurisprudencial e doutrinária sobre cada assunto trazendo formas de solução para este método empresarial.

Na primeira seção, serão apresentados o conceito e a estrutura das franquias, e como é o procedimento para sua implementação, sob a ótica da literatura pátria, facilitando o entendimento acerca do tema abordado. Um dos objetivos do tópico é explicar o contexto geral, para assim, em seguida, definir a estrutura das franquias.

Na segunda seção, será abordado, de forma detalhada, o funcionamento do contrato de franquia, definindo como funciona esse modelo de convênio empresarial no Brasil e quais são as principais vantagens e desvantagens desse tipo de acordo, o objetivo deste tópico é compreender como ele é utilizado e quais os seus benefícios e malefícios.

Na última seção, serão apresentadas as principais controvérsias dos direitos dos franqueados através da doutrina e jurisprudência, como a hipossuficiência do franqueado, exclusividade territorial e a cláusula de eleição de foro e apresentar suas devidas soluções. A função deste tópico é esclarecer o que causa a insuficiência técnica, jurídica do franqueado e o que será necessário para manter um equilíbrio entre franqueado e franqueador, respeitando os princípios norteadores do instituto franquia.

A metodologia utilizada neste artigo serão o dedutivo, bem como o, indutivo, visto que o assunto apesar de não ser tão recente, continua em pauta pelo fato de existirem diversos conflitos entre o franqueado e franqueador. O presente trabalho será resultado de pesquisas bibliográficas, artigos e decisões jurisprudenciais. Desse modo, a união dos meios utilizados para a pesquisa, consegue definir detalhadamente qual o propósito do tema aqui exposto.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA

Na esfera empresarial, os pequenos e novos empreendedores encontram dificuldades de manter o seu próprio negócio e obter sucesso, e um dos problemas é a falta de conhecimento de mercado. Assim, o instituto franquia surge para simplificar a expansão dos negócios do empresário, dado que o comerciante pode expandir seu empreendimento com menores riscos, conquistando mais chances de sucesso.

A origem da palavra franquia é uma tradução literal de *franch* do idioma inglês, que por sua vez é derivada do vocábulo *francher*, do francês, que significa outorga de um privilégio. Através desse tipo de contrato, há concessão da utilização de determinado empreendedor utilizar a marca, vender produtos e prestar serviços.¹

Definir o acordo de franquia é um assunto sem extensivos debates pelos doutrinadores, devido à facilitação de conceituar o respectivo instituto pela Lei 8955/94, que o conceitua, em seu art. 2º, trazendo parâmetros para sua elaboração:

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

Portanto, com os elementos trazidos pela Lei que concebe a franquia, é possível conceituar o respectivo negócio que liga certo empreendedor a uma empresa de sucesso, assim, autoriza o franqueado a comercializar produtos e utilizar a marca do franqueador, sem que haja vínculo empregatício entre as partes. O franqueador deverá fornecer os métodos de operação, além de assistência técnica, publicidade dentre outros.³

Ademais, esse tipo de convênio é atípico, dado que a lei não estipula toda relação jurídica, prevalecendo o que for estipulado na transação. As cláusulas contratuais podem ser

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p.277-278.

² BRASIL. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. **Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm>. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

³ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial – Contratos e Obrigações Comerciais**. Vol. 3. 19. e d. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.385.

livremente estipuladas pelas partes, podendo o contrato ter imposições específicas ou genéricas, ou conter condições especiais para as partes.

Deste modo, a franquia é um contrato empresarial, na medida que somente poderá ser celebrado por empresários, ou seja, exercem atividade econômica, profissionalmente e de forma organizada, como institui o Código Civil no seu art. 966: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O franqueador provavelmente será a própria empresa fabricante dos produtos e detentora da marca, tendo poder de dispor e permitir o comércio pelo franqueado. Já o franqueado também é empresário, já que supostamente constituirá uma empresa com o intuito de comercializar os bens e produtos do franqueador.

A legislação pátria, em seu diploma legal, não trouxe distinção entre tipos de contrato de franquia, deste modo, não prevendo as modalidades que o âmbito mercantil oferece, dificultando o entendimento da realidade fática. O Tribunal das Comunidades Europeias, em um acórdão de 28 de janeiro de 1986, dividiu o contrato de franquia nas seguintes espécies:

- a- Franquia de serviços: pela qual o franqueado oferece um serviço sob a insígnia, o nome comercial ou mesmo a marca do franqueador, conformando-se com as diretrizes deste último;
- b- Franquia de produção: pela qual o próprio franqueado fabrica, segundo as indicações do franqueador, produtos que ele vende sob a marca deste;
- c- Franquia de distribuição: pela qual o franqueado se limita a vender certos produtos num armazém que usa a insígnia do franqueador.⁴

Além disso, ainda há outras distinções, como a da *International Franchise Association* – (IFA), diferenciando a franquia em de distribuição de produtos, na qual o franqueador concede sua propriedade industrial, e na franquia de formato negocial, onde o franqueador demonstra todo método da organização empresarial e direção da atividade comercial.⁵

Ainda, é possível a criação da franquia mestra que é um tipo de franquia onde o franqueado tem o direito de subfranquiar em uma demarcação territorial a terceiros onde assume o papel de franqueado em relação ao franqueador dono da marca, e de subfranqueador em

⁴ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. pp. 306-307.

⁵ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 307.

vinculação aos subfranqueados. Esse meio é utilizado para difundir a marca internacionalmente.⁶

A importância dessa divisão de modalidades de franquia está relacionada à constatação de que no meio empresarial, as franquias não apresentaram todas às vezes os mesmos tipos de concessões, isto é, todo contrato de franquia possivelmente será distinto em diversos fatores, como distribuição, produção, ou até mesmo em quesitos de assistência técnica. O contrato poderá apresentar todas essas particularidades, ou apenas algumas, específicas ou não.

1.1. Aspectos gerais da Circular de Oferta de Franquia (COF)

A Lei 8.955/94 é silente em diversos aspectos, como, por exemplo, em relação às cláusulas a serem pactuadas, ou que podem ser elaboradas, ficando a cargo das partes acertarem sobre as obrigações decorrentes do acordo, o que denota a hipossuficiência do candidato frente ao franqueador. Todavia, a mesma lei é bastante específica no que diz respeito à Circular de Oferta de Franquia. Este documento é de suma importância para o contrato de franquia, sendo dever do franqueador fornecer ao pretendente a franqueado esse título com todas as informações pertinentes sobre a franquia a ser investida pelo mesmo. Vale salientar que a COF não é um pré-contrato, e não gera nenhuma obrigação ou taxa pelo franqueado ao franqueador.

A Circular de Oferta de Franquia é obrigatória por lei, devendo ser encaminhada ao candidato dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato. Caso não seja cumprida essa formalidade, o acordo poderá ser anulado, sendo imposta a devolução de todos valores já pagos, mais perdas e danos, de acordo com o art 4º, parágrafo único da lei 8.955/94. Além disto, deve constar no documento a declaração de forma clara as principais informações sobre a franquia a ser adquirida pelo candidato.⁷

Toda COF deve apresentar algumas informações pertinentes relativas a explicar a extensão territorial e sobre regime de exclusividade; informar se há necessidade de qualificação ou quais são os atributos do franqueado; os encargos oriundos da firmação do contrato;

⁶ SZTCHTA, Everton Luiz, **Contratos internacionais de franquia**, Revista Brasileira de Comércio Internacional – RBDI. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/5279/3996>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

⁷ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pp. 856-857.

cientificar sobre a rede, imagem e realidade financeira da franqueadora, e principalmente, identificar pormenorizadamente a franquia contratada.⁸

É importante evidenciar que dentro da franquia também está incluída os serviços de organização e processos de venda pelo franqueador. Um dos serviços prestados é denominado de *engineering*, que é correlatado ao estabelecimento onde a franquia for instalada, cuidando do design, reforma e adaptação do imóvel do franqueado. Outro tipo de serviço prestado é chamado de *management* e o mesmo representa o treinamento dos funcionários da franquia, também da organização empresarial, relacionada a logística, investimentos e modos da atividade. Por fim, tem se o último serviço, intitulado *marketing*, no qual o franqueador ensina os seus meios de comercializar o produto através da publicidade, atingindo o público alvo da marca.⁹

Logo, a Circular de Oferta de Franquia deve necessariamente apresentar todos os requisitos presentes no artigo 3º da Lei nº 8.955/94, sendo válido ressaltar as principais informações constantes no documento: histórico resumido da empresa; balanços e demonstrações financeiras do empreendimento a ser franqueado; especificações quanto aos *royalties* a serem pagos ao franqueador; condições de exclusividade territorial, relação de fornecedores; descrição detalhada da franquia, do negócio e das atividades a serem desempenhadas pelo franqueado; exigências quanto ao envolvimento do franqueado na operação e administração da atividade comercial; situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – (INPI); cenário do franqueado ao término do contrato e *know-how* ou segredo de indústria a que tenha acesso à *franchise*.

1.2. Estágios do contrato de franquia

Após a entrega da Circular Oferta de Franquia, é possível a elaboração de um pré-contrato de franquia, e esse trata tem como finalidade iniciar uma fase de adequação a atividade empresarial franqueada, ou seja, o objetivo é que se reduza um possível descontentamento entre o franqueado e o franqueador. Esse acordo também é chamado de *pré-franchise*.

Então, o pré-contrato é feito para conceber um período de experiência para ambas as partes, onde o pretendente a franqueado poderá exercer integral ou parcialmente as funções da

⁸ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 312.

⁹ JÚNIOR, Waldo F. **Manual de Direito Comercial**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 415.

atividade oferecida pelo franqueador, desde que pague certa pecúnia. Encerrado o lapso temporal de experiência, o candidato a franqueado poderá optar a assinar um contrato definitivo ou dar por finalizado o negócio.¹⁰

Ainda há literaturas que defendem a possibilidade de aplicação do contrato de pilotagem previamente ao trato de franquia, onde nesse negócio o franqueador oferece ao franqueado a oportunidade de exercer, experimentar a atividade da franquia através de unidades de propriedade do pelo franqueador.¹¹ O pretendente a franqueado exercera de forma prática o plano comercial, financeiro e técnico da atividade do franqueado, devendo suportar os riscos do ofício, pagando prestação pecuniária.

Se houver anuência sobre os termos previstos na COF pelo aspirante a franqueado, deverá ser produzido o contrato de franquia, que é um negócio jurídico realizado entre a empresa franqueadora e o franqueado, onde a primeira concede o direito de uso, distribuição e comércio de produtos da marca franqueadora, que também tem o encargo de auxiliar tecnicamente e comercialmente durante o prazo do acordo, em troca de prestação pecuniária da segunda. É importante que todas as obrigações pertinentes ao negócio devam estar expressas no termo. Arnaldo Rizzardo descreve o contrato de franquia na seguinte forma:

Através do contrato de franquia ou *franchising*, desenvolve-se um sistema de distribuição de bens e serviços, pelo qual o titular de um produto, serviço ou método, devidamente caracterizado por marca registrada, concede a outro comerciante, que se liga ao titular por relação contínua, licença e assistência para a expansão do produto no mercado.¹²

A franquia é classificada como um contrato bilateral, consensual, *intuitu personae*, oneroso, comutativo, de execução continuada. É bilateral devido conter obrigações mútuas; é consensual, dado que depende da vontade das partes; *intuitu personae*, visto que é um contrato personalíssimo, vinculado a figura do outro contratante; comutativo, em razão das suas prestações serem certas e determinadas; de execução continuada, já que seus atos são reiterados a longo prazo.¹³

¹⁰ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**. Vol. 2. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 311.

¹¹ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**. Vol. 2. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 312.

¹² RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pp.1621-1622.

¹³ VENOSA, Silvio S. **Direito Civil: contratos em espécie**. Vol. 3. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p.509.

A lei 8.955/94 específica no seu artigo 6º que o contrato deve ser sempre escrito e assinado por 2 (duas) testemunhas, tendo eficácia sem necessidade de ser lavrado em cartório ou órgão público. Contudo, para um contrato dessa magnitude, opinasse estabelecer que o mesmo deve ser levado a registro, até mesmo por questões de segurança.

Questão interessante é relacionada ao fato deste tipo de contrato ser típico ou atípico. Para a literatura majoritária, o contrato é atípico, mesmo com a existência da lei 8.955/94, porque a relação entre as partes é disciplinada unicamente pelas obrigações estabelecidas pelas cláusulas no contrato. Desse modo, o contrato é atípico porque a lei não aponta nenhum direito ou dever, somente sujeita o franqueador a expor sua oferta de franquia perante ao candidato antes da realização consumação do negócio.¹⁴

A respeito da tipicidade, Bulgarelli pontifica que “após o advento da lei nº 8.955/94, deu tipicidade ao contrato de franquia, entre nós, oferecendo um conceito que o insere entre os contratos complexos, pois o considera como um sistema de relações entre o franqueado e o franqueador.”¹⁵

Devido à lei 8.955/94 ser omissa em diversos aspectos relacionados a formação do contrato, o princípio norteador desse instituto é o *pacta sunt servanda*, que conduz o acordo entre as partes e a obrigatoriedade do contrato. Por isso, esse tipo de convênio detém cláusulas contratuais de diversos tipos, de valor e importância variados. Entretanto, há algumas cláusulas que são indispensáveis para a formação do tratado de franquia, como aquelas previstas na Circular de Oferta de Franquia, tais como: limite territorial, valor dos *royalties*, prazo do contrato, quotas de vendas, dentre outros.

Acerca do prazo do contrato de franquia, é de grande importância para o franqueado, já que o mesmo provavelmente investiu uma quantia considerada e espera um retorno do seu investimento. Assim, os prazos são fixados pela vontade das partes. Em regra, o contrato tem prazo determinado, podendo ser prorrogado expressa ou tacitamente, como também pode ser rescindido antes do fim da transação.¹⁶

Por fim, o contrato de franquia pode ser extinto pelos seguintes motivos: decurso do prazo, quando o negócio for de período determinado; distrato, pelo acordo das partes em dissolver o convênio, podendo restar obrigações para os contratantes ou não; com justa causa, quando um dos contratantes cometer falta grave, devendo a parte que tomou iniciativa provar

¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial. Direito de empresa – contratos; recuperação de empresas.** Vol. 3. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.129

¹⁵ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis.** 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 531.

¹⁶ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial – Contratos e Obrigações Comerciais.** Vol. 3. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.390.

em juízo; sem justa causa, por vontade unilateral de uma das partes; declaração judicial de anulabilidade, nas hipóteses do artigo 4º, parágrafo único e artigo 7º da lei 8.955/94, que versam sobre informações falsas escritas na Circular de Oferta de Franquia, e a ausência de prova da demonstração da COF dentro do prazo estabelecido pela lei.¹⁷

Ainda sobre a rescisão, é útil mencionar que a falência não é prevista como fundamento para a extinção do contrato de franquia, tendo em conta que a lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, no artigo 117, *caput*, autoriza a continuidade ou revogação dos contratos da empresa pelo Administrador Judicial.¹⁸

Por fim, em seguida ao tratamento dessas questões sobre o contrato de franquia, o presente artigo irá tratar sobre os pontos positivos e negativos do instituto franquia, visando abordar de forma panorâmica o assunto para alcançar uma solução viável e possível, aspirando um aprimoramento para a legislação pátria.

¹⁷ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**. Vol. 2. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 315-316.

¹⁸ BRASIL. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.

2. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA FRANQUIA

A presente seção tem como foco abordar de forma sistemática os principais pontos favoráveis e desfavoráveis na constituição de uma franquia para os dois polos do negócio, ponderando se há igualdade ou não na elaboração desse convênio. Inicialmente, serão dissertados as vantagens e desvantagens do acordo para o franqueador, para, posteriormente, discorrer sobre os prós e contras do tratado para o franqueado.

Na celebração do contrato de franquia, é inquestionável a relevância de averiguar os frutos e benefícios do acordo, tão quanto, os infortúnios do mesmo. Ocasionalmente, a ausência de clareza nesses negócios faz com que os candidatos não ponderem sobre os pontos desvantajosos deste tipo de convênio, visualizando apenas os prós do trato. Igualmente pode acontecer com o empresário mal informado que não tem conhecimento acerca dos perigos de modificar a sua instituição num complexo de franquias.

O ato de criação de uma franquia é um meio do franqueador ampliar os negócios e reduzir os gastos da atividade empresarial. Examinando esses aspectos, é possível visualizar a dependência do franqueador sobre o franqueado ser um bom administrador, o que evidencia que a escolha do candidato é de suma importância para o sucesso da transação.

São incentivos para o franqueador: a expansão da rede é realizada com investimentos consideravelmente reduzidos e de forma mais rápida, já que o franqueado aplicará a maior parte da pecúnia, gerando economia para o franqueador; a franquia é administrada pelo franqueado, e o mesmo é o mais beneficiado com o êxito da atividade, assim, a dedicação é acentuada pelo risco. Deste modo, o ganho de eficiência é exponencial; instalação de unidades da franquia em localizações que seriam inviáveis para o próprio franqueador, seja no quesito de instalação fática e coordenação, seja por falta de verba; a expansão da rede do franqueador, torna a respectiva marca mais conhecida e familiar ao destinatário final, além da chance de aplicar no mercado sem perder espaço ou ter prejuízos; as despesas administrativas são mínimas, já que a quantidade de empregados para gerenciar a franquia é reduzida, além de que os problemas do cotidiano são de incumbência do franqueado; já que o franqueado é independente do franqueador, os salários e obrigações trabalhistas derivadas das relações de trabalho com os funcionários que trabalham na franquia são encargos do franqueado.¹⁹

¹⁹ Ministério do desenvolvimento, indústria e comércio exterior. **Cartilha – O Que é Franquia?**. Disponível em: <<https://content.portaldofranchising.com.br/wp-content/uploads/2019/04/07153815/O-que-e-CC%81-franquia.pdf>>. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

Um ponto a favor desse acordo para o franqueador que merece destaque é a divisão de responsabilidades relativas à administração das unidades. Dependendo do tamanho da rede de franquia, seria impossível para ele mesmo gerir todos estabelecimentos ao mesmo tempo, o que inviabilizaria a expansão da marca. Então, essa divisão de tarefas é de suma importância para o respectivo instituto.

A implementação da franquia apesar de benéfica para o franqueador, também traz pontos desfavoráveis para a constituição do contrato. Deste modo, a empresa que autorizar o uso de franquia pode sofrer com alguns problemas, tais como: a empresa franqueadora não fica com o lucro integralmente gerado pela franquia, recebendo apenas os *royalties* da franquia. Vale ressaltar que o risco da atividade é reduzido drasticamente, assim, compensando para o franqueador; a má gestão de uma franquia pode causar um dano ao nome e marca cedida pela rede, sendo muito importante um acompanhamento e fiscalização dos estabelecimentos; no instituto da franquia não existe subordinação entre as partes, o que pode acarretar em dificuldades de controle caso haja erros no exercício da atividade comercial; dificuldade na implementação de tecnologias por objeção do franqueado, o que causa uma necessidade de boa comunicação e convencimento do empresário para realizar benfeitorias; investimento no negócio de franquia só irá apresentar retorno quando uma quantidade elevada de franquias estiverem pagando os *royalties*.²⁰

Uma desvantagem que merece ser evidenciada é a gestão das unidades. Como tratado na presente seção, um ponto positivo desse negócio é a divisão de tarefas entre o franqueador e franqueado. Entretanto, a má gestão de certo estabelecimento pelo franqueado, por não seguir o padrão estabelecido pela rede, pode gerar danos à imagem da marca frente ao mercado e o consumidor.

É admissível afirmar que o contrato de franquia para a empresa cedente traz poucos pontos adversos, visto que os proveitos desse tipo de acordo para o franqueador são muito grandes, e em diversos fatores, como imagem, lucros, expansão da marca e nome da empresa, dentre outros.

Já no que concerne aos pontos positivos e negativos para o empresário candidato a franqueado são diferentes. Apesar dos obstáculos e estágios para adquirir uma franquia, é fundamental expor que como todo negócio no ramo empresarial, como respectivo instituto, tem suas vantagens e desvantagens.

²⁰ IGF, *Intelect* gerenciamento financeiro. **Franquia – Vantagens e Desvantagens das Franquias – Para o Franqueador**. Disponível em: <http://www.igf.com.br/aprende/dicas/dicasResp.aspx?dica_Id=3059> Acesso em: 16 de setembro de 2019.

Destarte, o franqueado ao se vincular uma empresa de renome e sucesso, esse convênio trará os seguintes benefícios: entrar no mercado com a credibilidade de uma marca de sucesso; franqueado também poderá usufruir de produtos e/ou serviços já conhecidos pelo consumidor; chance de sucesso no negócio é aumentada exponencialmente se comparado ao mesmo empreendedor iniciar uma empresa independente; ainda, o franqueado irá ser treinado e receberá orientação do franqueador, que também irá agir com diligência para manter o nome da sua marca; mesmo que a autonomia não seja completa, o franqueado não é subordinado ao franqueador, jurídica e financeiramente, ou seja, a empresa do pretendente será uma pessoa jurídica diversa, e todas as obrigações advindas disso serão de responsabilidade da empresa; custos de marketing são divididos entre todos os franqueados da rede, o que resulta numa economia considerável, o que poderá ser convertido em propaganda ou outro serviço com maior qualidade.²¹

Há diversas vantagens em conceber esse tratado para o franqueado, já que poder trabalhar com uma marca já inserida no mercado e de nome conhecido pelo consumidor, além de que, poder contar com suporte técnico, e orientação do franqueador. É comparando os prós de criar uma marca do zero entre adquirir uma unidade de uma franquia que se observa que a segunda encontra mais vantagens, e mais possibilidades de sucesso, não correndo os mesmos riscos do mercado, no qual uma nova empresa incorreria, sendo um atalho para o novo empreendedor obter retorno de seu investimento.

Entretanto, é evidente que o ato de adquirir uma franquia de uma marca renomada não abstém o franqueado de praticar todas as condutas prudentes para o sucesso da atividade, pelo simples fato que obter uma franquia não significa negócio perfeito, que não há riscos, mas sim, que minimiza a chances de fracasso da transação.

Podem ser destacados os pontos prejudiciais: não obstante o candidato poder sugerir locais para a instalação do estabelecimento, o franqueador tem a autoridade e direito da escolha final, o que ocasiona na determinação do local; algum fato ou rumor que seja direcionado a imagem da rede, pode afetar os negócios de todos os estabelecimentos; na hipótese do franqueador falhar na implementação do sistema, produto, *marketing*, o franqueado será atingido.

²¹ SEBRAE/RJ. **Visão do Empreendedor – Franquia: Vantagens e Desvantagens**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/franquia-vantagens-e-desvantagens,4be89e665b182410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

Também pode causar dano a franquia qualquer boato ou fato que atinja a imagem da marca; possíveis restrições de comercializar outros produtos que não sejam da franquia adquirida; falta de autônoma do franqueado; controle da atividade pelo franqueador.²²

Sobre os contras desse acordo, um que deve ter mais importância é relacionado a autonomia do franqueado. Verifica-se que o pretendente terá que se sujeitar as regras e regimento da empresa cedente da marca. E em decorrência disso, não poderá ter liberdade na administração da unidade, não detendo poder discricionário na gerência do negócio.

Uma questão relevante é sobre a taxa de franquia, que corresponde a compensação pela cessão da imagem e utilização da marca. Essa taxa, também chamada de *royalties*, relativa a utilização da franquia e todos os benefícios que à acompanham.

Na maioria dos casos, a taxa é sobre o valor mensal do faturamento do estabelecimento. O motivo dessa taxa ser variável é pelo fato de que esse tipo de contrato é de divisão de risco, pois recebendo uma porcentagem do lucro da franquia incentiva o franqueador a se dedicar no suporte e auxílio da sua rede, ao contrário, de um contrato de preço fixo, onde os valores recebidos não seriam atingidos por uma performance negativa da atividade.²³

A divisão de risco é um meio de incentivar o franqueador a ser mais presente na administração da rede de franquia, exercendo o seu poder de controle e auxiliando o franqueado no gerenciamento da unidade, ampliando os ganhos do estabelecimento, o que aumenta o valor dos *royalties*.

A literatura traz métodos de controle, que com a sua devida efetivação, podem servir como incentivos para que o franqueador e o franqueado mantenham-se empenhados no desempenho do negócio. Estes mecanismos são os direitos residuais (*residual claims*) e o autocumprimento contratual (*self enforcement mechanisms*). O primeiro representa os ganhos residuais, que se traduz nos proventos futuros que o franqueado detém, ou seja, o mesmo deve ter expectativas fundamentadas dos seus lucros, de modo que essa estimativa o incentive a seguir as normas de conduta impostas no contrato, evitando o desencaminhamento da atividade. Já o segundo, trata dos aspectos contratuais e seus benefícios, que estimulam o empresário a seguir nos padrões pactuados no acordo. Assim, o convênio deve conter cláusulas que

²² IGF, Intellect gerenciamento financeiro. **Franquia – Vantagens e Desvantagens das Franquias – Para o Franqueado**. Disponível em: <http://www.igf.com.br/aprende/dicas/dicasResp.aspx?dica_Id=3058> Acesso em: 16 de setembro de 2019.

²³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 581.

encorajem o autocumprimento do combinado, isto é, a manutenção do tratado seja sem muitas adversidades.²⁴

Esses mecanismos buscam encorajar a parceria entre o franqueado e franqueador, pois é, em decorrência dela, que o contrato será proveitoso para ambos. Se as partes buscarem seguir o acordado, seja a empresa cedente, não estipulando condições abusivas, seja para o administrador da unidade, em obedecer ao padrão da franquia no gerenciamento do estabelecimento.

Logo, é notório que existe um equilíbrio entre vantagens e desvantagens entre as partes, desde que a organização e sistema de implementação da franquia seja bem executado, proporcionando êxito na execução da atividade empresarial. A Associação Brasileira de *Franchising* – (ABF) fornece dados do setor de franquias, que com mais unidades e empregos, cresceu 7% no primeiro trimestre de 2019. Considerando os 12 meses anteriores, o crescimento foi de 7,5% (variação de R\$ 165,190 bilhões para 177,545 bilhões).²⁵

Assim, apesar de existirem pontos favoráveis e contrários para o franqueado, tanto para o franqueador, visto os dados do setor anteriormente citados, pode-se dizer que os riscos de fracasso são pequenos, ou seja, os pontos convenientes se sobressaem frente aos inconvenientes.

Deste modo, o instituto de franquia é eficiente na sua forma de prestar serviços e vender mercadorias, o que proporciona a expansão da rede, da sua empresa, que por sua vez, viabiliza ao pretendente a fazer um investimento mais seguro, com mais chances de sucesso no seu próprio negócio. Em vista disso, pode-se concluir que como todo negócio ou investimento, o estabelecimento de uma convenção de franquia é suscetível a erros, importando principalmente a colaboração entre o franqueador e franqueado, como um grupo bem estruturado para instauração da atividade.

²⁴ MELO, Pedro Lucas de Resende; ANDREASSI, Tales. **Franquias brasileiras – estratégia, empreendedorismo, inovação e internacionalização**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 63-64.

²⁵ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANQUIAS. **Com mais unidades e empregos, setor de franquias cresce 7% no 1º TRI de 2019**. Disponível em: <<https://www.abf.com.br/com-mais-unidades-e-empregos-setor-de-franquias-cresce-7-no-1o-tri-de-2019-2/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

3. DA HIPOSSUFIÊNCIA DO FRANQUEADO

Na presente seção, o artigo terá como objetivo abordar primeiramente, a hipossuficiência do franqueado, e, posteriormente, outros problemas do instituto, como, por exemplo, o desrespeito exclusividade territorial, eleição de foro, dentre outros. Para alcançar essa meta, será evocada a realidade fática, trazendo o que defende a literatura e a jurisprudência.

Conforme analisado nas seções anteriores, uma das características do contrato de franquia é a subordinação na administração do estabelecimento do franqueado frente ao franqueador, o que gera uma relação que necessariamente precisa de cooperação entre as partes, o que deve gerar frutos para a empresa cedente com a expansão da sua marca, e o retorno financeiro do investidor. É justamente por esse modelo que a franquia é atrativa para as partes, visto que com a junção dos conhecimentos de mercado do franqueador, com o capital do empreendedor, aumentará o sucesso do empreendimento.

Essa sujeição do franqueado é configurada pelo fato da administração do negócio seguir todo o regulamento elaborado pela empresa dona da marca, ou seja, ingressando na cadeia de distribuição e compactuando implicitamente com essa subordinação e com o modelo de mercado da franquia. A presente característica é tão enraizada no mercado, que o não seguimento do padrão estabelecido pelo franqueador é hipótese de rescisão do acordo.

Questão que suscita debates entre literatura e os tribunais é acerca da franquia ser classificado como um contrato de adesão. Silvio de Salvo Venosa expõe que “a adesão é quase sempre uma de suas características: o franqueador somente admite no negócio quem aceitar seus termos, com exigência de obediência contínua a determinado padrão de conduta.”²⁶

Sendo assim, no plano teórico, o contrato de franquia deve ser elaborado por ambas as partes, porém, não é o que acontece na realidade, sendo o acordo totalmente elaborado pelo franqueador, ficando o pretendente aderir a imposição de todas as condições do negócio ou recusar.

O Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais de Justiça já possuem esse entendimento, o qual o termo de franquia é um contrato de adesão:

Decisão: Afasto a preliminar de convenção de arbitragem. O contrato apresentado é de adesão, tanto que conta com o logotipo da franqueadora, e assim, a aderente não tem condições de discutir o seu conteúdo. Em sendo

²⁶ VENOSA, Silvio S. **Direito Civil: contratos em espécie**. Vol. 3. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017. p.509.

contrato de adesão, deveria ser observada a formalidade do artigo 4º, par. 2º, da Lei 9.307/96, que prevê: "Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

[...]Assim, com fundamento na doutrina e nos julgamentos deste Superior Tribunal de Justiça, o contrato de franquia ou franchising é inegavelmente um contrato de adesão.²⁷

Verifica-se, com a decisão acima, que o STJ, estabelece de forma clara que “todo contrato de franquia ou *franchising* é inegavelmente um contrato de adesão”.

Como observado, a jurisprudência trata o contrato de franquia como de adesão, ou seja, o franqueado apenas pode aceitar as cláusulas inseridas no termo. E o cerne da problemática é esse, pois, onde o mesmo encontrará amparo legal, visto que o mesmo Superior Tribunal de Justiça não autoriza a aplicação análoga do Código de Defesa do Consumidor, como na decisão a seguir:

Decisão: I. O contrato de franquia, por sua natureza, está sujeito ao âmbito de incidência da Lei nº 8078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais.²⁸

Analisa-se que o na decisão do recurso especial acima, foi negada a aplicação do CDC.

Assim, se o CDC não pode ser aplicado a esses tipos de litígio, qual vai ser o amparo legal do franqueado, já que o contrato é de adesão, e ele encontra-se em desvantagem em decorrência deste fato? Um instituto dessa magnitude deve ficar relegado aos artigos 423 e 424 do Código Civil, que tratam de forma genérica este tipo de contrato? Fica evidente a hipossuficiência e vulnerabilidade do franqueado, seja em conflitos judiciais, ou na própria subordinação contratual frente ao franqueador.

A hipossuficiência do franqueado ainda pode ser analisada sob outro panorama, através do instituto da subordinação empresarial e assimetria da relação contratual, que tem sua origem no contrato elaborado. Essa regra é decorrente da vulnerabilidade técnica, econômica e jurídica, que gera um estado de submissão do franqueado em frente ao franqueador, que diversas vezes

²⁷ STJ. REsp **1.602.076** - SP, Relatora Min. NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/09/2016, Data de Publicação: DJe 03/09/2016.

²⁸ STJ. REsp **632958** - SP, Relator Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 04/03/2010, Data de Publicação: DJe 29/03/2010.

não cumpre com o que foi estabelecido no acordo.²⁹ É importante destacar que essa ciência em estudo não se confunde com a hipossuficiência regulamentada no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse tipo de convênio, o franqueado paga a taxa de *royalties* em troca da concessão do uso da marca e do *know-how*, que assim, compõe os três elementos essenciais desse tipo de acordo: *management*, *engineering* e o *marketing*. É em razão disso que o franqueado é hipossuficiente, dado que esses fatores são fornecidos pelo franqueador, cabendo ao primeiro apenas seguir todas as regras estabelecidas pelo segundo, e é em decorrência disso que o franqueado é totalmente subordinado, não detendo poder de escolha, seja em um novo modo de produção, seja na escolha do local para implementação do estabelecimento.

Desse modo, a empresa cedente que estipular quaisquer cláusulas à isentando de qualquer tipo de responsabilidade perante o fracasso de um estabelecimento franqueado denota a hipossuficiência do empreendedor, devendo essa condição ser declarada nula, já que não houve negociação acerca desse item, uma vez que o respectivo acordo é um contrato de adesão, configurando a subordinação empresarial e a assimetria da relação contratual.

Juízes de primeiro grau e tribunais de justiça vêm adotando o posicionamento acima exposto:

Contrato de franquia. Multa contratual em razão de **descumprimento de obrigações pela franqueadora**. Previsão expressa (Cláusula 13, parágrafo único, item 9) de que caberá à parte culpada pela violação o pagamento de multa de R\$ 20.000,00. Faltas da ré que dificultaram a implantação e o regular desenvolvimento do negócio pela apelada, que não se pôde estabelecer como o esperado. Multa devida. Dano Moral. Indenização proporcional ao dano, que bem atende aos requisitos de sanção da conduta e reparação. Sentença mantida. Recurso desprovido.³⁰

Observa-se, que na decisão relativa ao acordão acima, a franqueadora foi penalizada pelo insucesso da unidade, em consequência da falta de suporte e cumprimento do estabelecido no contrato.

²⁹ SANTOS, Alexandre David. **Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. p. 60. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSERTACAO20FINAL20REVISADA20BANCA2021-1120162028429.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 16 de outubro de 2019.

³⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. APL **10088269020138260309**, Relator(a): José Araldo da Costa Telles, Data de julgamento: 08/10/2018, 2º Câmara reservada de Direito Empresarial, Data de publicação: 08/10/2018.

O que se busca com essa nova tese, é evidenciar que a simples venda de uma unidade de franquia, não configura o contrato em si, tendo necessidade de incluir a prestação do serviço de organização e administração empresarial, e ainda, a disponibilidade do grupo de técnicas e informações detidas pela empresa dona da marca, que irá viabilizar de fato a diminuição dos riscos da atividade.

É indispensável apontar que essa subordinação empresarial é intrínseca a esse tipo de instituto, ou seja, todo contrato de franquia tem essa característica. A própria organização da unidade, e padronização da franquia é decorrente dessa subordinação/hipossuficiência.

Em razão da atualidade dessa tese, ainda não é formado um entendimento sólido sobre o tema. Entretanto, a jurisprudência caminha no sentido de reconhecer a hipossuficiência do franqueado, concedendo inversão do ônus da prova em favor do franqueado, como na seguinte decisão:

[...]Na distribuição do ônus da prova, incumbirá à ré a prova de que cumpriu com o estabelecido na legislação pertinente (lei de franquia e código civil), na fase pré-contratual e na celebração do contrato, reconhecendo-se, nesse ponto, a hipossuficiência dos autores.³¹

Nota-se que, com a decisão acima, a prova do cumprimento de todas obrigações são encargos do franqueador.

Os julgados trazidos na presente seção, mostram que desembargadores e juízes estão entendendo a forma de agir dos franqueadores e como a vulnerabilidade do franqueado é notória na esfera empresarial.

Outra questão bastante polêmica no contrato de franquia, é sobre a cláusula de eleição de foro. Devido a lei 8.955/94 não impor limites em diversas questões, inclusive a de foro, gerou-se a presunção da possibilidade de acordar uma localidade específica para resolver possíveis conflitos entre as partes. Todavia, como já abordado na presente seção, o respectivo convênio é de adesão, ou seja, totalmente elaborado pelo franqueador, não havendo debates sobre as cláusulas impostas ou não.

E, em razão disso, em alguns casos, a empresa cedente por deter todo o poder de escolha, elege foros distantes da localidade da franqueada, dificultando o acesso à justiça e a possibilidade do empreendedor exercer seu direito.

³¹ SÃO PAULO. 6ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí. Processo nº **10088269020138260309**, Juiz: Dirceu Brisolla Geraldini, Data de julgamento: 25/08/2018, Data de publicação: 02/09/2014

Decisão: I. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça entende que é válida a cláusula de eleição de foro estabelecida em contrato de franquia, exceto quando reconhecida a hipossuficiência da parte ou a dificuldade de acesso à justiça.³²

Verifica-se que o STJ reconhece a invalidade da cláusula de foro, desde que identificada a hipossuficiência.

Todavia, também há julgados da própria corte superior, que destoam do até então exposto, como a seguinte decisão:

Decisão: I. Levando se em conta os expressivos valores pactuados no contrato de franquia sub judice e a não demonstração de inviabilização do acesso ao Poder Judiciário, uma vez que o fato isolado da empresa-recorrida não se encontrar em atividade, em virtude da rescisão ora discutida, não é suficiente para considerar inviável a defesa de seus direitos no foro contratado, tem-se que as empresas, ora litigantes, são suficientemente capazes sob o enfoque financeiro, jurídico e técnico, para demandar em qualquer comarca que, voluntariamente, assim contrate.³³

Identifica-se que não foi reconhecida a hipossuficiência da franqueada em razão de motivos financeiros. A problemática da questão reside nesse problema, a hipossuficiência de cada caso, de cada processo é extremamente subjetiva, não havendo um parâmetro para essa constatação.

Como defendido previamente na presente seção, o contrato de franquia é de adesão, devendo essa hipossuficiência ser reconhecida de plano. Os tribunais não podem tratar a exceção como regra. Na maioria dos casos, o franqueado não irá ter poder de enfrentar em nenhum sentido, seja em poder financeiro, conhecimento técnico, e jurídico frente a empresa dona da marca.

Assim, a cláusula que estipular condutas abusivas, e que impossibilitem o franqueado a exercer de pleno direito suas prerrogativas, podem e devem ser revogadas, para que o mesmo não fique em desequilíbrio na relação contratual.

Dito isto, é devido a esse cenário que se opõe ao modelo de franquia do campo teórico, posto que o respectivo instituto deveria ser um acordo em que as partes deveriam deter o poder de escolha, onde ambos seriam capazes de estipular as cláusulas do contrato. Isto é, o pretendente a franqueado não pode influenciar na confecção do acordo, cabendo ao mesmo

³² STJ. AgRg no AREsp **563993** - GO, Relatora Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 17/03/2015, Data de Publicação: DJe 23/03/2015.

³³ STJ. REsp **813481** – DF, Relator Min. MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 11/03/2008, Data de Publicação: DJe 30/06/2008

aderir ao convênio com todas as exigências elaboradas pelo franqueador ou recusar-se a efetuar o trato.

Ainda, é necessário abordar uma das cláusulas mais importantes do contrato de franquia, trata-se da exclusividade territorial, também chamada de cláusula de raio, dado que essa disposição delimita a área de atuação do franqueado, podendo ser um país, estado, cidade ou um bairro, inviabilizando a implementação de outra unidade pelo mesmo franqueador na zona marcada. Essa condição tem como objetivo evitar uma concorrência entre franqueados da mesma marca, evitando saturação do mercado na região e prejuízos nas próprias unidades.

A literatura e a jurisprudência divergem no aspecto de exclusividade territorial ser uma característica impositiva ou não do contrato de franquia. A primeira favorece o posicionamento em que todo acordo deve conter uma delimitação territorial. Já a segunda, defende que a facultatividade da existência da cláusula de raio. Sebastião José Roque defende que “a exclusividade do franqueado no território de sua atuação é condição *sine que non* da franquia e deve ser concedida e mantida pelo franqueador.”³⁴

Visando o lucro, o franqueador pode abrir vários estabelecimentos franqueados, visto que o importante é o faturamento final, e a criação de vários pontos provavelmente irá aumentar seu faturamento final. Entretanto, para o franqueado, isso pode se tornar um empecilho para o desenvolvimento da sua empresa, já que com grande um grande número de lojas, no mesmo território, deve diminuir os lucros individuais de cada franquia. No Brasil, esse fenômeno de conceber várias unidades, é denominado de “canibalização”, onde ocorre a concorrência de várias lojas franqueadas entre si.³⁵

O posicionamento acima suscitado, é seguido pelos tribunais de justiça do país, como por exemplo no julgado a seguir:

Apelação. Franquia. Quebra de cláusula contratual de exclusividade quanto a marca franqueada. Curso Yázigi. Desrespeito de limites territoriais. Canibalismo. A sentença declarou o direito de exclusividade da autora na área indicada no contrato, determinando ao franqueador que se abstenha de conceder novas licenças ou execuções de franquia (método Yázigi e utilização de marca), respeitando a exclusividade da autora no bairro do Recreio dos Bandeirantes, Rio de Janeiro - RJ, sob pena de multa por ato de R\$ 100.000,00; a se abster de fornecer material didático para a ST GEORGES, sob pena de multa por ato de R\$ 2.000,00, bem como a promover propaganda ou qualquer tipo de divulgação eletrônica, em sítio

³⁴ ROQUE, Sebastião José. **Do contrato de franquia empresarial**. 1. ed. São Paulo: Cone, 2012. p.60.

³⁵ MELO, Pedro Lucas de Resende; ANDREASSI, Tales. **Franquias brasileiras – estratégia, empreendedorismo, inovação e internacionalização**. São Paulo: Cengage Learning, 2012. p. 61.

eletrônico, ou qualquer outro meio, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, a indenizar a autora por perdas materiais, a serem liquidadas por arbitramento (artigo 509, do NCPC), por meio de perícia, determinada com base no lucro (e não na receita bruta) perdida por conta do desvio de alunos para a unidade St. George, a contar de 6 de setembro de 2017 (e não como requerido na inicial) até a cessação das operações daquela unidade e custas parciais (1/2) e honorários, que fixado em 10% sobre o valor a ser indenizado, pela ré.³⁶

Verifica-se que a quebra da exclusividade territorial enseja diversas sanções judiciais e indenizações, como multa, lucros cessantes, dentre outros.

Deste modo, fica evidente que, a jurisprudência adotou o posicionamento da não necessidade de o contrato de franquia conter uma cláusula de raio, ou seja, a especificação dessa norma é determinada por conveniência e oportunidade do franqueador. O que denota o quanto isso é prejudicial ao franqueado, reforçando o posicionamento de que todo franqueado é hipossuficiente frente à empresa cedente da marca.

OBSERVAÇÃO: No início da pesquisa para a realização do respectivo artigo científico, não havia nenhum projeto de lei ou perspectiva de uma possível elaboração da mesma. Todavia, após o término do trabalho, para surpresa de todos, foi promulgada uma nova lei de franquia na data de 27 de dezembro de 2019, ou seja, após o fim do período letivo e de orientação. Assim, não foi possível tratar sobre a nova lei, visto que todo o projeto foi elaborado com base na lei anterior. Dito isto, agradeço a compreensão de todos.

³⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. APL 00084118920178190209, Relatora Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, Data de julgamento: 01/11/2018, 26ª Câmara Cível, Data de publicação: 05/11/2018

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo a análise do contrato de franquia, o qual possibilita grande segurança para quem quer investir em algo prático, pois ao realizá-lo, o empresário irá apostar em uma marca que já existe no mercado de trabalho, facilitando para que o mesmo desenvolva seu projeto de forma rápida. Além disso, não precisa investir de forma desproporcional para que isso venha a ocorrer, visto que esse modelo de contrato já é bastante utilizado justamente por não causar prejuízos a quem o adota, porém não pode ser ignorado o fato de que ao adquirir o contrato de franquia, o empresário deve seguir todas as regras impostas para a realização do mesmo, para que tenha a melhor evolução possível.

Conforme tudo que foi estudado neste trabalho, fica evidente que o contrato de franquia possui benefícios ora para o franqueado, ora para o franqueador, sendo, dessa forma, considerado como um dos melhores modelos empresariais para desenvolver negócio próprio.

Porém, a lei 8.955 de 1994 é silente em diversas questões, o que acaba deixando margem para diversos posicionamentos, e em decorrência deste fato, a literatura, jurisprudência e a própria prática empresarial detêm condutas e entendimentos distintos, ocasionado insegurança jurídica acerca do respectivo instituto.

Diante da grande necessidade de alterações na legislação pátria e também na jurisprudência, fica evidente que isso ocorre ao ser notado que o franqueado mesmo tendo benefícios, não os possui da mesma forma que o franqueador possui, um dos principais exemplos deste caso é o contrato ser de adesão, que por muitas vezes gera termos abusivos, como a cláusula de foro, a qual pode ser elaborada pelo franqueador, e em razão disso, na maioria dos casos a empresa cedente por deter todo o poder de escolha, elege foros distantes da localidade da franqueada, dificultando o acesso à justiça e a possibilidade do empreendedor exercer seu direito.

É importante observar que a jurisprudência já caminha no sentido de reconhecer a hipossuficiência, como foi apresentado no devido trabalho, porém ainda precisa de muito para que o franqueador e o franqueado sejam vistos de forma igualitária, dessa forma é evidente que a literatura não pode deixar de dedicar-se à criação de teses jurídicas que permitam maior igualdade no tratamento de ambos, as decisões jurisprudenciais também, precisam estar mais atentas à realidade que vem ocorrendo em relação ao sistema de franquia brasileiro. Se não

ocorrer esse aprofundamento no estudo de novos institutos jurídicos, ou os sujeitos dessas relações estarão fadados a submeter-se a uma lei morta.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado. **Processo nº 08019788920168020000**. Desembargadora Elisabeth Carvalho Nascimento. 2ª Câmara Cível de Alagoas. Data de julgamento: 04/05/2017, Data de publicação: 05/05/2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANQUIAS. **Com mais unidades e empregos, setor de franquias cresce 7% no 1º TRI de 2019**.

Disponível em: <<https://www.abf.com.br/com-mais-unidades-e-empregos-setor-de-franquias-cresce-7-no-1o-tri-de-2019-2/>>. Acesso em: 22 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei de Franquia Empresarial – Lei nº 8.955/1994**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm>. Acesso em: 01 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e de Falência – Lei nº**

11.101/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.602.076 – SP 2016/0134010-**

1, Relatora: Ministra: NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento:15/09/2016, T3 – TERCEIRA TURMA, Diário de Justiça Eletrônico, Data de Publicação:03/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **AgRg no AREsp 563993 - GO**, Relatora: Ministra:

MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 17/03/2015, T4 – QUARTA TURMA, Diário de Justiça Eletrônico, Data de Publicação: DJe 23/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 632958 - AL**, Relator: Ministro: ALDIR

PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 04/03/2010, T4 – QUARTA TURMA, Diário de Justiça Eletrônico, Data de Publicação: DJe 29/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 813481 – DF**, Relator: Ministro: MASSAMI

UYEDA, Data de Julgamento: 11/03/2008, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, Data de Publicação: 30/06/2008.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla. **Curso avançado de direito comercial**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial. Direito de empresa – contratos; recuperação de empresas**. Vol. 3. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

IGF, Intellect Gerenciamento Financeiro. **Franquia – Vantagens e Desvantagens das Franquias – Para o Franqueador**. Disponível em: <http://www.igf.com.br/aprende/dicas/dicasResp.aspx?dica_Id=3059> Acesso em: 16 de setembro de 2019.

IGF, Intellect Gerenciamento Financeiro. **Franquia – Vantagens e Desvantagens das Franquias – Para o Franqueado**. Disponível em: <http://www.igf.com.br/aprende/dicas/dicasResp.aspx?dica_Id=3058> Acesso em: 16 de setembro de 2019.

FAZZIO, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial – Contratos e Obrigações Comerciais**. Vol. 3. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELO, Pedro Lucas de Resende; ANDREASSI, Tales. **Franquias brasileiras – estratégia, empreendedorismo, inovação e internacionalização**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. **Cartilha – O Que é Franquia?**. Disponível em: <<https://content.portaldofranchising.com.br/wp-content/uploads/2019/04/07153815/O-que-e-CC%81-franquia.pdf>>. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**. Vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. **Processo nº 0084118920178190209**, Desembargadora: Natácha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira. 26ª Câmara Cível Data de julgamento: 01/11/2018, Data de publicação: 05/11/2018
ROQUE, Sebastião José. **Do contrato de franquia empresarial**. 1. ed. São Paulo: Cone, 2012.

SANTOS, Alexandre David. **Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo.
Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17511/DISSE RTACAO20FINAL20REVISADA20BANCA2021-1120162028429.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 16 de outubro de 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Processo nº 10088269020138260309**. Desembargador José Araldo da Costa Telles. 2ª Câmara reservada de Direito Empresarial de São Paulo.
Data de julgamento: 08/10/2018. Data de publicação: 08/10/2018.

SEBRAE – Rio de Janeiro. **Visão do Empreendedor – Franquia: Vantagens e Desvantagens**. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/franquia-vantagens-e-desvantagens,4be89e665b182410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

SZTCHTA, Everton Luiz, **Contratos internacionais de franquia**, Revista Brasileira de Comércio Internacional – RBDI. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/5279/3996>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

VENOSA, Silvio S. **Direito Civil: contratos em espécie**. Vol. 3. 17. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

ANEXO A – TABELAS COM PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO CONTRATO DE FRANQUIA

Pontos positivos e negativos para o franqueado:

Positivos	Negativos
Credibilidade de marca conhecida	Taxa de franquia
Suporte técnico do franqueador	Localização forçada
Plano de negócio	Pouca flexibilidade
Maior garantia de mercado	Risco de falhas no sistema
Economia de escala	Risco de desistência
Pesquisa e desenvolvimento	
Know-how	

Pontos positivos e negativos para o franqueador:

Positivos	Negativos
Expansão veloz	Divisão de receita
Mais eficiência	Retorno a prazos mais longos
Estrutura central reduzida	Possibilidades de disputa com os franqueados
Ingresso em novos mercados	Risco vinculado a atuação dos franqueados
Feedback	Perda de sigilo
Fortalecimento da marca	Cuidados para seleção
Menos riscos trabalhistas	Perda de padronização
Descentralização	
Melhor publicidade	