



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

RODNEY MANFIO DOS REIS

CONSIDERAÇÕES E EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

ASSIS/SP

2012



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

RODNEY MANFIO DOS REIS

CONSIDERAÇÕES E EXTINÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao IMESA – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis e a FEMA – Fundação Educacional do Município de Assis – como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação específica do Professor Leonardo de Gênova e orientação geral do Professor Rubens Galdino da Silva.

ASSIS/SP

2012



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

Folha de Aprovação

Assis, _____ de _____ de _____

Assinatura

Orientador: Profº. Leonardo de Gênova: _____

Examinador: _____ : _____

ASSIS/SP

2012

Dedicatória

Dedico este trabalho àqueles que mais amo: meus filhos, Renan e Barbara, que muitas noites sentiram minha ausência, enquanto eu estudava, à minha esposa Adriana, que sempre me dá total amparo e apoio em minhas caminhadas, minha mãe que sempre me amou de uma maneira especial, as pessoas que de uma forma ou de outra me apoiaram nesta jornada, dedico esse trabalho, sobretudo a Deus, pois sem Ele nada disso existiria.

Agradecimentos

A todos meus Professores, em especial ao meu orientador, Leonardo de Gênova, pela ajuda e motivação, aos meus amigos de turma e aqueles que estenderam suas mãos nas horas em que mais precisei, que de uma forma ou de outra sempre vão estar em minhas memórias e deixarão saudades.

“Escrevi o contrato, selei-o, chamei as testemunhas, depois pesei a prata numa balança.”

Jeremias 32,10.

Resumo

O presente trabalho analisa as vantagens e desvantagens de se tornar um franqueado ou um franqueador, para pessoas que gostam de trabalhar com responsabilidade social esta é uma boa opção de negócio.

A franquia é apontada como opção segura, econômica e confiável, visto que, a consolidação desta estrutura profissional de administração traz consigo muitos benefícios ao franqueado, tais como: compra concentrada, planejamento financeiro, rotinas e normas operacionais, padrões pré-estabelecidos, foco e direcionamento para seu público alvo, análise de viabilidade comprovada, retorno do investimento e lucro determinado. É importante destacar o impacto da marca de uma franquia, ela assegura vantagem competitiva. Existe a preocupação de como se extingue uma franquia, muito embora seja um contrato por tempo determinado, é comum as partes estabelecerem cláusulas que lhes faculte solicitar a extinção a qualquer tempo.

Palavras – chave

Franquia – Franqueado – Franqueador – Extinção

Abstract

This work analyzes the advantages and disadvantages of becoming a franchisee or franchisor, for people who like to work with social responsibility, this is a good option for business.

The franchise is singled out as safe, affordable and reliable option, since the consolidation of this professional structure of Directors brings many benefits to the franchisee, such as: concentrated purchase, financial planning, routines and operational standards, established standards, focus and direction for your target audience, feasibility analysis, return on investment and proven profit determined. It is important to highlight the impact of the mark of a franchise, it ensures a competitive advantage. There is concern as extinguished a franchise, even though it is a contract for a fixed period, it is common to the Parties establishing clauses that provide them request the revocation at any time.

Keywords

Franchisee – Franchisor – Franchise – Extinction

Sumário

Introdução	10
Capítulo I	12
1.1 – Evolução histórica da Franquia	12
1.2 – Conceito de Franquia	14
1.3 – Legislação aplicada à Franquia	15
Capítulo II	17
2.1 – Espécies de Franquia	17
2.2 – Elementos essenciais da Franquia	18
2.3 – Objeto do contrato de Franquia	20
2.4 – As principais cláusulas do contrato de Franquia	21
2.5 – Das obrigações do franqueador	23
2.6 – Das obrigações do franqueado	25
Capítulo III	30
3.1 – Das formas de extinção do Contrato de Franquia	28
3.2 – Do Inadimplemento Voluntário das Cláusulas Contratuais	29
3.3 – Matéria Jurisprudencial	32
Conclusão	41
Referências	42
Anexo Lei nº 8955/94	44

Introdução

O objetivo deste trabalho é apresentar a criação, o desenvolvimento e a extinção de uma Franquia. A Lei de Franquia Empresarial é omissa no tocante aos requisitos necessários à elaboração do instrumento jurídico. Tal omissão gera grande desconforto quando da elaboração do referido instrumento, haja vista que todos os direitos e deveres das partes contratantes deverão ser transcritos, de modo a evitar eventuais conflitos futuros, como na extinção de um contrato de franquia, talvez, o problema maior entre franqueado e franqueador, quando se fala em contrato de Franquia é como ela se extingue.

O Brasil é um dos maiores mercados mundiais de franquias, ocupando atualmente em número de unidades e em quantidade de marca dentro do país, que por sua vez, é predominantemente composto por empresas nacionais, e, com a solidificação desse setor, aumentam-se os casos de franquias nacionais a procurarem o mercado internacional.

As normas atende o crescimento, mas precisa ser ampliada e revisada, a Franquia está se expandindo cada vez mais, onde, está se tornando um dos principais fatores para o desenvolvimento do nosso país. No Brasil esse processo ainda está em crescimento, e, dentre essas empresas que estão se globalizando, no mercado das franquias cresce cada vez mais.

Desta maneira, a elaboração de um instrumento jurídico minucioso enseja às partes contratantes maior segurança jurídica, peculiaridade inerente ao sistema e característica cada vez mais solicitada nas relações empresariais cotidianas.

A extinção do contrato de franquia é automática, no final do prazo estipulado, ou a qualquer momento, através da vontade recíproca das partes. Poderá também ocorrer à extinção se uma das partes se omitir em assumir as obrigações pactuadas, de acordo com as cláusulas contratuais. Basta, no entanto que a parte que se sentir prejudicada, requeira rescisão, juntando provas da infração ocorrida, é neste conflito que surgiu o problema da extinção da Franquia.

Como é um negocio jurídico bilateral, ou seja, um ato jurídico que cria, extingue ou modifica obrigações. Nos contratos bilaterais como nos de

franquia, ambas as partes ocupam simultaneamente a dupla posição de credores e devedores, e o problema da extinção da Franquia está em vários julgados em que o franqueador deve prestar assistência para o franqueado e para isso terá que possuir uma estrutura adequada para tal.

É de costume estabelecer cláusulas que possam extinguir o contrato por ato unilateral. Justificam-se essas cláusulas pelo fato da franquia ser um contrato de boa-fé. Se não interessar mais ao franqueado a continuação da franquia, basta comunicar ao franqueador a sua intenção de desfazer o contrato, sem necessidade de explicar os motivos que o levaram a tomar essa decisão.

Além disso, podemos considerar que o contrato de franquia também é importante para a sociedade?

Capítulo – I

1.1 – Evolução Histórica da Franquia

A origem da franquia se relaciona na figura dos cidadãos do antigo Estado Romano, que eram autorizados a arrecadar tributos, esses cidadãos eram chamados de “publicanos”, agentes do fisco, encarregados da arrecadação e lançamento dos tributos. Desta maneira os particulares exerciam funções quase públicas.

“Os publicanos em regra, constituíam sociedades a fim de que pudessem desenvolver melhor as atividades cujo exercício lhes fora autorizado, eram formados por banqueiros e capitalistas que dominavam o mercado e desenvolvia em grandes proporções entre as províncias e a metrópole, praticando especulações e usura em vista da manipulação de vastas operações que se estenderam em torno do mar mediterrâneo, associaram-se em corporações para o arrendamento dos tributos públicos e, ocasionalmente incluía em suas atividades a exploração de contratos de obras públicas e de fornecimentos.”
(SILVA, 2004, p. 343).

Observando séculos passados, verificamos que a Igreja seguiu esse mesmo modelo de substituição de titularidade, aumentando seu patrimônio consideravelmente, recebendo grandes doações de terras, de pessoas preocupadas em ganhar o céu, entre elas, nobres, burgueses e outros. A arrecadação não parou por aí, a cobrança do dizimo imposta pela Igreja Católica na Idade Média, autorizava os senhores de terras para que cobrasse e coletasse o dizimo, retinham uma parte e, repassavam o restante do valor coletado para Igreja, era um modelo rudimentar de franquia, que com o passar do tempo foi se aprimorando e se modernizando.

Por volta de 1860, nos Estados Unidos, há sinais de contrato de franquia na esfera privada, com a indústria de máquinas de costura Singer, que teve o objetivo de expandir seus negócios, aumentar o faturamento e, com o investimento de pouco capital estabelecer novos pontos de venda em todo território americano. O sucesso desse modelo de comercialização provocou reações de reprodução, e outros segmentos como a General Motors, fabricante de peças e veículos automotivo, encontrou na franquia sua expansão para

distribuir seus produtos no comércio varejista. A Coca-Cola adotou o sistema para engarrafamento dos seus produtos, e muitas outras pequenas e médias empresas norte americanas copiaram esse novo método de distribuição, comercialização de produtos e serviços.

A transferência de know-how aumentou gradativamente com o final da segunda guerra mundial, as pessoas procuravam novas oportunidades para se reerguerem nesse novo método de distribuição e comercialização de produtos e serviços, em 1954 surge o McDonald's na cidade de Illinois, EUA (Estados Unidos da América), que se transformou numa das maiores cadeias de lojas de alimentação rápida do mundo e referência em franquia.

A franquia desde então se espalhou por todo o mundo, na Ásia e Europa, cresceu em larga escala por ser um meio válido para fomentar e formar um grande número de pequenas e médias empresas, com grande fornecimento de produtos, bom retorno em curto prazo e uma lucratividade acima do esperado.

No Brasil a franquia não teve interesse de imediato, houve alguns casos pioneiros antes da década de 90, como a Kibon, Coca-Cola, alguns postos de combustíveis, revendas de veículos e o surgimento dos shopping centers (centro de compras) que veio a beneficiar as vendas no varejo e os consumidores que passaram a exigir as marcas de mercadoria. Com isto, foi muito estipulado a criação de marcas, que fez com que os fabricantes investissem no aprimoramento e difusão de suas marcas, principalmente através do sistema de franquias. A partir dos anos 90 é que se procurou a incentivar o uso da franquia, principalmente por órgãos governamentais, a expansão da franquia no Brasil se deu pelas empresas de prestígio que precisavam ampliar sua rede de distribuição.

“Portanto o incentivo para o novo empreendedor era o prestígio da marca de um determinado produto, cujo uso lhe era facultado por contrato pelo fabricante, abrindo largo campo de distribuição junto a uma clientela já satisfeita com a qualidade dos produtos. Os desafios da vida moderna e um mercado globalizado contribuíram para o aprimoramento e sofisticação do contrato de franquia, capaz de atrair cada vez mais um grande número de pessoas interessadas em atuar nesse segmento, como franqueador ou como franqueado”.

(NEGRÃO, 2011, p. 308).

A franquia atrai empresário que deseja promover a expansão de seus negócios sem precisar investir muito, segundo a ABF (Associação Brasileira de Franchising – www.portaldofranchising.com.br), a franquia seduz todo aquele que sonha em ter seu próprio negócio, com a segurança e vantagens de uma marca com o sucesso comprovado.

1.2 – Conceito de Franquia

É o sistema pelo o qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos e serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia e implantação de administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, sem que, no entanto fique caracterizado vínculo empregatício.

“A franquia é um contrato pelo qual o empresário (franqueador – franchisor) licencia o uso de sua marca a outro (franqueado – franchise) e presta-lhes serviço de organização empresarial, com ou sem venda de produtos. Através deste tipo de contrato, uma pessoa com algum capital pode estabelecer-se comercialmente, sem precisar proceder ao estudo e equacionamento de muitos dos aspectos do empreendimento, basicamente os relacionados com a estruturação administrativa, treinamento de funcionários e técnicas de marketing, isto porque, tais aspectos encontram-se já suficiente e devidamente equacionados pelo titular de uma marca de comércio ou serviço e ele lhe fornece os subsídios indispensáveis à estruturação do negócio”.
(COELHO, 2010, p. 443).

No Direito Brasileiro, franquia vem da expressão franchising que deriva do francês, significava outorgar um determinado privilegio a alguém, dar autorização a alguém, atualmente o significado é estar praticando um conjunto de atividades mercantis, destinada a promoção de um complexo processo de distribuição de mercadorias e revendas em larga escala.

“A franquia que tem como elementos diferenciais, o uso necessários de bens intelectuais do franqueador (franchisor), e a participação na execução do franqueado (franchise), ou seja, no produto das vendas efetivadas. Caracteriza-se contrato de Franquia pela licença outorgada a empresa comercial autônoma, para a colocação de produtos no mercado com o uso da marca do titular, que lhe presta assistência técnica e comercial, tudo mediante percentual incidente sobre o respectivo faturamento. Permite,

assim, ao titular do direito, que também comercializa os mesmos bens, a disseminação de marcas e de produtos de seu interesse, sob a utilização de criações intelectuais ou de direitos de propriedade industrial que possui. Compreende-se na franquia a utilização de marca ou nome comercial e a assistência técnica comercial, e até financeira à franqueada, que fica autorizada a operar em determinada área, ou com exclusividade no setor, distingue-se desse modo, da concessão mercantil que se reduz a intermediação na colocação de produtos, embora possa envolver a concessão do uso da marca”.
(BITTAR, 2008, p. 207).

A propósito, Fran Martins define franquia como sendo:

“o contrato que liga uma pessoa a uma empresa para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a essas estejam ligadas por vínculo de subordinação”.
(MARTINS, 1996. p. 486).

Por sua vez, Nelson Abrão observa que franquia é:

“um contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador), concede seu uso a outro empresário (franqueado), posicionando em nível de distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e método para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios pelo franqueado. A franquia consiste na conjugação de dois contratos: o de licenciamento de uso de marca e o de organização empresarial. Geralmente o franqueado, dispõe de recursos financeiros e deseja constituir uma empresa comercial ou de prestação de serviços, contudo, não tem os conhecimentos técnicos e de administração e economia, geralmente necessários ao sucesso do empreendimento, e nem os pretende ter. Do outro lado, há o franqueador, titular de uma marca já conhecida dos consumidores, que deseja ampliar a oferta do seu produto ou serviço, mas sem as despesas e riscos à implantação de filiais, na franquia, ambas as partes têm vantagens”.
(ABRÃO, 1995. p. 27).

1.3 – Legislação aplicada à Franquia

A franquia empresarial apresenta algumas desvantagens, em especial quanto aos franqueados que se sentem desamparados e desprotegidos pela atual legislação, a qual consideram abstrata, pouco descritiva e, ao deixar diversas brechas, enseja acirradas discussões judiciais.

“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.”
(Dispõe o art. 2º, da Lei nº 8.955/94)

Como se percebe, o Legislador buscou descrever as características gerais do contrato de franquia, sem, entretanto, estabelecer direitos e obrigações que devem existir na relação das partes.

A Lei nº 8.955, de 1994, embora discipline determinados aspectos da franquia, não a tornou modalidade de contrato típico. Ao contrário, as relações entre franqueador e franqueado continuam regendo-se exclusivamente pelas cláusulas contratualmente pactuadas, o que o legislador estabeleceu com esse diploma, foi a regra de absoluta transparência nas negociações que antecedem a adesão do franqueado à franquia. Nos termos da disciplina legal, o franqueador deve fornecer aos interessados uma Circular de Oferta de Franquia, ou seja, preste as informações essenciais da operação (artigo 3º). Sobre pena de anulabilidade do contrato, a Circular deve ser entregue aos interessados com a antecedência mínima de dez dias e não pode conter informações falsas (artigos 4º e 7º).

O contrato de franquia até a atualidade é considerado no Brasil um contrato atípico, visando suprir essa lacuna, existe no nosso ordenamento jurídico, um projeto de lei que dispõem sobre o contrato de franquia empresarial.

O projeto de lei apresentado pelo Deputado Magalhães Teixeira visa disciplinar as relações jurídicas decorrentes dos contratos de franchising (franquia mercantil), o projeto objetiva essencialmente assegurar a transparência nas relações entre franqueador e franqueado.

“A franquia é um contrato atípico. No entanto, costuma-se atribuir aos franqueados o seguinte conjunto de encargos: a) o pagamento de uma taxa de adesão e de um percentual do seu faturamento; b) o pagamento pelos serviços de organização empresarial fornecido pelo franqueador; c) a obrigação de oferecer aos consumidores apenas os produtos ou serviços da marca do franqueador, por ele fabricados, ou simplesmente indicados; d) observar estritamente, as instruções e o preço de venda ao consumidor

estabelecidos pelo franqueador. Por seu turno, o franqueador tem, normalmente, as seguintes obrigações; a) permitir ao franqueado o uso de sua marca; b) prestar os serviços de organização empresarial". (COELHO, 2010, p. 445).

A definição legal brasileira, embora não seja perfeita por não distinguir as modalidades contratuais concebidas pelo mercado, permite compreender a realidade desse mercado.

Capítulo – II

2.1 – Espécies de Franquia

A classificação aceita pela comunidade internacional, acordada na década de 80, distingue as espécies de franquia:

I – franquia de produto ou marca registrada, franquia de produção, pela qual o próprio franqueado fabrica, segundo as indicações do franqueador, produtos que ele vende sob a marca deste, a um preço mais alto, que é o lucro do franqueado e os royalties (importância cobrada pelo proprietário de uma patente para permitir seu uso ou comercialização) do franqueador, porem não abrange serviço ou suporte adicional, nem a formatação de técnicas e métodos de comercialização;

II – franquia de distribuição, nessa modalidade, o franqueado se limita a vender certos produtos num armazém que usa a insígnia do franqueador, os bens são produzidos pelo franqueador e repassados ao franqueado, para revender ao consumidor final.

III – franquia de serviços, o franqueado oferece um serviço sob a insígnia, o nome comercial ou mesmo a marca do franqueador, conformando-se com as diretrizes deste ultimo, nessa espécie de franquia, a qualidade na prestação de serviços e a qualidade do produto são as principais fontes de atração para o consumidor final.

IV – franquia industrial, licença de fabricação, aqui os bens são produzidos pelo próprio franqueado numa unidade industrial de produção própria, após o franqueador ceder-lhe, além do direito ao uso da marca, as formulas e métodos de fabricação do produto, com transferência do know-why (técnica de engenharia e produção e processo para a correta e adequada construção de fabrica) e do know-how (técnica de comercialização e distribuição dos produtos), com assistência e orientação do franqueador, que vai desde a implantação física do estabelecimento até a venda propriamente dita.

V – franquia mestre, para expandir internacionalmente sua marca, o franqueador do produto ou serviço, delega a uma empresa local, o direito de subfranquear.

VI – franquia de desenvolvimento de área, essa franquia é caracterizada pelo fato de o franqueador contratar empresas locais para explorar diretamente e desenvolver sua marca em determinado território.

VII – franquia de negócio formatado, nesse caso o franqueador transfere as técnicas industriais e, ou métodos de administração e comercialização anteriormente desenvolvidos por ele, cedendo ao franqueado, a marca e um conjunto de direitos de propriedade incorpórea, para esse operar sob sua supervisão e assessoria técnica na fabricação e, ou venda de produtos ou serviços, em troca de uma compensação financeira.
(SILVA, 2004, p. 361).

Na maioria dos contratos, o franqueador costuma fornecer ao franqueado todo o planejamento para escolha do local e construção das instalações do negócio, inclusive com auxílio na parte de projetos e layouts, oferecendo, também, um sistema de organização empresarial, que pode variar de organograma de pessoal, a forma de contabilidade, o controle de estoque e treinamento de pessoal.

Além disso, o franqueado pode usufruir do conhecimento adquirido pelo franqueador no que diz respeito à forma de comercialização do produto ou da prestação de serviços, aproveitando-se dos resultados publicitários impactados na marca cedida pelo franqueador como aponta o referido autor.

“o management, relacionado com o sistema de controle de estoque, de custos e treinamento de pessoal; o engineering, pertinente à organização do espaço (layout) do estabelecimento do franqueado; e o marketing, cujo conteúdo diz respeito às técnicas de colocação do produto ou serviço junto ao consumidor, incluindo a publicidade”.
(COELHO, 2006, volume 1, p. 126)

2.2 – Elementos Essenciais da Franquia

O contrato de franquia é de natureza bilateral, um dos contratantes obriga-se a fornecer, e cabe ao outro pagar remuneração, obedecendo a certas regras rígidas no exercício de sua atividade, para que se configure a existência jurídica de um contrato de franquia entre duas ou mais pessoas é necessário

que estejam presente alguns elementos essenciais na constituição de tal contrato, que são os seguintes:

I – partes contratantes: deve haver um franqueador (franchisor), produtor, fabricante ou distribuidor que concede o direito de comercialização do produto, serviço ou marca, e um franqueado (franchisee), empresário individual ou coletivo que explora a comercialização de tal produto, serviço ou marca.

II – profissionalidade das partes contratantes: tanto o franqueador como o franqueado devem ser comerciantes, já que a franquia é uma operação essencialmente comercial.

III – titularidade de propriedade industrial, o franqueador deve ser titular de um nome comercial ou marca, de uma ideia, produto ou serviço, de um método ou processo, de propriedade de algum equipamento ou bem e o know-how necessário a sua fabricação ou funcionamento.

IV – concessão de licença: o franqueador deve conceder ao franqueado para a exploração do nome comercial ou marca, da ideia, produto ou serviço, do método, ou processo, de propriedade de algum equipamento ou bem e o know-how necessário a sua fabricação ou funcionamento.

V – disciplinamento do direito de exploração comercial: a licença concedida pelo franqueador ao franqueado, deve conter normas que disciplinem à atuação e ao desempenho deste último nas atividades decorrentes do contrato de franquia.

VI – forma de remuneração do franqueador: deve haver estipulação da forma de retribuição (pagamento de royalties), pela qual o franqueado fará a remuneração da cessão dos direitos transferidos pelo franqueador, dando um exemplo, o pagamento de taxas em valores fixos, de percentuais sobre as vendas do franqueado ou através da aquisição exclusiva de bens ou produtos do franqueador.

VII – cláusula de proteção territorial: em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e

b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações.

“Deve haver estipulação a respeito da base territorial de atuação do franqueado, ou seja, o contrato deve prever a proteção territorial, segundo a qual o franqueado terá direito de exclusividade na comercialização da marca, produto ou serviço do franqueador.”
(SILVA, 2004, p. 363).

2.3 – Objeto do Contrato de Franquia

O contrato de franquia tem por objetivo a exploração de uma marca ou produto com assistência técnica do concedente da licença, no entanto, segundo um prospecto divulgado pelo Departamento de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e do Comércio, a palavra “produto” engloba tudo o que é oferecido como, artigos para revenda, equipamentos, maquinarias, instalações, fornecimento para operações de manutenção, material de propaganda e exposição, conjunto de aparelhos para vendas e negociações, material de escritório, manuais, etc.

Além disso, exige-se que a marca ou produto negociado esteja garantido pelo registro de marcas e patentes que a concedente da licença, tenha efetivamente poderes para conceder a sua comercialização, ou seja:

I – a marca ou produto deve estar devidamente registrado no INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial);

II – exige-se que não tenha expirado o prazo de vigência da patente;

III – exige-se que o titular da patente não tenha renunciado ao direito de exploração monopolística;

IV – exige-se que a patente não tenha sido atingida pela caducidade (prazo de dois anos para iniciar a exploração e terceiro tenha requerido este direito);

V – exige-se, finalmente que esteja em dia com o pagamento da retribuição anual, nos prazos previstos;

O depositante do pedido e o titular da patente estão sujeitos ao pagamento de retribuição anual, a partir do início do terceiro ano da data do depósito. O pagamento deverá ser efetuado dentro dos primeiros 3 (três) meses de cada período anual, podendo, ainda, ser feito, independente de notificação, dentro dos 6 (seis) meses subsequentes, mediante pagamento de retribuição adicional.
(§2º do art. 84 da Lei nº 9.279/96)

A respeito do Objeto da Franquia, além da concessão, deve o franqueador prestar também assistência técnica ao franqueado, pois o campo dessa assistência é muito amplo e sua fixação depende do contrato.

2.4 – As Principais Clausulas do Contrato de Franquia

A franquia abrange um vasto campo de ação dada o grande número de artigos que podem ser distribuídos para a comercialização pelos franqueados, as clausulas contratuais são as mais variadas possíveis, de acordo com a natureza e importância dos produtos e os interesses das partes. Tais clausulas comuns são as seguintes:

- a) O direito do franqueador de proibir ao franqueado a venda de quaisquer produtos que não foram feitos, aprovados pelo franqueador;
- b) Realização de um mínimo de vendas dos produtos;
- c) O pagamento de certa importância pela franquia, podendo esse pagamento consistir em uma percentagem sobre o lucro bruto ou uma taxa fixa prefixada;
- d) A obrigação do franqueado de manter as suas portas abertas ao público durante certos dias e horas;
- e) O franqueador se reserva o direito de inspecionar os livros contábeis do franqueado;
- f) A participação do franqueado nas despesas de publicidade do franqueador;
- g) A aprovação pelo franqueador dos anúncios locais feitos pelo franqueado;
- h) O seguro das mercadorias a ser feito pelo franqueado em companhias indicada pelo franqueador;
- i) O direito de o franqueador adquirir os negócios do franqueado;
- j) O direito de o franqueador proibir ao franqueado certas modalidades de vendas, inclusive as vendas a crédito;
- k) A aprovação pelo franqueador das compras de equipamentos feitas pelo franqueado;

- l) A submissão de balanços financeiros periódicos do franqueado ao franqueador e a manutenção do franqueado de quotas mensais ou anuais de vendas dos produtos comercializados;
- m) O depósito pelo franqueado de todo o apurado em vendas num banco indicado pelo franqueador;
- n) A obrigação do franqueado de manter um serviço especial de contabilidade realizado por empresas indicada pelo franqueador;
- o) Proibição de fazer o franqueado qualquer negócio enquanto a franquia estiver em vigor;
- p) O uso obrigatório pelos empregados do franqueado de uniformes aprovado pelo franqueador;
- q) Objeto da franquia;
- r) Concessão de direitos de propriedade industrial (patentes, marcas, etc.) e direito de propriedade intelectual (direitos autorais);
- s) Delimitação do território e localização da atuação do franqueado;
- t) Obrigações pecuniárias das partes;
 - ✓ Taxa de filiação;
 - ✓ Taxas de franquia ou pagamento dos royalties, por exemplos remuneração devida pela exploração e pelo uso das marcas do franqueador, inclusive pelo uso das suas insígnias e sinais de propaganda, etc.;
- u) Prazo da concessão da franquia;
- v) Direitos e obrigações do franqueador e do franqueado;
- w) Causas e consequências da resolução, rescisão e resilição do contrato de franquia;
- x) Confidencialidade e não concorrência;
- y) Cláusula arbitral; Recomenda-se a indicação de juízo arbitral, de preferência a Câmara de Mediação e Arbitragem da ABF (Associação Brasileira de Franchising), como órgão responsável pela condução da mediação ou arbitragem.

Essas são frequentemente algumas das várias cláusulas analisada em inúmeros contratos de franquia ajustados no passado e que produziram relações das cláusulas mais usadas nos mercados de franquia, analisada

por algumas, entre outras das associações especializadas em contrato de franquia, como a Small Business Administration e o Bank of America localizados em Washington EUA (Estados Unidos da América), e a ABF (Associação Brasileira de Franchising), localizada em São Paulo, no Brasil. (SILVA, 2004, p. 372).

Os contratos de franquia precisam ser claros e mostrar a transparência da relação entre o franqueador e seus franqueados. Pontos obscuros precisam não só ser esclarecidos como novamente redigidos, de maneira que não causem dupla interpretação.

Os pontos de maior discórdia do contrato de franquia costumam ser a cláusula de não concorrência e a rescisão do contrato, além de dívidas de taxas não pagas pelo franqueado. Portanto, é sempre importante entender bem tais cláusulas.

2.5 – Das Obrigações do Franqueador

Seja qual for a maneira de realizar o contrato de franquia, a ideia principal é procurar estabelecer uma forma padronizada de comercializar produtos e serviços, para que a marca do produto ou título de estabelecimento consiga ganhar maior receptividade perante o público consumidor.

“O elemento indispensável à configuração do contrato é prestação de serviços de organização empresarial, ou por outra, o acesso a um conjunto de informações e conhecimentos, detidos pelo franqueador, que viabilizam a redução dos riscos na criação do estabelecimento do franqueado.” (COELHO, 2000, p. 126)

No que diz respeito aos deveres do franqueador, podemos destacar os seguintes:

- a) Colocar a disposição do franqueado os serviços previstos em contrato;
- b) Fornecer ao franqueado as mercadorias ou produtos fabricados ou vendidos para que este possa revendê-los a sua clientela, bem como insumos e demais materiais em geral para serem consumidos no seu estabelecimento;
- c) Respeitar o prazo de vigência do contrato de franquia;

d) Observar e manter com os seus franqueados, relações honestas, éticas, pautadas pela transparência, boa-fé e respeito mútuo, seguindo as exigências legais estabelecidas para o contrato de franquia e, cumprindo as obrigações assumidas no contrato;

e) Treinar o franqueado e seu quadro de pessoal;

f) Observar a exclusividade territorial em favor do franqueado;

g) Garantir ao franqueado o uso da marca e do sistema de franquia, salvo disposição expressa em contrário das partes;

h) Zelar pelo aperfeiçoamento e desenvolvimento do seu sistema de franquia, visando do que os franqueados da rede possam atender as necessidades apresentadas pelo mercado consumidor;

i) Dar assistência econômica, financeira, jurídica e técnica permanente, conforme previsão contratual, bem como ajuda na construção e instalação do ponto de negócio, fornecendo projetos e especificações gerais e ajuda na escolha do construtor;

j) Colocar a disposição do franqueado um conselheiro para facilitar a inauguração do estabelecimento e sua subsequente exploração;

k) Promover a publicidade da marca e dos produtos em favor do franqueado;

l) Manter uma comunicação eficiente com os franqueados, promovendo discussões e intercâmbio de ideias, para melhorar a capacidade produtiva da rede, buscando solucionar as questões ou controvérsias que surgirem no relacionamento entre as partes; e

m) Tratar com isonomia seus franqueados;

O franqueador tem que pensar que o sucesso na divulgação, o desenvolvimento da marca, da distribuição, comercialização dos produtos ou serviços da rede, executado pelo franqueado será uma promoção indireta sua.

É com esse pensamento que o franqueador pode obter uma rapidez maior na ampliação de seus negócios, ganhando um aumento de lucratividade considerável, sem a necessidade de majorar seus custos de produção.

Através da expansão da rede franqueadora, abrem-se outros mercados e, conseqüentemente, a marca, o produto e o título de estabelecimento, alcançam maior número de consumidores, consolidando-se cada vez mais.

2.6 – Das Obrigações do Franqueado

Para o franqueado, fazer uso da rede franqueadora oferece inúmeros benefícios, especialmente, porque ele poderá valer-se de um negócio que já foi testado pelo franqueador e aprovado pelos consumidores.

Além disso, o franqueado receberá do franqueador toda assistência para abrir e desenvolver seu negócio, desde a escolha do local a ser construído o estabelecimento, quanto à inauguração, ao treinamento de pessoal, à organização empresarial, à publicidade, etc.

Assim, o risco de eventual insucesso do franqueado no empreendimento tende a ser menor do que em relação à atividade de abrir um negócio por conta própria.

As principais obrigações do franqueado decorrentes do contrato de franquia são as seguintes:

- a) Observar e manter com o seu franqueador, relações honestas, éticas, de boa fé e respeito mútuo, cumprindo sempre as obrigações assumidas no contrato de franquia e as normas legais;
- b) Adquirir do franqueador, ou de terceiros por ele indicado, os ingredientes e materiais que constituam parte ou todo dos produtos a serem fabricados, vendidos ou consumidos no estabelecimento do franqueado, bem como adquirir serviços do próprio franqueador ou de terceiro por ele indicado, se assim estiver previsto em contrato;
- c) Manter em estoque produtos e gêneros suficientes com a marca do franqueador e empregar o pessoal devidamente qualificado para atender ao público, conforme as normas prescritas por aqueles;
- d) Usar da marca título de estabelecimento e insígnias, cores, formulas, métodos de fabricação, publicidade e comercialização, nos termos e condições fixados pelo franqueador;

e) Construir ou reformar, o prédio onde pretende explorar a franquia, conforme planos e especificações gerais do franqueador;

f) Não introduzir no projeto alterações sem o consentimento escrito do franqueador;

g) Efetuar a instalação e utilização de elementos, mobiliário, maquinaria e equipamentos, bem como contratar pessoal, de acordo com as especificações do franqueador;

h) Usar o local unicamente para o desenvolvimento da atividade prevista no contrato;

i) Explorar seu estabelecimento somente sob o título convencionado com o franqueador, sem acréscimos de qualquer natureza, a menos que aprovado previamente, e por escrito, por aquele;

j) Não vender, exibir, instalar ou utilizar-se de qualquer instrumento, máquina ou meio de divulgação, sem prévia aprovação por escrito do franqueador;

k) Dedicar seus maiores e melhores esforços para o desenvolvimento de sua franquia e para a conservação da identidade e reputação do sistema de franquia, seguindo as instruções do franqueador, sobre produção, comercialização, administração e marketing;

l) Manter a boa aparência e a higiene do local de comércio, realizando os trabalhos de reparação e restauração determinados pelo franqueador, não introduzindo qualquer alteração, acréscimo, substituição, sem prévia aprovação escrita do franqueador;

m) Fornecer ao franqueador todos os dados referentes ao negócio franqueado, a fim de possibilitar ao franqueador um controle eficaz do desenvolvimento da rede;

n) Observar as instruções do manual confidencial de exploração, sobre as quais manterá sigilo, desenvolvendo-o ao franqueador no término do contrato;

o) Não usar a marca concedida como nome comercial, individual ou coletivo;

p) Cumprir rigorosamente as normas, especificações, procedimentos e obrigações definidas pelo franqueador com relação à operação da franquia e

utilização da marca, estejam elas designadas em contrato, nos manuais ou em quaisquer outras orientações escritas prestadas pelo franqueador;

q) Manter seu estabelecimento aberto ao público nos dias e horas em que o soem fazer os demais franqueados do mesmo fornecedor;

r) Cooperar e participar de todas as promoções especiais dos estabelecimentos cuja franquia foi obtida do mesmo franqueador;

s) Assegurar que seus sócios, funcionários, auxiliares ou prepostos sejam capacitados para as atividades que exercerão, tanto durante quanto após o treinamento oferecido pelo franqueador, a fim de desempenharem as atividades do negócio franqueado de forma eficaz, segundo as técnicas do sistema de franquia;

t) Atuar com exclusividade;

u) Não concorrer com o franqueador e abster-se de, durante certo prazo, instalar-se na mesma zona comercial em idêntica atividade depois de findo o contrato;

v) Efetuar pontualmente os pagamentos da taxa inicial e das taxas periódicas, previstas no contrato de franquia;

w) Aceitar intervenção do franqueador no estabelecimento para verificar se não são cumpridas as condições estipuladas, caso não consiga fazer com que ele se desenvolva de acordo com as normas e situações previstas;

x) Efetuar às suas expensas, um seguro de responsabilidade civil, incluída a deriva dos produtos oferecidos, em seguradoras consideradas idôneas pelo franqueador, por quantia razoavelmente determinada por este, respaldando ambos, de acordo com os respectivos interesses;

y) Não vender, transferir, ceder, hipotecar, ou arrendar o estabelecimento ou qualquer propriedade pessoal utilizada em conexão com ele, no todo ou em parte, sem oferecê-la previamente ao franqueador, nas mesmas condições a terceiros;

z) Suspender imediatamente, ao fim do contrato, o uso das marcas, rótulos e símbolos concernentes ao franqueador, cessar a venda de seus produtos e proceder às mudanças necessárias nos rótulos, edifícios e

estruturas, com a finalidade de eliminar o nome daquele de seu estabelecimento;

z.a) Não comprometer o crédito do franqueador, nem ligá-lo a qualquer obrigação, reclamação ou demandas, oriundas da exploração do estabelecimento franqueado;

z.b) Submeter-se, em caso de dúvida, a arbitramento, conforme prescrito no contrato e observar as regras da matéria impostas por associação de arbitragem ou entidade congênere.

O sistema de franquia desenha um conjunto de responsabilidades e obrigações para qualquer segmento. Esse não é o maior desafio, uma vez que “o papel aceita tudo”. O desafio é buscar uma série de valores que o tornem algo forte na operação do negócio pelos franqueados e franqueador. Se, a cada desafio ou oportunidade externa ou interna, for necessário trazer à tona o contrato para clarear responsabilidades e obrigações, como regulador básico, a relação entre franqueados e franqueador pode fraquejar.

Apoiada em um bom contrato e um alinhamento forte em torno de interesses mútuos, uma rede enfrenta os desafios diários da operação, as variáveis de mercado, os ataques da concorrência e os sucessos e os fracassos. Ela está sempre pronta a se reavaliar, rever suas obrigações e deveres, seus papéis, com disposição, transparência e profissionalismo. Aqui, tem-se a convicção de que não há jogo de cartas marcadas ou interesses ocultos ou escondidos, mas sim, acima de tudo, o compromisso de cada um pelo fortalecimento e crescimento da marca, como compromisso de todos.

Capítulo – III

3.1 – Das Formas de Extinção do Contrato de Franquia

O contrato de franquia se extingue automaticamente, no final do prazo estipulado, ou a qualquer momento, através da vontade recíproca das partes. Poderá também ocorrer a extinção se uma das partes se omitir em assumir as

obrigações pactuadas, de acordo com as cláusulas contratuais. Basta, no entanto, que a parte que se sentir prejudicada, requeira rescisão, juntando provas da infração ocorrida.

Muito embora seja um contrato por tempo determinado, é comum as partes estabelecerem cláusulas que lhes faculte solicitar a extinção a qualquer tempo, por ato unilateral, sem ter de dar maiores explicações dos motivos pelos quais deseja rescindir o contrato.

A primeira maneira de se extinguir o contrato de franquia é pelo natural cumprimento de todas as obrigações nele previstas, principalmente pela expiração do prazo de sua vigência, previamente ajustado pelas partes contratantes. Nesse caso o contrato se extingue pelo adimplemento das obrigações de ambas as partes.

A segunda maneira de se extinguir o contrato de franquia é pela resolução, ainda durante sua vigência, ou seja, a inadimplência do franqueador ou do franqueado implica na extinção do contrato pela sua resolução. Portanto, também na franquia, a resolução é a extinção do contrato em vista do não cumprimento de uma obrigação contratual.

Todavia nem toda infração contratual produz a consequência necessária ou facultativa de resolução do contrato; ela só acarretará a resolução quando esta está prevista expressamente no próprio contrato (cláusula resolutive expressa) ou resulta de preceito legal aplicável e de caráter imperativo. Assim havendo cláusula resolutive expressa no contrato de franquia e o cumprimento das obrigações estando subordinada a termo, este se resolve independente de interpelação ou notificação.

“Contratos são sempre incompletos, imperfeitos, passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza, também podem ser alterados, na execução, simplesmente pela mudança da vontade dos agentes, ou em face de estes desconhecerem algum dado no momento de sua celebração, ou porque algum fato novo impediu a adesão deles ao que fora previamente combinado.”
(PINHEIRO, 2005 p. 117).

3.2 – Do Inadimplemento Voluntário das Cláusulas Contratuais

Quanto a culpabilidade das partes que inadimpliu o contrato, a resolução pode ser classificada da seguinte maneira:

a) Resolução do contrato por inexecução culposa de uma das partes contratantes ou resolução por inadimplemento voluntário, a resolução decorre do fato de a parte contratante não ter cumprido voluntariamente a obrigação contratual assumida, sujeitando-se, em tal caso, ao pagamento de perdas e danos, ressalta-se que o dever de indenizar os prejuízos causados pelo inadimplemento constitui uma sanção legal;

b) Resolução do contrato por impossibilidade do cumprimento da obrigação ou resolução por inadimplemento involuntário, a resolução decorre da inexecução involuntária por situação em que não há culpa do contratante que não cumpriu a obrigação, ou seja, fatos supervenientes, independentes da vontade das partes, tornam a sua prestação impossível, tal ocorre quando há um caso fortuito, acontecimento possível, mas estranhas a ação e a vontade humana, ou de força maior, acontecimento decorrente da ação humana, que, embora previsível, não pode ser evitado;

c) Resolução do contrato por onerosidade excessiva superveniente, a resolução pode se dar em virtude de sobrevir motivos, não previstos e não desejados pelas partes, que tornem as prestações de tal modo onerosa que seria injusto o seu cumprimento pela parte obrigada a cumpri-la, trata-se da teoria da imprevisão que autoriza a resolução do contrato sem aplicação de qualquer sanção legal ou contratual para parte que ficou impossibilitada de cumprir a obrigação;

d) Resolução do contrato por redibição das mercadorias e produtos franqueado, a resolução se dá por redibição decorrente de inexecução parcial em virtude do bem franqueado não ter as qualidades próprias previstas em contrato, devido a existência de vícios redibitórios ou defeitos que impedem a utilização ou revenda da mercadoria ou produto.

A rescisão é uma maneira de extinguir o contrato de franquia que pode ser unilateral que é a revogação do contrato ou bilateral que é o distrato, dá-se a rescisão bilateral ou distrato quando o contrato, antes de atingido o prazo de vigência da franquia para o qual foi ajustado, é extinto por vontade mútua das

partes contratantes. A rescisão opera efeitos “ex nunc”, ou seja, não opera efeitos retroativos.

A rescisão unilateral ou revogação é extinção do contrato pela vontade de apenas uma das partes contratantes. A revogação da franquia é admissível, porém aquele que dá causa a extinção do contrato responde pelos prejuízos causados à outra parte, devendo, inclusive, arcar com multa contratual, se esta houver sido ajustada. Igualmente, sendo o contrato de franquia um contrato “*intui personae*”, a substituição de uma das partes por terceiros dá lugar a extinção do contrato e acarreta a responsabilidade do substituído pelo pagamento dos prejuízos causados à outra parte contratante. Sendo o franqueador uma pessoa jurídica, evidentemente a sua dissolução, a sua cessação ou a sua falência implica a extinção do contrato de franquia. Do outro lado, advindo a insolvência ou quebra do franqueado, também nessa hipótese o contrato é extinto.

É comum o contrato ser rescindido por ato que não diga respeito diretamente à comercialização dos produtos, mas que, indiretamente, venha em prejuízo de uma das partes. Assim, pode o franqueador pôr fim ao contrato se a conduta do franqueado for tal que isso se reflita no bom conceito do franqueador. Desse modo, pode o franqueador pôr fim ao contrato se o franqueado é ébrio contumaz, se costuma, em sua vida privada, praticar atos escandalosos, etc.

Isso porque o franqueado tem por obrigação zelar, em todos os sentidos, pelo prestígio do produto, e sua conduta particular se reflete na boa imagem que o franqueador deve inspirar, através dos seus produtos.

Todavia, apesar do respeito que merece esse digno comerciante, se zelar pelo prestígio do produto constitui obrigação implícita ou explícita do contrato de franquia, a nosso ver, seu não cumprimento importa em resolução do contrato por culpa do franqueado e não rescisão como se sustenta.

Ainda quanto a rescisão unilateral, apesar de ser o contrato por tempo determinado, não raras vezes, costumam as partes contratantes ajustar cláusulas que deem lugar à sua extinção por ato unilateral.

Nos Estados Unidos existem empresas as quais permitem a rescisão unilateral do contrato, mesmo sem causa e, também, sem qualquer punição, como multa, etc. Esse procedimento é justificado pelo fato de ser a franquia um contrato de boa fé, se, por qualquer motivo, não interessa mais ao franqueado a continuação da franquia, basta ele comunicar previamente sua intenção de desfazimento do negócio ao franqueador, sem necessidade de explicar os motivos por que assim procede.
(MARTINS, 1993, p. 589)

3.3 – Matéria Jurisprudencial

É entendimento firmado tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira que, no contrato de franquia, a responsabilidade por eventuais perdas em função do negócio incumbe ao franqueado. Basta mencionar, para confirmar o quanto essa interpretação se encontra enraizada, um acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais cujos primeiros dizeres são: No contrato de franquia ou 'franchising', o franqueador transfere todo o seu know-how, mas não está obrigado por lei a estimar o prazo para retorno do investimento, assumindo o próprio franqueado os riscos inerentes ao negócio implementado.

Processo nº 2.0000.00.472603-8/000 – TJMG.

Relator: FERNANDO CALDEIRA BRANT

Data do Julgamento: 30/11/2004 – Data da Publicação: 28/12/2004

EMENTA: CONTRATO DE FRANQUIA - RESSARCIMENTO POR INADIMPLEMENTO CONTRATUAL - INOCORRÊNCIA - RETORNO DO INVESTIMENTO - RISCO DO FRANQUEADO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - IMPREVISIBILIDADE.

No contrato de franquia ou "franchising", o franqueador transfere todo o seu know-how, mas não está obrigado por lei a estimar o prazo para retorno do investimento, assumindo o próprio franqueado os riscos inerentes ao negócio implementado.

A responsabilidade solidária do franqueador não tem previsão legal e, no caso de não ter também previsão contratual, não poderá ser presumida.

Um julgado recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro veio abalar tal entendimento quase dogmático.

À parte as muitas especificidades do caso concreto em questão, a que faremos referência mais adiante, o acórdão, relatado pelo Desembargador Jessé Torres, dá provimento a um recurso de apelação em que se pleiteava o reconhecimento de culpa concorrente entre uma empresa norte-americana e uma brasileira, que com ela celebrou diversos contratos, pelas dívidas

resultantes do fracasso do empreendimento (a venda dos produtos daquela) no Brasil.

Os principais fundamentos para tal decisão foram a ideia de relação obrigacional complexa, que busca o conjunto dos negócios jurídicos celebrados para interpretá-los, e a grande influência da empresa estrangeira sobre a nacional. Isso ressalta o relator em seu voto, não deve ser observado no contrato de franquia, que se caracterizaria por controle, e não submissão absoluta do franqueado ao franqueador. Sustentam os julgadores, ainda, que o fato de as cláusulas terem sido aceitas não pode ser alegado contra o franqueado, por ser de adesão o contrato de franquia.

Os argumentos em contrário são muitos. O mais forte deles talvez seja o da circular de oferta de franquia. Minuciosamente detalhado pelo artigo 3º da lei 8.955/94, esse documento conteria todas as especificações do contrato a ser celebrado. É, formalmente, uma garantia ao franqueado, que toma conhecimento de todos os seus deveres e obrigações. Ele ficaria, portanto, impossibilitado de questioná-los em momento posterior. Resta indagar, entretanto, se, na prática, tal garantia se efetiva, ou se a circular é elaborada como mero cumprimento de formalidade legalmente exigida. O próprio INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), autarquia responsável por fiscalizar as franquias, dispensa a apresentação da circular em sua íntegra, bastando que o franqueado declare tê-la recebido até momento da averbação do contrato.

Outra crítica que se pode fazer à decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é que, se aplicada como precedente, poderia levar a uma descaracterização da franquia. Uma leitura atenta de seu inteiro teor permite concluir que, embora pioneira, a decisão não chega a questionar de maneira tão explícita tal espécie contratual, pois somente reconhece a responsabilidade concorrente entre as empresas ao entender que existia entre elas uma sociedade de fato. Mas, mesmo que o houvesse feito, poder-se-ia alegar que o direito é dinâmico, e não se pode erigir um elemento característico de um tipo de contrato em algo inquestionável. O próprio contrato de franquia confirma a velocidade das mudanças no mundo jurídico, uma vez que, embora não conte nem uma década e meia de idade, nossa lei a esse respeito somente conceitua

as franquias de primeiras e segundas gerações, enquanto, na prática, são celebradas aquelas ditas de terceira (de negócio formatado), ou mesmo de quarta geração. Boa parte da doutrina o considera um contrato atípico, em função da ausência de regulamentação dos direitos e obrigações das partes.

Também se pode argumentar que, assumindo o risco do empreendimento tanto franqueador quanto franqueado, o contrato de franquia perderia sua função econômica, uma vez que estaria em xeque o grande motivo por que é muito adotado: as vantagens auferidas pelo franqueador em contrapartida à licença de uso da marca que constituiu. Trata-se de uma questão igualmente delicada e controversa. Deve-se chamar atenção, porém, para o fato de que a primazia absoluta da autonomia da vontade há muito deixou de imperar no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil de 2002 é prova viva disso, na medida em que consagrou expressamente o princípio da boa-fé objetiva, a função social do contrato e previu hipóteses de revisão contratual.

É importante ressaltar, finalmente, que o caso julgado pelo TJRJ (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) está entranhado de inúmeras especificidades, cuja descrição minuciosa foge aos objetivos deste trabalho. Basta mencionar que a lide se prolongou por mais de uma década apenas na primeira instância, e que a própria natureza dos contratos celebrados entre as duas empresas é amplamente controvertida (franquia ou joint venture; personalidades jurídicas inteiramente distintas ou sociedade de fato, dentre outras alegações de cada parte). Sua aplicação como precedente é, pois, muito restrita. Trata-se, porém, de um acórdão com valor ímpar pelo simples fato de trazer à tona uma discussão antes simplesmente rejeitada, por questionar algo até então tido como inquestionável. Em uma análise otimista, pode ser visto como um passo em direção a uma maior humanização das relações entre as partes no contrato de franquia, que apresenta, em geral, encargos muito grandes para o franqueado, tanto financeiro, quanto no cumprimento das determinações do franqueador. Face a esse “controle”, que, não raro, ameaça degenerar em “submissão absoluta”, para utilizar as expressões do Desembargador Jessé Torres, é sempre importante indagar e debater até que

ponto deve prevalecer a liberdade de contratar, e quando se faz necessário intervir em nome da justiça.

Nos termos da disciplina legal, o franqueador deve fornecer aos interessados uma Circular de Oferta de Franquia, ou seja, preste as informações essenciais da operação (artigo 3º). Sobre pena de anulabilidade do contrato, a Circular deve ser entregue aos interessados com a antecedência mínima de dez dias e não pode conter informações falsas (artigos 4º e 7º).

Os argumentos em contrário são muitos, o mais forte deles talvez seja o da circular de oferta de franquia. Minuciosamente detalhado pelo artigo 3º da lei nº 8.955/94, esse documento conteria todas as especificações do contrato a ser celebrado. É, formalmente, uma garantia ao franqueado, que toma conhecimento de todos os seus deveres e obrigações. Ele ficaria, portanto, impossibilitado de questioná-los em momento posterior.

Resta indagar, entretanto, se, na prática, tal garantia se efetiva, ou se a circular é elaborada como mero cumprimento de formalidade legalmente exigida. O próprio INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), autarquia responsável por fiscalizar as franquias, dispensa a apresentação da circular em sua íntegra, bastando que o franqueado declare tê-la recebido até momento da averbação do contrato.

TJSP - 9081592-69.2007.8.26.0000 Apelação

Relator(a): Gil Coelho

Comarca: São Paulo

Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/05/2012

Data de registro: 19/05/2012

Outros números: 7181957100

Ementa: Contrato de franquia Indenização Danos materiais Improcedência Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do E. TJSP Sentença com fundamentação adequada Culpa da rescisão atribuída à ré Ônus da prova Art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil Inexistência de elementos nos autos que indiquem a culpa da ré Apelação não provida.

O autor alegou que a circular de oferta de franquia lhe foi entregue em 06/06/2003, o contrato de franquia foi assinado pelas partes em 10/06/2003 e que, portanto, a ré desatendeu o art. 4º da Lei n.º 8.955/94. Afirmou que a falta de entrega da circular no prazo de dez dias possibilita à parte lesada buscar a

anulação do contrato de franquia, devendo o franqueador restituir todas as quantias pagas pelo franqueado, na forma do parágrafo único do mencionado art. 4º. Aduziu que a circular não apresentou os balanços e demonstrações financeiras da franqueadora, informações sobre o envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio, a relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone deles, dados sobre a situação perante o Instituto de Propriedade Industrial da Marca “O Rei da Tapioca”, as informações sobre a situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia e o modelo de contrato de franquia adotado pelo franqueador.

Falou de ausência de titularidade da marca, de reiterada conduta de violação de direitos praticada pela ré. Asseverou que a ré mudou de endereço e não comunicou aos franqueados e que a massa da tapioca nunca foi produzida e manipulada de acordo com as normas de saúde pública. Afirmou, também, que, em razão do inadimplemento contratual, a ré deve ser condenada a ressarcir-lhe o valor equivalente às quantias investidas na aquisição do quiosque.

TJSP - 9238327-96.2008.8.26.0000 Apelação

Relator(a): Salles Vieira

Comarca: Santo André

Órgão julgador: 24ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 17/05/2012

Data de registro: 22/05/2012

Outros números: 7286968600

Ementa: CONTRATO DE FRANQUIA DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DANO MATERIAL DANO MORAL MULTA Autor que não se desincumbiu do ônus probatório que lhe cabia, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC - Contrato de franquia que ...

Ementa: Apelação ação indenizatória contrato de franquia descumprimento contratual dano material dano moral multa autor que não se desincumbiu do ônus probatório que lhe cabia, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC - Contrato de franquia que restou rescindido ante acordo verbal realizado entre as partes Ausência de demonstração dos prejuízos materiais, ante a não juntada de documentos que comprovem o descumprimento contratual por parte da empresa franqueadora Ausência de publicidade que não restou comprovada Inexigível a multa contratual dès que não demonstrada a prática de infração contratual por parte da ré - Não demonstrados os alegados prejuízos de ordem moral, que retrocedem aos anos de 2002/2003, quando o suposto descumprimento contratual teria ocorrido Indenização indevida Sentença mantida - Apelo do autor improvido. Apelação ação principal e Reconvenção Julgadas Improcedentes Sucumbência a reconvenção é lide autônoma formada na relação processual já existente Ação própria que deve ter os ônus sucumbenciais calculados de forma independente da ação principal Reduzida a verba

sucumbencial da ação principal, de ofício, por apreciação equitativa, observado o art. 12 da Lei nº 1060/50 Mantidos os ônus sucumbenciais fixados na reconvenção, dès que razoáveis, não ensejando o enriquecimento sem causa da parte contrária. Apelo da ré provido em parte, por outros fundamentos.

Apelos de ambas as partes em face da sentença que julgou improcedentes a ação indenizatória e a reconvenção apresentada pela ré. O autor sustenta que o contrato de franquia previa a responsabilidade do franqueador em promover as campanhas publicitárias necessárias para o bom desenvolvimento do negócio, o que não foi feito. O fato de o autor não ter notificado a empresa franqueadora não é suficiente para concluir que a mesma tenha cumprido com suas obrigações contratuais. A empresa apelada não provou a alegação de que teria advertido o apelante, acerca da possível falência do negócio. Os recibos de pagamentos juntados pela apelada não são capazes de comprovar que a mesma quitou a dívida do apelante. Aliás, em uma cláusula era previsto no contrato de locação, que será feito em nome do franqueado, e não em nome do franqueador como no caso dos autos.

Alega que pagava os aluguéis de forma parcelada, e deixava os comprovantes em poder da empresa apelada. Os recibos de pagamento que estão em nome da mãe do representante da apelada, comprovam que o autor foi deslocado para um estabelecimento que já estava locado pela mesma. A apelada não fez acordo algum com o apelante, seja porque inexistente a dívida alegada, seja porque o equipamento adquirido pelo apelante foi devolvido à empresa em critério temporário. O lapso temporal transcorrido só demonstra que os prejuízos do apelante foram de grande monta, pois não houve solução amigável para o impasse. Requer o provimento do recurso, com a reforma da sentença, condenando-se a apelada a indenização pleiteada.

A empresa ré, também apelante, sustenta que pugnou pela procedência da reconvenção somente no caso do acordo entabulado entre as partes não ser considerado válido, e por consequência estivesse obrigada a devolver o quiosque ao apelado. A reconvenção somente foi oferecida para evitar-se a preclusão de eventual direito da ré. Sendo a ação principal e a reconvenção, ambas julgadas improcedentes, é o caso de fixar-se a sucumbência recíproca, nos termos do art. 21 do CPC (Código de Processo

Civil). Requer a reforma parcial da sentença, fixando-se a sucumbência recíproca entre as partes, admitindo-se a compensação dos honorários advocatícios, nos termos da Súmula nº 306 do STJ (Supremo Tribunal de Justiça).

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais conjugado com perdas e danos, movida por Aldemir da Costa Silva em face de Castro Comércio Ltda, tendo em vista o suposto descumprimento contratual havido por parte da empresa franqueadora.

Em primeira instância, a ação principal e a reconvenção foram julgadas improcedentes, condenando-se as partes aos pagamentos das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, e da reconvenção, respectivamente, observada a Lei nº 1060/50.

Segundo as alegações do autor, diante da ausência de publicidade adequada, que era de responsabilidade de empresa ré, não foi possível dar continuidade a exploração da atividade em razão do fraco movimento. Nesta ocasião foi proposto pela ré uma troca de equipamento e de território, o que foi aceito pelo autor, pois tratava-se de “troca temporária”.

A franqueadora ré apresentou reconvenção noticiando a existência de um acordo verbal entre as partes, pelo qual o autor entregou o quiosque à ré como forma de quitação de suas dívidas em aberto, em contrapartida, a ré deixaria de cobrar seus créditos junto ao autor (fls. 68/71).

De fato, com relação ao pedido de ressarcimento por danos materiais, multa contratual e lucros cessantes, o autor não se desincumbiu de seu ônus probatório, nos termos do artigo 333, inciso I, do CPC (Código de Processo Civil), não fazendo prova do fato constitutivo de seu direito.

Conforme bem exposto na referida sentença, para provar suas alegações o autor somente trouxe cópia do contrato de franquia e de licença de uso de marca, o que não tem o condão de comprovar o suposto descumprimento contratual por parte da ré.

Uma notificação extrajudicial, como ressaltado pelo MM. Juiz “a quo”, seria um meio hábil e eficaz de comprovar que a franqueadora não cumpriu com sua parte do contrato. Não há nos autos, entretanto, qualquer prova nesse sentido.

A inércia prolongada do autor, ante o suposto descumprimento contratual, ocorrido nos anos de 2002 e 2003, e o ajuizamento desta demanda, somente em 2007, torna inverossímeis suas alegações no que tange aos prejuízos sofridos pela não devolução do equipamento.

A multa contratual, igualmente, somente seria exigível se restasse demonstrada a prática de infração contratual por parte da franqueadora, o que não ocorreu. Ausente a demonstração do prejuízo material, de rigor era, pois, a improcedência do pedido indenizatório no que tange aos danos materiais.

Os danos morais também não restaram devidamente demonstrados nos autos. Não juntou o autor qualquer comprovante ou recibo de pagamento dos 07 meses em que atuou como franqueado no “Shopping Parque Balneário”, nem tampouco no período em que alega ter explorado a atividade na “galeria da Cidade de Cubatão”.

Se realmente o autor pagava os aluguéis de forma parcelada, conforme aduz em suas razões, e depois entregava os recibos originais aos cuidados da ré, poderia, ao menos, ter se acautelado obtendo cópias destes recibos.

Reconhece que aceitou a proposta feita pela empresa ré, em abril de 2003, em critério provisório, visando não agravar sua situação econômica, mesmo ciente da desvantagem econômica que a proposta continha.

Neste contexto não há dano moral indenizável em face da conduta “arbitrária e negligente” da ré, conforme afirma o autor. Se houve um acerto comercial entre as partes, ainda que feito verbalmente, não é crível imputar-se a qualquer das partes envolidas arbitrariedade, dêis que inexistente alegação de vício de vontade ou de consentimento, quando da aceitação deste acordo.

Não se vislumbra, também, negligência por parte da empresa ré, desde que a condição imposta ao autor para o perdão das dívidas em aberto era justamente a devolução do equipamento outrora adquirido. Importante destacar que os termos deste acordo, noticiado nos autos somente pela parte ré, não foi negado pelo autor.

Os recibos de aluguéis juntados pela ré, embora se refiram somente a alguns meses, dão verossimilhança à tese de que o autor tinha pendências financeiras em aberto com a franqueadora.

O fato do autor não ter protestado por qualquer meio de prova, visando comprovar suas alegações, igualmente, acena em seu desfavor.

Conclusão

As empresas, tanto as pequenas, como as de grande porte, buscam nas novas tecnologias inovações para melhor atender seu gerenciamento, o público e suas necessidades internas, como, logística, maior produção e distribuição de seus produtos, qualificação de seus funcionários para alcançar o objetivo final, o alvo pretensioso que é a satisfação total do cliente.

Mesmo sem uma experiência e conhecimento no ramo empresarial, qualquer pessoa pode se tornar um empresário nos mais diversos ramos oferecido pela franquia, o mercado é imenso, já que ao adquirir uma franquia, o franqueado recebe a marca pronta, acabada e feita para a produção e comercialização, distribuição exclusiva ou semi-exclusiva dos produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido pelo franqueador.

Ressaltados os aspectos práticos envolvidos, pode-se concluir que a franquia é um mercado consolidado, em constante evolução, e com grandes expectativas de crescimento, sendo, portanto, uma excelente opção de investimento, em termos globais, principalmente no Brasil. Pontos obscuros e contraditórios precisam não só ser esclarecidos como novamente redigidos, de maneira que não causem dupla interpretação, tornando os contratos de franquia claros e transparentes na relação entre o franqueador e seus franqueados.

Diante de tudo isso, além é claro, de ser ótima alternativa para geração de negócios, emprego, renda, exportação, arrecadação de impostos, inovação tecnológica e arrecadação de encargos sociais.

Pode-se afirmar que a sociedade como um todo, entende e visualiza a franquia como um bem social.

Referências;

ABRÃO, Nelson. A Lei da Franquia Empresarial, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 84, volume 722, páginas 25-39, dezembro de 1995.

BITTAR, Carlo Alberto. Contratos Comerciais. 5ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 6ª edição revisada e atualizada de acordo com o Novo Código Civil e alterações da Leis da Sociedades Anonimas. São Paulo: Saraiva, 2000. volume 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa, 22ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 12ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1993.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 14ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, volume 2, São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Editora Eslevier-Campos, 2005.

SILVA, Américo Luís Martins da. Contratos Comerciais, volume 3, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

THEODORO Junior, Humberto. "Curso de Direito Processual Civil vol. II". 52ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 407.

Outras Fontes

Apelação cível nº 2008.001.00101 – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

BRASIL. Lei nº 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 dezembro de 1994.

<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>

<http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/tipos-de-contrato/franquia/>

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>

Processo nº 2.0000.00.472603-8/000 – Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

ANEXO

Lei nº 8955 de Dezembro de 1994

Lei de Franchising nº 8955/94, também chamada de Lei Magalhães Teixeira.

Mensagem de veto Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faz saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Os contratos de franquia empresarial são disciplinados por esta lei.

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.

Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;

II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;

III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;

VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;

VII - especificações quanto ao:

a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;

b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e

c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties);

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;

X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e

b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;

XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação,

operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;

XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:

- a) supervisão de rede;
- b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;
- c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;
- d) treinamento dos funcionários do franqueado;
- e) manuais de franquia;
- f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e
- g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;

XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

- a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e
- b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente

corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos.

Art. 5º (VETADO).

Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

Art. 7º A sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Art. 8º O disposto nesta lei aplica-se aos sistemas de franquia instalados e operados no território nacional.

Art. 9º Para os fins desta lei, o termo franqueador, quando utilizado em qualquer de seus dispositivos, serve também para designar o subfranqueador, da mesma forma que as disposições que se refiram ao franqueado aplicam-se ao subfranqueado.

Art. 10. Esta lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 15 de dezembro de 1994.

Itamar Franco.