



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Renato Costa Santos

**AS RELAÇÕES CONTRATUAIS E AS ABUSIVIDADES NOS
CONTRATOS DE FRANQUIA.**

Brasília, Distrito Federal

2017
Renato Costa Santos

As Relações Contratuais e as Abusividades nos Contratos de Franquia.

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito à obtenção da outorga do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Costa Neto

Brasília, ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. (Nome do orientador)

Afiliações

Prof. (Nome do professor avaliador)

Afiliações

Prof. (Nome do professor avaliador)

Afiliações

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Valdik e Cinara, pelo suporte incondicional, pelo incentivo e pela confiança, sendo inteiramente responsáveis por todas as conquistas. À minha namorada, Camila, pelo apoio constante e por fazer com que todos os momentos sejam especiais. Aos amigos, de Brasília e de Teresina, em especial aos que mantenho desde a escola, aos que me acolheram numa nova cidade e aos meus primos, pela companhia e por tornarem todos os desafios mais fáceis. Agradeço, por fim, a todos os mestres, professores e “chefes” que tive a honra de conviver ao longo desta caminhada, e que me propiciarem o bem mais valioso que se pode acumular ao longo da vida: conhecimento.

RESUMO

Esse trabalho tem como objetivo analisar o as relações contratuais e as abusividades nos contratos de franquia, modelo de negócios que está se tornando cada vez mais relevantes. Para tanto, será feito uma breve explanação sobre a origem histórica deste modelo e serão expostos seus elementos chave, como a dependência econômica, e sua conceituação segundo a Lei 8.955/94. Ainda, serão expostos princípios contratuais que serão parâmetros para analisar as abusividades, como a boa-fé e a função social do contrato. Por fim, apreciar-se-ão condutas que podem desequilibrar um contrato de franquia, bem como os meios que ordenamento jurídico e político nacional têm utilizado para coibir estes abusos.

Palavras-chave: Contratos. Franquia. Abusos. Dependência. Desequilíbrio.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the contractual relations and abusiveness in the franchise contracts, a business model that is becoming more and more relevant. To do so, a brief explanation of the historical origin of these contracts will be made, and its key elements, like economic dependency, will be exposed, alongside its concept by the Law 8.955/94. Also, the contractual principles that will serve as a parameter to analyses the abusiveness will be exposed, like the principles off good Faith and social function of the contract. Finally, conducts that may unbalance a franchise contract will be appreciated, and so will the means that the legal and political order is using to prevent these abuses.

Keywords: Contracts. Franchise. Abuse. Dependency. Imbalance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. Do Contrato de Franquia em si	11
1.1. Aspectos e origem histórica.....	11
1.2. Conceituação.....	14
1.3. Elementos Contratuais.....	17
1.4 Caracterização segundo a Lei n. 8.955/94.....	19
1.5 O Papel da Associação Brasileira de Franchising.....	23
2. Princípios Contratuais nos Contratos de Franquia	27
2.1 Autonomia da Vontade.....	27
2.2 Boa-Fé.....	29
2.3 Função Social do contrato.....	32
2.4 Dependência e o risco empresarial.....	35
3. Desequilíbrio e Abusividades na Franquia	41
3.1 Dependência Econômica e Abuso do Direito.....	41
3.2 Abusividades pré-contratuais.....	42

3.3 Abusividades na execução contratual.	45
3.4 Abusividades no encerramento do contrato.	50
3.5 A importância do equilíbrio contratual e meios de garanti-lo.	52
CONCLUSÃO.	58
REFERÊNCIAS.	60

INTRODUÇÃO

O mercado de franquias representa um setor significativo da economia brasileira. De acordo com dados obtidos pela Associação Brasileira de Franchising – ABF, este setor faturou R\$ 37,565 bilhões de reais apenas no 2º trimestre de 2017, representando um aumento de 6,8% em relação ao mesmo período do ano passado¹. Tal fato demonstra não só a importância deste setor econômico, mas também o fato de que este modelo de negócio vem sendo cada vez mais utilizado.

Estas informações também ajudam a explicar o porquê de haver uma adesão cada vez maior de empresários a este modelo de negócio, que se apresenta como seguro e lucrativo.

Apesar disso, muitos franqueados entram no negócio com uma perspectiva distorcida da maneira como funciona um contrato de franquia. Tal perspectiva, inclusive, acaba gerando conflitos entre franqueador e franqueado, que em último caso podem acarretar na falência do ponto².

Essa é a justificativa do presente trabalho. Conforme dito anteriormente, é cada vez mais comum a opção de empreendedores por uma franquia, seja no empreendedorismo por necessidade, seja no empreendedorismo por oportunidade, ainda mais se levarmos em consideração o contexto econômico atual.

Isto porque a ideia de franquia como um modelo de negócio que se resume a aplicação de investimentos e retorno de lucros e resultados positivos pode estar enganada. A mesma pesquisa da ABF citada anteriormente mostra que o número de pontos fechados no 2º trimestre de 2017 aumentou no ano passado. Portanto, diversos aspectos devem ser levados em consideração pelo empreendedor antes que este ingresse no mercado de franquias.

Dentre tais aspectos, o presente trabalho busca analisar o contrato de franquia, os princípios e elementos contratuais típicos aplicados a este e a maneira como as relações entre as partes se manifestam nesse tipo de negócio, com suas

1 Associação Brasileira de Franchising. *Pesquisa de Desempenho do Franchising, 2º semestre de 2017*, Disponível em <<https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2015/09/2017-Desempenho-do-Franchising-2-Trimestre.pdf>>. Acesso em 04/09/2017.

2 ALVARENGA. Darlan. *Crise, prejuízos e conflitos provocam quebra e fechamento de franquias*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/pme/noticia/2016/04/crise-prejuizos-e-conflitos-provocam-quebra-e-fechamento-de-franquias.html>>. Acesso em 04/09/2017

eventuais abusividades. Pretende-se analisar, por exemplo, a maneira que se manifesta o próprio equilíbrio contratual, que de acordo com Paulo Luiz Netto Lobo, visa balancear direitos e deveres na execução do contrato (e mesmo após)³.

A análise destas relações contratuais é fundamental quando são estudadas em um modelo de negócios onde a dependência econômica é parte fundamental.

No primeiro capítulo trabalho analisará o conceito de um contrato de franquia, também sob a ótica da lei 8.955/94, que disciplina este tipo de contrato. Ainda, o segundo capítulo destacará diversos elementos que lhe são intrínsecos, como a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade das partes, sob a consideração de que o franqueado, como aquele que se sujeita ao estabelecido pelo franqueador, encontra-se sempre em uma posição de vulnerabilidade econômica.

No terceiro capítulo serão abordadas as condutas que porventura ocorrem durante a execução de um contrato de franquia que podem acarretar em abusividades e afetar o equilíbrio da relação entre as partes. Ainda, serão apresentadas cláusulas contratuais próprias dos contratos de franquia que podem ocasionar o desequilíbrio contratual, e como o ordenamento legal e jurídico brasileiro vem lidando com esta questão.

Por fim, é imperioso ressaltar que este trabalho tratará do desequilíbrio contratual sob a ótica do franqueado, parte economicamente mais fraca deste tipo de relação contratual. A partir do que foi dito, concluir-se-á com uma apreciação acerca da melhor maneira de se lidar e avaliar um contrato de franquia para que se evite que abusos sejam sofridos por parte do franqueado e para que mantenha sempre um equilíbrio contratual benéfico às partes.

3 LÔBO, Paulo. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2796>>. Acesso em: 24 out. 2017.

1. DO CONTRATO DE FRANQUIA EM SI

1.1 Aspectos origem histórica.

Em muitos aspectos, pode-se afirmar que o contrato de franquia atende aos anseios da vida moderna, bastante dinâmica. Isto ocorre no âmbito de uma sociedade cada vez mais consumista que, concomitantemente, busca poupar a maior quantidade possível de tempo na hora de adquirir produtos e serviços enquanto almeja um padrão de qualidade satisfatório.

Nessa toada, muitos consumidores acabam criando um vínculo muito forte com diversas marcas, associando-as a determinados níveis de qualidade. Este vínculo, aliado ao fato de que o consumo de algumas marcas pode representar uma posição social diferenciada para o indivíduo que as adquire, gera no consumidor uma situação de satisfação pessoal.

Destaca-se também que a franquia é um modelo eficiente, embasada na criatividade. O franqueador que almeja o sucesso deve sempre estar atento à evasão dos produtos e/ou a maneira como os serviços estão sendo prestados, de modo a manter-se na preferência do público, criando uma identidade com ele. Logo, ao menor sinal de variação negativa quanto a receptividade de determinado produto, mudanças devem ser implantadas, para manter e atrair ainda mais o interesse do consumidor⁴.

Há ainda uma larga gama de vantagens ao se aderir a um modelo de franquias. Em primeiro lugar, frisa-se a boa lucratividade deste tipo de negócio. Isto porque os encargos de instalação das lojas, pagamento de colaboradores, eventual aluguel do ponto comercial e outros custos ficam a cargo do franqueado, tendo o franqueador que oferecer suporte e apenas coletar a sua parte posteriormente. Além disso, o modelo de franquia é apresentado como tendo uma baixíssima taxa de mortalidade quando comparada a outros negócios nacionais⁵.

Pode-se dizer também que este sistema estimula o empreendedorismo,

4 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.24.

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

instando empresários e empreendedores a apresentar técnicas comerciais e gerenciais mais modernas aos consumidores. Isto porque o franqueado quase sempre recebe um modelo de negócios formatado, com gerenciamento definido, de modo que este pode dedicar-se a aspectos-chave da empresa no dia a dia e delegar uma atenção maior ao cliente⁶.

Ainda, quanto mais franquias aderirem ao negócio do franqueador no mercado, mais sua marca será difundida, e sua produção terá escoamento garantido. Por conseguinte, se aliado a um controle de qualidade, o potencial do negócio cresce exponencialmente.

Já para o franqueado, o contrato de franquia apresenta-se inicialmente como um modelo de negócios seguro e confiável. Isto porque ele adentrará em um negócio já existente e consolidado no mercado, enquanto obtêm do seu fornecedor (franqueador) informações e conhecimentos que lhe propiciarão vantagens ao tocar sua empresa.

Partindo para um brevíssimo resgate histórico, é possível dizer que a franquia, como modelo de negócio, não chega a ser uma novidade. Apesar de não ser possível precisar com clareza o marco zero deste tipo de atividade, alguns autores afirmam que ela originou-se na idade média. Nas palavras de Lina Márcia Fernandes, o termo “franquia” deriva-se dos verbetes franceses “*franchisage*”, que representava uma espécie de concessão de direitos pela nobreza, e “*franchise*”, que designava o local onde poderia haver circulação de serviços sem a percepção de impostos⁷.

Porém, a concepção mais comum é a de que o negócio, na forma como o conhecemos, originou-se verdadeiramente nos Estados Unidos, após a Segunda Guerra Mundial. Nessa época, o comércio foi visto como uma verdadeira oportunidade pós-crise. Rodrigues da Luz e Vivarelli⁸ afirma que esse período temporal é o real ponto de partida das franquias, que proporcionava aos antigos

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

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

8 LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. *O Franchising como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia*. Revista Eletrônica de Direito/Unesp, Franca, n. 1, p. 3-4, 2010. [online]. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>>. Acesso em: 06/09/2017

militares norte-americanos um modelo sustentável de negócios.

Por sua vez, Luiz Fernando Barroso defende que o modelo franquias originou-se efetivamente na idade média, porém permaneceu “adormecido” por séculos, vindo a ressurgir posteriormente nos Estados Unidos, durante o pós-guerra⁹. Este período chegou a ser chamado inclusive de “*franchise boom*”¹⁰.

Sebastião José Roque cita dois exemplos que podem servir de “símbolo” para o modelo de franquias que conhecemos¹¹. O primeiro é representado pelas máquinas de costura “Singer Sewing Machine” que, por volta dos anos 1850, concedeu a inúmeras pessoas nos EUA o direito não só de utilizar a marca “Singer” em suas máquinas como também de prestar assistência técnica e vender peças.

Outro exemplo, porém, talvez seja o mais famoso de todos. Trata-se da conhecida rede *McDonald’s*, fundada no período da Segunda Guerra Mundial se iniciar. Esta rede, que inicialmente tratava-se de uma única loja em San Bernardino, Califórnia, conquistou tanto sucesso entre os consumidores que se viu obrigada a expandir para atender a demanda que era cada vez maior¹².

Dessa maneira, foram abertas mais e mais unidades em diversas cidades, com uma diferença: essas unidades pertenciam a outros proprietários, que pagavam *royalties* para poderem utilizar o nome, vender os produtos e levar a seus consumidores a experiência “*McDonald’s*”. O resultado deste processo, como sabemos, é uma das maiores redes de franquia existentes no mundo¹³.

Após esse período de surgimento e consolidação nos Estados Unidos, o sistema de franquias espalhou-se para a Europa e posteriormente fez-se presente em todas as partes do globo. O sucesso obtido pelo modelo norte-americano, aliado ao fato de que este tipo de negócio apresenta inúmeras vantagens não só para franqueadores e franqueados como também para a população em geral, são fatores que impulsionaram a popularização deste sistema.

No Brasil, tem-se como marco inicial do sistema de franquias a empresa de calçados *Stella*. Arthur Sampaio, empresário proprietário da marca, possuía diversas

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

10 BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza jurídica do contrato de franchising in* Revista dos Tribunais, vol.653, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 54

11 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.66.

12 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.66.

13 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.66.

lojas chefiadas por representantes que ele mesmo escolhia¹⁴. Ainda hoje este sistema encontra-se em notória expansão, conquanto o faturamento do setor cresceu 8,3% em 2016 em relação a 2015¹⁵, chegando a R\$ 151,24 bilhões, enquanto o PIB brasileiro sofreu uma redução de 3,59%¹⁶.

1.2 Conceituação.

Segundo Sebastião José Roque¹⁷, o contrato de franquia empresarial pode ser resumido como um acordo onde uma parte (o franqueado) cede a outra (o franqueador) os direitos de utilizar de sua propriedade intelectual para comercializar, diretamente ao público, serviços e produtos de marca previamente estabelecida. Tal método é utilizado como uma maneira de distribuição destes produtos através de parcerias entre entes empresariais, onde uma empresa maior transfere aos franqueados a competência que desenvolveu na produção e distribuição de seus produtos.

Nos termos de Nelson Abraão, o franqueador posiciona o franqueado em uma rede de distribuição de seus produtos, prestando-lhe assistência no que diz respeito aos meios mais eficazes de se explorar a marca que foi concedida, cobrando em retorno uma taxa de entrada no negócio e um percentual sobre aquilo que for negociado pelo franqueado¹⁸.

Já Orlando Gomes define o contrato de franquia empresarial como sendo híbrido e autônomo, onde há um acordo entre empresários para que se ceda o direito de comercializar determinada marca. Nesse negócio, o empresário que cede a marca devesa prestar assistência técnica e auxílio, enquanto que aquele que

14 LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. *O Franchising como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia*. *Revista Eletrônica de Direito/Unesp*, Franca, n.1, p. 5, 2010. [online]. Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>. Acesso em: 06/09/2017

15 GANDRA, Alana. *Sistema de franquias brasileiro cresce 8,3% no ano passado*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-02/sistema-de-franquias-brasileiro-cresce-83-no-ano-passado>>. Acesso em 06/09/2017

16 World Bank. *GDP Growth*. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=BR>>. Acesso em 06/09/2017

17 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.15.

18 ABRÃO, Nelson. *A lei da Franquia Empresarial* (n. 8.955 de 15.12.1994). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 722, p. 25-39, dez. 1995. p. 27.

recebe o direito de explorar o produto o remunera¹⁹.

Percebe-se que todos os conceitos apresentados definem o contrato de franquia como uma espécie de distribuição de produtos ou serviços, onde há aquele que cede o direito de exploração, prestando assistência técnica, e aquele que adquire este direito, criando um vínculo contratual. Nestes contratos, um empresário (distribuidor) busca a consolidação e a ampliação de seu mercado²⁰.

As duas figuras centrais deste contrato, obviamente, são o franqueador e o franqueado, sendo que todo o negócio funciona em torno da relação entre essas partes.

O franqueador é o detentor da exclusividade da marca, bem como possui toda a *expertise* relacionada a ela, como sistema de produção, patentes, marketing, etc. É também o dono e criador de todo o sistema operacional e administrativo. Em suma, possui todos os elementos relativos à propriedade intelectual da marca e possui a prerrogativa de concedê-la. Até por isso, pode também ser chamado de concedente. Ainda, o franqueador jamais será pessoa física, podendo ser, no entanto, uma empresa individual²¹.

A seu turno, o franqueado é aquele à quem será feita a concessão do uso da marca. Suas funções, portanto, serão puramente operacionais, na medida em que será o responsável por levar ao consumidor final os produtos ou serviços oferecidos em sua franquia. Em muitos aspectos, pode ser considerado como um distribuidor, sendo também pessoa jurídica. Convém informar, inclusive, que por se tratar de pessoa jurídica, o falecimento do franqueado significa a extinção da empresa, sem ficar o franqueador obrigado a seguir com a sucessão a menos que seja obrigação contratual²².

Nas palavras de Márcia Pires²³:

O interesse mútuo pelo crescimento e fortalecimento da marca é, em contrapartida, a sua alma, o valor maior que orienta as relações diárias

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

20 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 476

21 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.46.

22 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.47.

23 PIRES, Márcia. *Responsabilidades e obrigações entre franqueado e franqueador*. Disponível em <<http://www.portaldofranchising.com.br/artigos-sobre-franchising/o-que-e-franchising/responsabilidades-e-obrigacoes-entre-franqueado-e-franqueador>> Acesso em 19 de setembro de 2017.

entre franqueado e franqueador. Ela define suas obrigações e responsabilidades diante do sistema e para o sistema. A operação diária, os planos e ações de curto prazo exigem, expõem e confrontam franqueador e franqueados com situações de negócio, oportunidades e desafios. A ambos cabe a condição de atuar e se estabelecer de forma positiva e bem-sucedida, para si e para a rede. É o interesse, de franqueador e franqueados, pelo crescimento e fortalecimento da Marca que baliza as decisões diárias e dá sustentação e força ao negócio.

Ao franqueador cabe repassar ao franqueado todo o *know-how*, da instalação ao início da operação, sempre prestando a devida assistência, orientando as atividades. Por sua vez, cabe ao franqueado arcar com todos os custos necessários para iniciar o seu negócio e, ainda, remunerar o franqueador de acordo com os termos acordados.

Logo, são evidentes as semelhanças com um contrato de distribuição. Para Paula Forgioni, contratos de distribuição são aqueles que possibilitam ao empresário um escoamento seguro daquilo que produz²⁴. O franqueador utiliza deste tipo de instrumento para associar-se a outros empresários, garantindo que seu produto seja integrado ao mercado.

Esta associação permite ao franqueador uma redução das despesas com o fluxo de sua mercadoria, que serão realizadas pelo franqueado. A este último, há a uma facilitação do controle de qualidade bem como uma supervisão da sua empresa pelo franqueador. Essa troca de vantagens aumenta a eficiência do negócio.

Para Fábio Konder Comparato²⁵, o contrato de franquia distingue-se do contrato de distribuição puro e simples pelo fato de que as partes possuem mais direitos e deveres entre si. Enquanto o franqueado obtém a prerrogativa de utilizar a marca do franqueador, este deve prestar serviços de supervisão e assessoramento ao franqueado.

Ademais, há também a ocorrência do pagamento da taxa de franquia, enquanto que nos contratos de distribuição o fornecedor beneficia-se apenas dos ganhos decorrentes das operações de compra e venda dos produtos²⁶.

Prosseguindo, há uma integração direta entre o franqueador e a sua rede de

24 FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

25 COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?*. Revista de Direito Mercantil. 1975. p.53

26 FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

franqueados. É exercido, por exemplo, um controle de qualidade, com a uma possibilidade inclusive de se estabelecer as técnicas de revenda a serem utilizadas. Aí está o grande diferencial entre as atividades de franquia e as atividades de atacadistas e varejistas autônomos²⁷.

Ainda, há de se destacar os contratos de franquia como integrantes da categoria dos contratos de colaboração. De acordo com José Roque, tais contratos configuram uma parceria entre dois empresários, onde cada um dedica-se à determinada área do negócio, complementando-se²⁸.

Por último, Fábio Ulhoa Coelho nos ensina, sendo ainda mais específico, que nos contratos de colaboração, uma das partes (o colaborador) assume uma obrigação de criação e ampliação de mercado perante a outra parte (o fornecedor)²⁹.

1.3 Elementos Contratuais

Sob as premissas discutidas anteriormente, pode-se conceituar o contrato de franquia como um negócio jurídico, em geral, consensual, personalíssimo, oneroso, bilateral, de execução continuada, híbrido e empresarial.

Na esteira do afirmado por Orlando Gomes³⁰, pode-se definir contratos consensuais, ou não-solenes, como sendo aqueles que se formam pelo livre acordo das partes, sendo perfeitos e acabados unicamente através da integração das manifestações de vontade. Logo, tais contratos se originam a partir da união da vontade do franqueador e do franqueado.

Esta característica encaixa-se nos contratos de franquia, onde os empresários acordam sobre a maneira em que se dará a execução do negócio, visto que são inúmeros os serviços e produtos que podem ser franqueados.

Personalíssimos são os contratos em que a execução deve ser realizada exclusivamente pelo contratado, não podendo ser substituído. Tais contratos geralmente estão vinculados a diversas qualidades pessoais dos contratantes. Nas

27 OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. *Contratos de Distribuição*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 325

28 ROQUE, Sebastião José. Do Contrato de Franquia Empresarial. São Paulo: Ícone, 2012, p.21.

29 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 476

30 GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 19

palavras de Thomas Saavedra³¹, os contratos de franquia são personalíssimos na medida em que o franqueado é analisado pelo franqueador sob diferentes aspectos que este considera fundamental para a execução do negócio, desde a sua situação financeira até o seu perfil como empreendedor e investidor.

Por sua vez, os contratos onerosos correspondem àqueles onde ambos os contratantes obtêm proveito, que decorre diretamente de um sacrifício. Tais contratos impõem ônus ao mesmo tempo em que garantem vantagens às partes³².

No “*franchising*”, o franqueado deve arcar com os custos da instalação da sua franquia ao mesmo tempo em que deve pagar uma taxa de “*royalties*”. Porém, já inicia suas atividades negociando produtos e serviços previamente inseridos no mercado e de conhecimento de seu consumidor final, utilizando inclusive estratégias de negociação e marketing já desenvolvidas³³.

Ao mesmo tempo, o franqueador deve exercer o controle de qualidade dos produtos, bem como prestar assistência a todos àqueles que adquirirem sua franquia. Todavia, consegue uma difusão enorme para seus produtos e serviços sem necessidade de grandes investimentos, além de receber várias contrapartidas financeiras.

Nessa toada, portanto, é que se afirma que os contratos de franquia configuram-se também como bilaterais. Isto porque tais contratos constituem obrigações para ambas as partes, recíprocas. Até por isso, são também denominados de sinalagmáticos, onde *sinalagma* representa a reciprocidade das prestações³⁴.

Por seu turno, os contratos de prestação continuada (ou de atos sucessivos) são aqueles onde a execução ocorre através de atos sucessivos, sendo exatamente o que ocorre com as franquias de modo geral, ainda mais quando se considera que o franqueador é também um fornecedor para o franqueado.

Contratos híbridos, por sua vez, são aqueles constituídos de elementos contratuais diferentes. Considerando, portanto, que os contratos de franquia se

31 SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29

32 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro 3: Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2012

33 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 486

34 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro 3: Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2012

formam a partir da junção de diversos e tipos contratuais, como os de distribuição, prestação de serviços, compartilhamento de propriedade intelectual, dentre outros, pode-se afirmar que tal negócio jurídico reverte-se de uma natureza única³⁵.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, um contrato empresarial, é aquele decorrente do exercício empresarial por todas as suas partes³⁶. Ainda, a busca pelo lucro é intrínseca a esta espécie contratual, na medida em que as vantagens buscadas e auferidas pelas partes são estritamente financeiras, ou possuem reflexos financeiros diretos. Prosseguindo, podem ser considerados contratos indispensáveis à prática econômica³⁷. É nesse rol que se encaixa o contrato de franquia.

1.4 Caracterização segundo a Lei n. 8.955/94

No Brasil, a Lei n.º. 8.955/94 firmou a concepção de franquias como um contrato, denominado de “Contrato de Franquia Empresarial”. Seu conceito foi explicitado no art. 2º da referida Lei, que assim afirma:

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.

Considerando todo o exposto anteriormente, é possível perceber que o legislador conseguiu sintetizar adequadamente a definição do que é um contrato de franquia. No entanto, a referida lei regulamenta, em verdade, a Circular de Oferta de Franquia, documento fundamental para este modelo de negócio. Esta circular é introduzida no art. 3º da Lei, que diz:

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

35 ROQUE, Sebastião José. Do Contrato de Franquia Empresarial. São Paulo: Ícone, 2012, p.17.

36 COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais..* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 13

37 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais.* In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais..* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54

clara e acessível (...).

Junto com esta introdução, o legislador estabeleceu uma série de informações que devem obrigatoriamente constar neste documento. São informações como: descrição do negócio, histórico da empresa, balanços financeiros, valor da taxa de adesão, dentre outras. Todas essas informações são fundamentais e permitem ao franqueado identificar de maneira efetiva como se encontra o negócio em que ele pretende ingressar.

De certa forma, os dados presentes na Circular fazem uma alusão às práticas de governança corporativa, na medida em que é fundamental o dever de transparência do franqueador em relação ao franqueado. Fábio Ulhoa Coelho chega a classificar a Lei n. 8.955/94 como uma *disclosure statute*³⁸. Por sua vez, Luiz Felizardo Barroso compara a circular às informações requeridas pela Lei nas distribuições de valores mobiliários³⁹.

Além de todas aquelas informações, a Circular de Oferta de Franquias deve trazer um modelo de contrato (ou pré-contrato)⁴⁰, com descrição detalhada dos termos contratuais, prazos e encargos financeiros inerentes. Este modelo incluirá informações específicas, como o investimento inicial necessário, a extensão do território e a possibilidade, ou não, da realização de vendas fora deste território, as funções desempenhadas por parte e o limite da intervenção do franqueador na empresa.

Ademais, a COF também informará se haverá a necessidade e, havendo, qual a quantidade mínima de compra de produtos, bem como de quanto em quanto tempo haverá a necessidade da compra, o tipo de auxílio e a maneira como tal auxílio será fornecido pelo franqueador (como treinamentos ou auditorias), bem como outras despesas decorrentes da assinatura do contrato, como um eventual aluguel de equipamentos ou taxa de frete dos mesmos, taxa de publicidade e etc.

A circular, para o franqueado, reveste-se de um papel muito importante. Isto porque, além de todas as informações que devem integrá-la obrigatoriamente, é um

38 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 126

39 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2002.

40 SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 191

dos contatos iniciais com o franqueador, que servirá de base para a relação vindoura. Ademais, através dela pode o franqueado obter uma noção de como o negócio é executado através da análise de experiências prévias de outros faqueados.

É preciso que o franqueado saiba com toda clareza o tipo de negócio em que investirá o seu capital. Portanto, a COF deverá permitir que este empreendedor tenha segurança sabendo que a operação a que pretende fazer parte efetivamente funciona. Por isso, fundamental receber informações que vão desde o nome social e os balanços contábeis da franquia até eventuais pendências judiciais que possam estar presentes.

Porém, também é atribuído ao franqueador a possibilidade de conhecer aquele ou aquela que tem interesse em ingressar no seu negócio. Para tanto, a Lei, em seu Art. 3º, V e VI⁴¹ insta o franqueador a informar o seu “perfil ideal” de franqueado, podendo incluir uma série de pré-requisitos aos pretendentes, tais como experiência prévia mínima, nível de escolaridade ou outras qualificações específicas.

Além disso, o franqueador também pode inserir requisitos quanto ao envolvimento direto do interessado no negócio. Em geral, essa cláusula visa assegurar um comprometimento mínimo do empresário. Isto porque em alguns casos a franquia é vista como um negócio que, em virtude da influência e auxílio do franqueador, irá se gerir e funcionar sozinha, obtendo resultados “automaticamente”. Logo, é de todo interesse do franqueador garantir que a sua franquia seja bem gerida, já que é a sua marca que está no mercado.

Estes termos, porém, não configuram manifestação de vontade, tratando-se apenas de sondagens e conversações, integrando a denominada fase da pontuação⁴².

Sendo, portanto, instrumento fundamental para que o empresário saiba ou não se participará do negócio, a Lei 8.955/94 impõe que a COF deve ser apresentada com um prazo mínimo de 10(dez) dias antes que ocorra a efetiva assinatura do contrato, dando oportunidade ao franqueado para analisar e refletir.

41 Art. 3º, 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”.

42 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro 3: Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2012

Tal exigência, no entanto, pode ser relativizada caso seja levada à apreciação do judiciário, como será visto mais na frente.

A COF, como dito, não configura uma proposta contratual. A proposta, nos termos de Waldirio Bulgarelli, representa uma manifestação de vontade de contratar de uma parte, que busca uma manifestação concreta da outra acerca dos termos pré-estabelecidos⁴³. A Circular, então, estaria mais bem inserida nas “negociações preliminares”, visto que faz parte das conversações e tratativas iniciais que buscam chegar a um entendimento⁴⁴. Ademais, o modelo de pré-contrato se faz presente na Circular como uma exigência da lei.

Igualmente, é importante salientar que a natureza preliminar da Circular não exclui a responsabilidade do franqueador sobre ela, em virtude da responsabilidade civil pré-contratual. De acordo com Antônio Chaves⁴⁵, esta responsabilidade ocorre a partir da interrupção abrupta e injustificada da legítima intenção de contratar, indo na contramão do consentimento e das intenções iniciais previamente apresentadas.

Como se observa, a Lei 8.955/94 buscou estabelecer a maior quantidade possível de segurança jurídica e transparência a este modelo de negócios. Tanto que o parágrafo único do art. 4º prevê punição em caso de não fornecimento das informações exigidas⁴⁶. Porém, o estabelecimento de informações mínimas a serem fornecidas na Circular de Oferta de Franquia, bem como a falta de atualização da legislação acaba por facilitar eventuais práticas impróprias por parte dos franqueadores.

Isto se deve ao fato de que, uma vez cumpridos os requisitos mínimos exigidos pela Lei, pode o franqueador deliberadamente omitir informações tão essenciais ao negócio quanto aquelas já explicitadas, com o propósito de atrair mais interessados. Para que se tenha um exemplo, podemos citar o comércio eletrônico de produtos através da Internet, modalidade inexistente à época da Lei (1994) e que pode interferir diretamente nas vendas das franquias físicas.

43 BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 1999.p.120

44 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro 3: Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2012

45 CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 208.

46 Art. 4º, 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.”

Ainda assim, o art. 7º da Lei de Franquias aduz ser anulável o contrato cuja assinatura derivou de informações falsas na COF, impondo a mesma condição do supracitado art. 4⁴⁷. Hoje, disposição semelhante pode ser encontrada também nos artigos 145 e 147 do Código Civil de 2002⁴⁸.

1.5 O Papel da Associação Brasileira de Franchising.

Conforme se observou, a Lei 8.955/94 não estabelece ou estipula critérios em relação ao contrato de franquia propriamente dito. Apesar de sua importância em relação à regulação da Circular de Oferta de Franquia, não são estabelecidas regras e normas específicas (como cláusulas) que devem constar nos contratos de franquia empresarial. Tal papel, portanto, foi “assumido” pela Associação Brasileira de *Franchising* – ABF, instituição fundamental para o funcionamento e desenvolvimento deste modelo de negócio no Brasil.

Fundada em 1987, em São Paulo, a ABF é uma instituição composta por franqueadores, franqueados, fornecedores, empreendedores e os demais interessados no funcionamento e crescimento deste modelo de negócio. É uma associação de âmbito nacional, com atuação em todo país.

Dentre suas operações desempenhadas, convém destacar duas delas. A primeira diz respeito ao aprimoramento de pessoal e qualificação das franquias. A ABF realiza regularmente encontros, palestras simpósios e outras diversas formas de treinamento e capacitação técnica para todos os interessados. Ainda, expede o Guia Oficial de Franquias, com diversas informações e orientações a seus associados e demais interessados⁴⁹.

A ABF também fornece o Selo de Excelência em *Franchising*, que busca avaliar a qualidade e excelência de empresas franqueadoras através de sua atuação, premiando-as em caso de desempenho satisfatório. Além disso, estimula a

47 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.

48 Art. 145: São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.; Art. 147: Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.

49 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.115.

melhoria de seu desempenho através valorização das melhores práticas no setor, por meio de uma avaliação extensiva de seus franqueados.⁵⁰

Ademais, a ABF atua também fortemente na publicidade e divulgação não só de franquias individuais como do modelo de negócio em si, atuando como um verdadeiro baluarte de excelência. Como exemplo, a associação realiza um trabalho analisar e enviar a seus associados propostas de franquias oriundas do exterior, bem como publiciza franquias brasileiras para fora do país.

Ainda, a ABF dispõe de convênio com o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial de Propriedade Intelectual⁵¹, de modo a fornecer aos seus associados uma maneira mais célere e prática de resolver eventuais conflitos contratuais. Vale realçar o fato de que a possibilidade de resolução de conflitos na via extrajudicial (arbitragem e mediação) deve ser estabelecida previamente, nos termos do art. 3º da Lei 9.307/97⁵².

Porém, o papel que destacaremos é de uma importância ainda maior. A Associação, considerando o vácuo legislativo, bem como as peculiaridades únicas do modelo de franquias, estabeleceu um código de auto-regulamentação desta espécie de negócio, mesmo sendo uma ONG. Este código nos é apresentado por Sebastião José Roque, e destacaremos seus principais pontos⁵³.

Tal destaque reveste-se de importância fundamental para este trabalho, uma vez que os termos estabelecidos pela ABF que devem figurar nos contratos de franquia, que iremos expor e conceituar mais à frente, servem de baliza para estes contratos e a partir deles é que é possível analisar as relações contratuais entre as partes, bem como eventuais causas de desequilíbrio contratual.

Para a Associação, o contrato de franquia “é o instrumento que rege a relação jurídica estabelecida entre Franqueador e Franqueado, e estabelece os termos e condições que deverão ser obedecidos para a exploração do Sistema de Franquia pelo Franqueado e as situações inerentes ao relacionamento Franqueador -

50 Associação Brasileira de Franchising. *Selo de excelência em Franchising*. Disponível em: <<http://selodeexcelencia.abf.com.br/>>. Acesso em 15/09/2017

51 World Intellectual Property Organization. *Colaboração entre a Associação Brasileira de Franchising (ABF) e o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/pt/center/specific-sectors/franchising/abf.html>>. Acesso em 19/09/2017

52 Art. 3º: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

53 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.115.

Franqueado”⁵⁴.

Conforme dito, a ABF delimita cláusulas fundamentais do contrato, que versam sobre diversos aspectos, tais como: o objeto da franquia, a maneira como se dará a cessão dos direitos de propriedade intelectual, direitos e obrigações das partes, prazo da concessão da franquia e seu território de atuação, causas e consequências da rescisão, cessão ou transferência da franquia e sucessão das partes.

Sendo o mais simples de conceituar ao mesmo tempo em que se configura em uma das mais importantes disposições presentes no contrato, o objeto do contrato de franquia corresponde ao que está sendo negociado e contratado. Ele estabelece o que está sendo cedido pelo franqueador.

Também deve ser estipulado em contrato o território onde ocorrerá a atuação do franqueado. Ou seja, cabe ao franqueador explicitar a área onde o franqueado explorará seus produtos ou serviços. Esta cláusula é fundamental, já que o perímetro de atuação implicará em consequências diretas para o faturamento daquela franquia e de outras que eventualmente podem vir a surgir.

Será a Circular de Oferta de Franquia quem indicará se a franquia adota ou não o sistema de exclusividade territorial. Existindo tal cláusula, a atuação fora de suas fronteiras configura em descumprimento contratual. Porém, esta cláusula pode não estipular diretamente a exclusividade do território, e sim estabelecer uma preferência ao franqueado. Neste caso, as condições de atuação fora do território devem ser estabelecidas da maneira mais transparente possível, para não prejudicar a própria rede de franquias⁵⁵.

Ainda quanto a estes elementos fundamentais dos contratos de franquia, outra questão que deve estar explicitada o mais claramente possível diz respeito as prestações pecuniárias entre as partes, principalmente os valores devidos pelo franqueado ao franqueador e também os valores relativos ao investimento necessário para que se inicie o negócio.

Esta questão é importante principalmente se considerarmos o fato de que todos os gastos para o funcionamento da empresa realizados pelo franqueado visam

54 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.115.

55 COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial. Volume 1*. São Paulo. Editora Saraiva. 2009. p. 144.

atender às exigências do franqueador, para que ocorra o funcionamento eficaz daquela franquia. São gastos que dizem respeito, por exemplo, à adaptação do ponto comercial, ao treinamento dos funcionários, a customização dos produtos e a uma eventual compra de insumos de fornecedores específicos. Isto porque não é possível ao franqueado buscar opções menos custosas no mercado, visto que a franquia deve manter o padrão em todas as suas unidades⁵⁶.

Outras disposições que devem ser transparentes e claras dizem respeito à confidencialidade, à proibição de concorrência e a cessão da franquia, dessa vez visando proteger o franqueador. O motivo da cláusula de confidencialidade é clara: garantir que o modelo de negócios elaborado por este franqueador não possa ser utilizado por terceiros sem qualquer contrapartida, ou ainda, impedir que o franqueado repasse informações sigilosas a terceiros.

Por sua vez, a proibição de concorrência visa garantir que o franqueado, uma vez de posse de toda a *expertise* do negócio, utilize tais conhecimentos para concorrer com o seu franqueador, abrindo outro empreendimento com as mesmas características do anterior, porém sem ter que arcar com todos os encargos financeiros devidos, como o pagamento de *royalties*.

O descumprimento de qualquer das disposições acima descritas pode, e deve, acarretar em multa, bem como outras sanções aplicáveis em caso de uso indevido de propriedade intelectual. Há julgados, inclusive, que respaldam a contraprestação pecuniária em caso de concorrência desleal, por exemplo⁵⁷.

Por fim, também é de fundamental importância que se estabeleça os critérios de cessão e transferência de franquias. Isto porque o franqueador, ao escolher a quais franqueados permitirá a exploração de seu modelo de negócio, avalia uma série de características personalíssimas. O franqueado, portanto, deve se adequar a um determinado perfil desejado pelo franqueador, de modo que a cessão, sucessão ou transferência da franquia deve conter requisitos claros. No entanto, jamais deixará de ser a parte mais vulnerável da relação.

56 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.25.

57 TJ-MG - AC: 10210120061333001 MG, Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira, Data de Julgamento: 13/02/2014, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/02/2014

2. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NOS CONTRATOS DE FRANQUIA.

2.1 Autonomia da Vontade

Ante a exposição dos elementos contratuais específicos de um contrato de franquia, é fundamental agora elucidar alguns princípios contratuais presentes neste modelo de negócio jurídico, uma vez que tais princípios, e sua aplicação peculiar nos contratos de franquia, servirão de baliza para que analisemos as relações contratuais entre as partes. Também será possível detectar abusos contratuais e fatores de desequilíbrio.

Um princípio basilar para a consolidação de um contrato é o princípio da autonomia da vontade das partes. Um contrato, portanto, poderia ser caracterizado como um objeto formal que cria relações obrigacionais com direitos e deveres previamente estabelecidos, indo de acordo com o que foi definido entre os contratantes, atendendo aos seus interesses. Logo, inválido é o contrato onde uma das partes não apresentou sua vontade de maneira independente⁵⁸.

Para Maria Helena Diniz⁵⁹, este princípio representa a vontade das partes de maneira propriamente dita. Segundo a autora, é ele quem confere aos contratantes a liberdade de estipular, da maneira que melhor lhes aprouver, os dispositivos contratuais que mais se aproximam de seus interesses.

No entanto, por mais natural que possa parecer, este princípio não é linear na nossa história, e nem sempre esteve presente na nossa sociedade. O seu conceito, tal qual se conhece hoje, é fruto do Liberalismo, na medida em que este buscava conciliar a liberdade, em seu sentido formal, e a segurança jurídica (ou contratual), ideias que se apresentavam como verdadeiros alicerces das relações privadas⁶⁰.

Porém, debates acerca desta autonomia existem desde os tempos mais remotos, em decorrência da existência de governos totalitários e escravocratas

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

59 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.23

60 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós modernidade*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 114, jul./set. 2004.p. 116.

(como o antigo Egito). Textos e diálogos da Grécia antiga já apontavam como uma das funções do Estado à garantia do cumprimento dos contratos estabelecidos de acordo com a livre autonomia de seus cidadãos⁶¹.

Apesar disto, é o renascimento, primeiro, e posteriormente o liberalismo, que lutaram com mais força pela autonomia individual, em todas as suas frentes⁶². O século XIX é tido como um marco para a consolidação da autonomia da vontade, em decorrência direta da Revolução Francesa. Esta revolução, com bandeiras como liberdade igualdade e fraternidade, tinha como fim último delegar aos homens autonomia em relação ao Estado Absoluto. Portanto, as pessoas passariam a conviver em situação de igualdade, de maneira a moldar sua própria realidade em virtude de acordos estabelecidos livremente. Foi o início de uma enorme valorização ao individualismo⁶³.

Concomitantemente ao aumento da importância da autonomia privada, ganhou força também a questão da obrigatoriedade das convenções, ou princípio do *pacta sunt servanda*. Em linhas gerais, este dispositivo estabelece que o contrato, uma vez estipulado entre as partes e satisfeitos os seus requisitos de validade e eficácia, faz lei entre as mesmas⁶⁴.

Isto porque o contrato, na medida em que se origina a partir de um acordo entre as partes, implica a ideia de um dispositivo justo e razoável, fazendo jus, portanto, a uma proteção jurisdicional. Dessa maneira, a parte que porventura teve prerrogativa contratual violada poderia utilizar-se de mecanismos de cobrança⁶⁵, sendo tutelada pelo Estado.

No entanto, logo se percebeu que a aplicação exacerbada do *pacta sunt servanda* acabava levando a certa inalterabilidade do contrato, de modo que não cabia revisão unilateral posterior nem pelas partes nem pelo juiz. Diante disto, a legislação veio desde então buscando estabelecer limites à autonomia privada,

61 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós modernidade*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 114, jul./set. 2004.p. 115.

62 MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro, Volume 5: Teoria Geral dos Contratos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

63 AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico: existencia, validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13.

64 ZENETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

65 ZENETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

principalmente no que diz respeito à proteção da parte mais fraca⁶⁶.

Nos contratos de franquia, essa parte mais fraca é, sem dúvida, o franqueado. Ainda mais considerando o contrato de franquia como um contrato de adesão, onde a negociabilidade é restrita⁶⁷ e quase sempre cabe ao franqueado apenas a anuência quanto aos termos oferecidos pelo franqueador, que impõe suas condições quase que de maneira unilateral⁶⁸.

O franqueador, como agente econômico que é, buscara sempre a maximização de seus lucros, e isso inclui extrair do franqueado o máximo possível. Fábio Ulhoa Coelho afirma que a assimetria é parte intrínseca aos contratos empresariais, e que as partes devem aceitá-la, sobretudo porque ninguém se torna empresário por necessidade. Dessa maneira, ainda que a dependência econômica seja patente, não haveria que se falar aqui em hipossuficiência de qualquer das partes em relação à outra⁶⁹.

Porém, tal raciocínio não deve ser tratado de maneira absoluta no âmbito de um contrato de franquia, na medida em que tal espécie contratual vai além da natural dependência econômica entre as partes. Isto porque a própria liberdade do franqueado foi tolhida, mesmo nas situações que lhe pareçam mais favoráveis. Em último caso, é possível que este acabe concordando com cláusulas notadamente abusivas, ou se encontre em uma situação altamente desfavorável no caso de uma mudança do cenário econômico em que está inserido, já que está privado de renegociar termos contratuais, apesar de suas estratégias negociais, como veremos adiante.

Fica notório, no entanto, que a aplicação de outros princípios contratuais, como a boa fé e a função social do contrato, tem função fundamental nas franquias, visando garantir uma relação saudável aos contratantes.

2.2 Boa-Fé Objetiva

66 ZENETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 59.

67 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*.. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 66

68 SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 42

69 COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*.. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 18

A boa fé, em seu conceito objetivo, pode ter seu surgimento atrelado a uma concepção de que o devedor não é mais meramente um sujeito passivo nas relações contratuais, superando a própria ideia clássica de obrigação. Tal passividade (ou total subordinação) passa a dar lugar ao dever de cooperação entre ambos para que ocorra o adimplemento das obrigações⁷⁰.

É este novo aspecto dinâmico da obrigação que levou os autores Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber a afirmar que o direito contemporâneo exige dos contratantes um comportamento que preze pelos deveres de lealdade e confiança, consolidando a boa-fé entre eles. A boa-fé, portanto, seria um padrão de comportamento a ser seguido e observado pelas partes⁷¹.

Este conceito, inclusive, não é diferente no âmbito dos contratos empresariais, onde a boa-fé reforça a confiança dos agentes econômicos no sistema em que estão inseridos⁷².

Importante, porém, fazer uma breve diferenciação entre a boa-fé objetiva e a subjetiva. A boa-fé subjetiva, nas palavras de Judith Martins-Costa⁷³:

Diz-se subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé, está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

A boa-fé objetiva, portanto, revela-se como extrínseca ao indivíduo, na medida em que o que é levado em consideração são os atos praticados pelos contratantes e suas respectivas consequências na realidade fática, independente de suas intenções.

De acordo com Gladston Mamede⁷⁴, para a afirmação de uma boa-fé na

70 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 913

71 SCHREIBER, Anderson. TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Comentado*. São Paulo. Atlas: 2008.p. 17

72 FORGIONI, Paula. *A Interpretação dos Negócios Empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 66

73 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

74 MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro, Volume 5: Teoria Geral dos Contratos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61.

modalidade objetiva:

Abandona-se a investigação finalística do universo psicológico do sujeito, para examinar o ato praticado, sem considerar a sua intenção, o seu ânimo. Dessa maneira, mesmo que a parte tenha a parte tenha agido, subjetivamente, com boa-fé, mesmo que tenha revelado boa intenção, desconsidera-se o objeto psicológico

Portanto, os efeitos da boa-fé objetiva, sobretudo nos contratos empresariais, impõem uma série de preceitos ao agir no fluxo e na execução do negócio, considerando-se os interesses alheios, que também são juridicamente resguardados, de modo que seja propagado e difundido um comportamento leal, como uma espécie de honestidade pública⁷⁵. Prosseguindo, a aplicação da boa-fé objetiva ocorre em todas as fases do contrato, na medida em que justifica a responsabilidade pré-contratual, ajusta as relações obrigacionais de acordo com o desenrolar fático e serve como base para a interpretação dos contratos⁷⁶.

No nosso Código Civil, a boa-fé encontra respaldo nos artigos 113, 187 e 422. O art. 113 afirma: “*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*” Isto é, o julgador deverá levar em consideração os deveres de lealdade e transparência no momento em que interpretar o contrato, ainda que isso signifique tolher direitos subjetivos e potestativos dos contratantes, de modo a favorecer o objetivo comum do negócio jurídico, definidor de suas finalidades socioeconômicas⁷⁷.

A seu turno, reza o art. 187: “*Também comete ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*” Ou seja, atentar à boa-fé contratual configura uma espécie de abuso do direito, de modo que limites éticos são impostos ao exercício das posições jurídicas por parte dos contratantes⁷⁸.

Por fim, o art. 422, *verbis*: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na*

75 JUNIOR, Walfrido Jorge Warde. *A boa-fé nos contratos empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 66

76 SILVA, Jorge Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 53

77 TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.232

78 TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 346

conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Tal dispositivo reforça o que já foi dito anteriormente, no sentido de que a boa-fé deve servir de baliza para as relações contratuais em todas as fases do negócio jurídico, ainda que em desacordo à vontade inicial das partes.

Consoante o exposto, é possível concluir que a boa-fé acaba por impor às partes obrigações por vezes totalmente alheias a sua vontade, criando um dever de cooperação, ainda que compulsório. Nos contratos de franquia, a boa-fé é de suma importância, principalmente se considerarmos a já alegada limitação da manifestação de vontade do franqueado.

Numa espécie contratual tipicamente engessada como são os contratos de franquia, a interpretação do contrato sob a ótica da boa-fé e seus deveres correlatos (como lealdade e transparência) é essencial, principalmente considerando-se a volatilidade do sistema econômico. Ressalte-se que não se pretende excluir os riscos da atividade empresarial, mas meramente garantir ao franqueado meios de não ter que suportá-los sozinho.

Insta salientar, ainda, que a boa-fé nos negócios comerciais não desempenha apenas função moral dissociada do ambiente negocial. Também não se pode afirmar que ela vai contra a lógica do funcionamento do mercado. Ao contrário, Paula Forgioni nos ensina que este princípio aumenta a *“confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco. A boa-fé – agora em todo o direito privado – é um catalisador da fluência das relações do mercado”*⁷⁹.

2.3 Função Social do contrato

A função social do contrato está intrinsecamente ligada à boa-fé. Este princípio encontra-se previsto no art. 170, III, da Constituição Federal⁸⁰, e é uma consequência direta de uma evolução histórica no que diz respeito ao papel estatal nas relações privadas. O declínio do liberalismo econômico no início do século XX

79 FORGIONI, Paula. *A Interpretação dos Negócios Empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 101

80 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III) III - função social da propriedade.”

foi um dos principais fatores que acarretaram no detrimento do individualismo exacerbado que foi o símbolo daquele liberalismo, em virtude da busca do próprio Estado Social⁸¹.

Um reflexo dessa mudança foi sentida na seara dos contratos, uma vez que os efeitos de uma relação contratual podem acarretar em consequências práticas em toda a sociedade, além dos contratantes originários. A função social dos contratos é, portanto, uma meio que surgiu como fruto desta nova realidade, na medida em que almeja atingir a justiça contratual.

Isso não significa, porém, que a autonomia privada foi suprimida. Há de se destacar, inclusive, que a liberdade de contratar é algo necessário para que haja a afirmação da propriedade privada dos bens de produção. Dessa maneira, não há função social da propriedade sem função social do contrato⁸².

Logo, pode-se dizer que a autonomia foi adaptada, na medida em que buscou se afastar dos efeitos negativos decorrentes dos abusos no exercício de direitos, de modo que o arbítrio individual submeteu-se à concepção de “bem comum”. Portanto, o interesse privado passa a responder também pelo bem-estar social⁸³.

Nas palavras de Andrea Cristina Zanetti, a função social amplia os horizontes da interpretação do contrato e da sua própria função, passando a levar em conta o meio social em que este reproduz seus efeitos, de modo que os interesses meramente particulares não mais representam a totalidade daquilo que deve ser considerado na análise deste instrumento jurídico⁸⁴.

Portanto, tal princípio configura limite à autonomia privada, fazendo com que os contratos busquem atingir uma utilidade social, adequando os interesses dos contratantes aos da própria sociedade. O contrato deve orientar suas relações de modo a suprir os princípios básicos da nossa sociedade. A livre iniciativa deve sempre estar aliada a fatores como a igualdade entre todos e a dignidade da pessoa humana. Hoje, torna-se fundamental analisar os contratos sob o prisma de sua

81 ROTTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *O Pacta Sunt Servanda - Cláusula Rebus Sic Stantibus e o Equilíbrio das Relações Contratuais na Atualidade*. Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 8, n. 1, p. 194-218, jan/jul 2008. p. 194.

82 FORGIONI, Paula. *A Interpretação dos Negócios Empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112

83 MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro, Volume 5: Teoria Geral dos Contratos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 25.

84 ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105

função social, na medida em que ajuda a entender melhor o equilíbrio entre as partes.

Temos, ainda, que a função social dos contratos configura forma do Estado interferir na formação, execução e até mesmo resolução de instrumentos contratuais, para que estes, na busca de atender aos anseios individuais que lhe formaram, não abandonem os preceitos fundamentais da sociedade e o próprio interesse público. A legitimidade desta intervenção se origina no interesse do Estado em procurar balancear sempre os interesses individuais e os sociais, tendo-se sempre em vista que a afirmação do interesse público não pode atingir de maneira demasiadamente negativa o indivíduo, do mesmo modo que o poder privado não pode se afirmar de maneira a ser muito prejudicial à coletividade⁸⁵.

No nosso ordenamento jurídico, temos o art. 421 do Código Civil/2002, que explicita: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Portanto, é possível entender que este princípio servirá como uma maneira de regular a autonomia privada.

No entanto, é importante ressaltar que a função social, como princípio, deve ser interpretada levando-se em consideração todo o ordenamento jurídico nacional, conquanto o Código Civil de 2002, ao explicitar e vincular o intérprete aos princípios, estabelece que estes devem ser valorados como “supra normas”, servindo de baliza à apreciação normativa⁸⁶. A Jornada de Direito Civil promovida pelo Superior Tribunal de Justiça em 2002, inclusive, explicita através do enunciado 22: “*A função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas*”⁸⁷.

No campo dos contratos de franquia, tal princípio reveste-se de um grande significado. Além de considerarmos as implicações econômicas de uma franquia (geração de emprego, forma de acesso ao empreendedorismo, impacto no comércio local), o impacto maior da função social no “*franchising*” será na tutela das relações jurídicas entre uma parte quem em geral é estruturalmente menor (o franqueado) e outra que, além de maior, estabeleceu as condições contratuais e controla o *know-*

85 MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro, Volume 5: Teoria Geral dos Contratos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 25.

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

87 ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105

how, os produtos e os serviços (o franqueador).

É importante ressaltar que o franqueador, como agente econômico que é, representa uma entidade que visa maximizar seus ganhos, ainda que em detrimento do franqueado (ou mesmo prejudicando-o). No entanto, prejuízos ou fracassos são naturais ao ambiente negocial, e a função social dos contratos não corresponde a uma “garantia” em relação a maus resultados nos negócios.

Contudo, nada impede que este princípio seja utilizado para proteger o franqueado (e toda a sociedade) de adversidades decorrentes de contratos “leoninos”, com cláusulas abusivas, garantindo uma execução sadia e funcional às partes. Ademais, segundo Luiz Guerra, as consequências negativas sofridas pelo franqueado em caso de abuso pelo franqueador, ao prejudicarem sua empresa, afetam negativamente toda a sociedade, na medida em que refletem direta ou indiretamente sobre diversos agentes econômicos, do trabalhador que ficará desempregado em caso de falência à Fazenda Pública, que recolherá menos impostos⁸⁸, de modo que a observância e manutenção da função social do contrato é fundamental.

2.4 Dependência e o risco empresarial

Após a exposição acima, há de se destacar algumas particularidades dos contratos empresariais, mais especificamente na seara dos contratos de *franchising*, que impactarão a aplicação e o funcionamento dos princípios que foram descritos, principalmente a ínsita dependência econômica e o natural risco advindo da atividade empresarial.

Nos contratos empresariais, e também nas franquias, a dependência econômica é decorrente da assimetria entre as obrigações a serem prestadas. Tal dependência é, portanto, consequência clara e natural da obrigação contratual de estruturar uma empresa nos termos estabelecidos por outra parte empresária⁸⁹.

Esse conceito se aplica perfeitamente aos contratos de franquia, na medida

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

89 COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19.

em que, em tais contratos, o franqueado está adstrito a seguir os moldes estabelecidos pelo franqueador, o que é de todo lógico, uma vez que este é o criador da metodologia do negócio e o fornecedor dos conhecimentos técnicos necessários⁹⁰.

No entanto, esta dependência, ainda que presente, não acarreta diretamente em um fator negativo. Em verdade, tem-se que os empresários contratantes supostamente resguardam-se de todas as informações necessárias à sua decisão, de modo que um contrato empresarial seria, acima de tudo, um contrato entre partes iguais⁹¹.

Nessa toada, podemos afirmar que esta dependência intrínseca por si só não gera automaticamente consequências negativas neste tipo de empresa, na medida em que o franqueado já receberá o negócio estruturado em certa medida, tendo o dever de gerenciá-lo e contando com o apoio e suporte do franqueador.

A dependência se origina na obrigação contratual de se arquivetar a empresa de acordo com as diretrizes estabelecidas por outro empresário. Tal dependência constitui uma autolimitação por parte do franqueado, que a assumiu por sua própria iniciativa, visando estabelecer sua própria empresa⁹².

Logo, a dependência decorre de opção própria e, numa execução saudável de um contrato de franquia, não configura impeditivo direto quanto a geração benefícios a todas as partes deste negócio. Tal afirmação é corroborada pela informação de que o faturamento do setor de franquias cresceu se compararmos os 2º trimestre de 2017 ao 2º de 2016⁹³.

Numa relação de franquia, o franqueado jamais será compelido a ser dependente. Esta situação foi uma decisão empresarial, assumida após uma avaliação de diversas alternativas no mercado. O franqueado, portanto, entendeu como adequada para si a escolha de se desenvolver uma atividade empresarial com

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

91 WANDERER, Bertrand. *Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 159

92 COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19.

93 Associação Brasileira de Franchising. Pesquisa de Desempenho do Franchising, 2º semestre de 2017, Disponível em <<https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2015/09/2017-Desempenho-do-Franchising-2-Trimestre.pdf>>. Acesso em 04/09/2017.

dependência⁹⁴.

Levando-se em conta que as partes, ao celebrarem o negócio jurídico, consideraram toda a conjuntura econômica em que estão inseridos e, presumidamente, calcularam os efeitos deste negócio⁹⁵, convém analisar se eventuais consequências negativas da relação jurídica não são, em verdade, decorrentes do próprio risco inerente aos negócios empresariais.¹

Paula Forgioni destaca que o erro do empresário é aspecto inerente ao funcionamento do sistema comercial, na medida em que empresários competentes destacam-se dos incompetentes, estabelecendo o próprio jogo concorrencial. São os erros (e acertos) de cada empresário que dão vida à competição do mercado⁹⁶.

Nesse diapasão, portanto, é que se afirma que a dependência econômica faz parte da estratégia negocial assumida pelo empresário, como uma melhor forma de encarar o risco de suas atividades. Como afirmado por Fábio Ulhoa, nenhum empresário ganha sempre em suas negociações, e o lucro de suas atividades existe quando este ganha mais do que perde⁹⁷.

Igualmente, o franqueado não estava restrito à opção de franquia que escolheu para poder entrar neste ramo comercial, da mesma maneira que ocorre com um consumidor num contrato de adesão clássico⁹⁸. Ao contrário, sua entrada no ramo das franquias consistiu num investimento, numa oportunidade de negócio a que ele se dedicou e obteve todas as informações possíveis ao seu alcance e, principalmente num mercado aquecido como o que estamos, teve várias opções de franquias ao seu dispor para analisar e só após isso fechou o contrato.

Portanto, presume-se que o franqueado é parte hábil e perspicaz, na medida em que este, como empresário, exerce atividade mercantil profissional⁹⁹. Bertrand

94 COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais..* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19.

95 WANDERER, Bertrand. *Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 159

96 FORGIONI, Paula. *A Interpretação dos Negócios Empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112

97 COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais..* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 16.

98 JUNIOR, Sidnei Amendoeira. *Principais características dos contratos de franchising*. In BRUSCHI, Gilberto. COUTO, Mônica. PEREIRA E SILVA, Ruth. PEREIRA, Thomas (orgs). *Direito Processual Empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 938.

99 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

Wanderer indica que o que gera tal entendimento é o fato de que os comerciantes buscam e obtêm diversas informações antes de celebrar o negócio jurídico. É claro que não se pode esperar que, no momento da efetivação do contrato, o franqueado disponha de todas as informações acerca do negócio e de suas implicações na prática, mas espera-se que ele tenha se garantido o máximo de segurança possível para si¹⁰⁰.

Tal expectativa se justifica pelo fato de que a não reunião de tais informações corresponde a assunção do risco de iniciar um empreendimento de maneira despreparada, o que pode prejudicá-lo e inclusive causar-lhe prejuízos, e o não se pode presumir que qualquer empresário, conscientemente, esteja disposto a arcar com tais consequências negativas¹⁰¹.

Ante o exposto, podemos concluir que determinados prejuízos sofridos pelo franqueado, ainda que o franqueador continue auferindo lucro, não correspondem automaticamente a uma ruptura dos princípios da boa-fé ou da função social do contrato, uma vez que este resultado é também consequência direta das estratégias tomadas pelo empresário.

É dessa forma, portanto, que é possível reconhecer que, apesar da dependência econômica e da falta de paridade entre as partes, os contratos de franquia podem permanecer equilibrados na medida em há uma equivalência entre os direitos e deveres durante toda a dinâmica da execução contratual¹⁰², e essa equivalência ocorre a partir do cumprimento do que foi pactuado, ainda que uma das partes esteja em condição de dependência.

No entanto, ainda que a dependência contratual seja elemento assumido conscientemente pelo franqueado, que, como já foi dito, presume-se profissional e capaz, tal fato não quer dizer que este está imune à eventuais efeitos nocivos da dependência econômica. Ao contrário, é totalmente possível que haja abuso nessa

2011, p. 247.

100WANDERER, Bertrand. *Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158

101WANDERER, Bertrand. *Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 158.

102ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119

relação, que deve ser reprimido pela lei¹⁰³.

A existência de abusos pode ocorrer na medida em que franqueador e franqueado, ainda que unidos por vínculo contratual, possuem como objetivo comum a maximização de seus resultados e lucros. É essa busca pelos lucros que pode levar uma das partes a tentar obtê-lo de todas as formas, ainda que acarrete em prejuízo à outra parte¹⁰⁴.

É tal busca, aliada à dinâmica do ambiente econômico, que pode de fato desequilibrar um contrato de franquia. Enquanto franqueadores enfrentam concorrência de outros empresários que ofertam produtos e serviços semelhantes, estes buscarão aumentar seus ganhos de todas as formas e é possível inclusive que o franqueado saia prejudicado.

Ademais, os contratos de franquia estão alocados na seara dos contratos de trato sucessivo, ou seja, contratos de duração continuada onde os contratantes têm deveres diluídos ao longo do tempo¹⁰⁵, de modo que uma eventual abusividade pode vir a ocorrer somente após certo período.

Por último, até mesma essa presunção de conhecimento e experiência que se tem sobre um empresário (no caso o franqueado) pode ser relativizada no modelo de negócios das franquias. Isto porque, na atual conjuntura econômica, este negócio jurídico está cada vez mais acessível economicamente à população em geral¹⁰⁶, sendo apontados inclusive como alternativa ao desemprego¹⁰⁷.

Logo, os franqueados, sobretudo os menores, não podem ser taxados automaticamente como empresários profissionais, diligentes e competentes, como sugere Fábio Ulhoa¹⁰⁸, ainda que se espere deles um dever de diligência. Não porque querem ou por incompetência, mas por limitações por vezes até mesmo

103FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

104FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 119.

105GOMES, Orlando. *Contrato*, 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.80.

106LIAM, Camila. 25 franquias para quem pode investir até R\$ 30 mil. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/pme/25-franquias-para-quem-pode-investir-ate-r-30-mil/>> acessado em 03/10/2017.

107LIAM, Camila. 25 franquias para quem pode investir até R\$ 30 mil. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/pme/25-franquias-para-quem-pode-investir-ate-r-30-mil/>> acessado em 03/10/2017.

105 COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais.. 7ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2015. p. 16.

econômicas, o que aumenta a discrepância em relação ao franqueador, fato que pode contribuir para o desequilíbrio.

É por isso, portanto, que mesmo a estratégia empresarial anteriormente citada deve ser analisada cuidadosamente e caso a caso, de modo a garantir um relacionamento contratual justo entre as partes. Nessa toada, Paula Forgioni chega a afirmar que as contraprestações em contratos de distribuição devem obedecer a uma proporção minimamente razoável¹⁰⁹, e essa proporcionalidade pode não ser respeitada em virtude de eventual oportunismo e egoísmo por parte do franqueador, sobretudo em relação a franqueados mais fracos. É por isso motivo que se torna tão relevante analisar eventuais abusividades nessa espécie contratual.

Tais abusividades podem inclusive acarretar em lesão. Nos termos do art. 157 do CC, lesão significa: “*Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta*”. Bertrand Wanderer afirma que a lesão resulta de ato negocial que gera desproporção entre as prestações dos contratantes¹¹⁰.

É bem verdade que, apesar de cada vez mais o empreendedorismo ser apontado como forma de melhorar a situação econômica do indivíduo¹¹¹, ninguém é, de fato, obrigado a empresariar, ou a integrar uma franquia. No entanto, a situação de “premente necessidade” pode, sim, ser configurada. Paula Forgioni afirma que, na prática negocial, podem ocorrer situações onde o distribuidor (no caso, o franqueado), em virtude de sua dependência econômica, prefere aceitar novas condições contratuais absolutamente prejudiciais a ser expulso da cadeia econômica do franqueador e, por conseguinte, do mercado¹¹².

Um caso semelhante, inclusive, vem ocorrendo na famosa rede de franquias “O Boticário”. No caso, a rede passou a utilizar o modelo de “Venda Direta”, que

109FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 119.

110WANDERER, Bertrand. *Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 152.

111MELO, Luísa. Crise faz empreendedorismo por necessidade voltar a crescer no Brasil. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/pme/noticia/crise-faz-empendedorismo-por-necessidade-voltar-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em 05/10/2017

112FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 444.

envolvia uma série de modificações em franquias já previamente estabelecidas, e tais novas exigências acarretaram no fechamento de várias operações de franqueados, inclusive algumas que se encontravam em operação há mais de 30 anos. Tal situação acarretou inclusive em denúncia da rede ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica ¹¹³. O processo recebeu o número 08700.002095/2017-77 e encontra-se sob sigilo.

3. Desequilíbrio e Abusividades na Franquia

3.1 Dependência Econômica e Abuso do Direito

Apesar dos princípios contratuais anteriormente expostos visarem garantir um desenvolvimento frutífero de um contrato de franquia, a realidade é que as peculiaridades inerentes a esta espécie contratual, conforme explicitado no primeiro capítulo, podem causar abusos e fatores de desequilíbrio em relação ao franqueado, em virtude da dependência econômica. Por conseguinte, analisaremos algumas das causas e abusividades que podem gerar esse desequilíbrio, do ponto de vista do franqueado.

De acordo com o exposto, os contratos de franquia são, de fato, contratos-padrão. Enquanto é verdade que tais contratos facilitam as negociações e trocas e aproximam o produto da população, o custo destes benefícios revela-se alto na medida em que os franqueados têm tolhidas as suas possibilidades de decisão efetiva sobre o negócio. Na realidade, a imensa maioria dos termos contratuais lhes foi ou serão impostos¹¹⁴.

O franqueado, portanto, se vê limitado quanto as suas possibilidades de inovar ou até mesmo melhorar o negócio. Não só isso, como também está impedido de defender-se de maneira justa de eventuais condutas prejudiciais tomadas pelo franqueador, já que suas ações podem não ser, de fato, legítimas¹¹⁵. É essa

113, UOL. Disputa entre Boticário e franqueado fecha lojas e gera denúncia ao governo. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/04/24/disputa-entre-boticario-e-franqueado-fecha-lojas-e-gera-denuncia-ao-governo.htm>>. Acesso em 05/10/2017.

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

115 RODRIGUES, José dos Reis G. *O Empreendedor e o franchising: do mito à realidade*. São Paulo:

limitação, aliada à dependência econômica e às claras diferenças entre franqueador e franqueado (poderio financeiro, expertise, etc) que podem gerar abusos.

Nesse sentido, reza o art. 187 do CC/2002: *“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*. Doutrinadores têm definido o abuso do direito como uma conduta que, apesar de lícita, está em descompasso com a finalidade que o ordenamento pretende alcançar naquela referida circunstância fática¹¹⁶.

No caso específico das franquias, o direito concedido ao franqueador de dispor sobre a forma de organização e funcionamento de sua franquia deve obrigatoriamente vincular-se às ideias de organização e eficiência de seu negócio, jamais podendo ser utilizada como forma de maximização de seus lucros em detrimento dos franqueados, sob pena desse direito ser utilizado contrariamente ao seu fundamento axiológico-normativo¹¹⁷.

Tendo isso em mente, analisaremos as abusividades recorrentes nos contratos de franquia que ocorrem em três fases: condutas abusivas antes e no ato da assinatura do contrato; condutas abusivas durante a execução; condutas abusivas relativas ao término do contrato.

3.2 Abusividades pré-contratuais

Nos contratos de franquia, o abuso contratual pode ocorrer antes mesmo da efetiva assinatura do contrato. A principal forma de isso acontecer é através da omissão de informações importantes por parte do franqueador. Ainda que seja oferecida previamente a Circular de Oferta de Franquia, alguns elementos-chave do negócio podem não ser fornecidos, o que pode já, de cara, atacar o equilíbrio contratual. A omissão de informações como o valor real a ser investido, necessidade de adaptação de ponto comercial ou mesmo valor inicial para aquisição de

Érica, 1998, p. 14.

116 TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 345

117 TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 345

produtos¹¹⁸, é extremamente prejudicial.

A omissão contratual também poderia ser configurada pela omissão da própria Circular de Oferta de Franquia. No entanto, este caso está especificamente previsto na legislação¹¹⁹, de modo que a sua defesa será, de certo modo, facilitada. Como a Lei tratou de tornar este instrumento fundamental, a anulação do contrato de franquia firmado sem que tenha sido apresentada previamente a Circular é medida que se impõe, a depender do caso concreto, como se verá adiante.

Logo, o principal problema em relação as omissões diz respeito a elementos fundamentais à contratação, sendo que a sua maioria diz respeito à questões financeiras. A Lei de Franquias, ainda que explicita diversas informações imprescindíveis à formação deste tipo de negócio jurídico, deixa lacunas que podem ser aproveitadas pelo franqueador para obter vantagens em relação ao franqueado. O fato da lei não ter sido atualizada acabou por agravar a situação.

Dessa maneira, o franqueador pode não explicitar previamente vários elementos do negócio (como necessidade de capital de giro e influência do comércio eletrônico), de modo que caso o franqueado queira questionar algum elemento, se vê obrigado a produzir provas de vícios contratuais.

Nessa toada, ainda que apresente todas as informações necessárias estipuladas na Circular de Oferta de Franquia, o franqueador pode deixar de informar situações que podem se suceder na execução contratual. Esse tipo de omissão, que pode ocorrer mesmo nos contratos mais detalhistas, acaba por dificultar a vida do franqueado na condução do seu negócio, que é desequilibrado desde o início¹²⁰.

De acordo com Luis Antônio Guerra, algumas omissões nos contratos de franquia dizem respeito a: eventuais taxas de juros referentes ao financiamento da atividade; não fixação dos requisitos de negociação de produtos entre franqueador, franqueado e consumidor, e; falta de critérios claros quanto ao sistema mandatário

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

119 “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(...)”

120 BARIONI, Rodrigo. Franquia: sonho ou pesadelo? *Revista Jurídica Justitex*, Brasília, 2013., p. 31

de compra de produtos¹²¹.

Prosseguindo, pode haver omissões no que diz respeito à eventuais mudanças contratuais futuras. Essas mudanças podem decorrer principalmente a partir de mudanças no comportamento de uma das partes, para que se beneficie ainda que em detrimento da outra, deixando o franqueado sujeito ao que Paula Forgioni caracteriza como oportunismo contratual¹²².

Além disso, para efeitos de exemplo de abuso pré-contratual não relacionado à omissões, temos a seguinte cláusula exposta por Thomas Saavedra, que busca instituir condutas ao franqueado ainda na fase pré-contratual, o que claramente é uma imoderação de suas prerrogativas:

Se por qualquer motivo, as partes não celebrarem o Contrato de Franquia, o candidato, em função das informações e instruções que lhe foram transmitidas, consideradas segredo de negócio, inclusive aquelas constantes da Circular de Oferta de Franquia e demais documentos referentes ao sistema, durante o período de dois anos, contados a partir do término deste pré-contrato, não poderá, por qualquer motivo, quer seja direta ou indiretamente, por si próprio ou em nome de outrem, isoladamente ou em conjunto com qualquer pessoa, física ou jurídica, possuir, manter, envolver-se ou participar a qualquer título, na operação de qualquer negócio congênere e/ou concorrente ao presente.¹²³

Ainda, considera-se abusividade pré-contratual uma eventual postura discriminatória por parte do franqueador. Tal postura seria o estabelecimento de condições contratuais distintas de acordo com o franqueado. Ressalte-se que não se trata de condições que variam de acordo com a região ou com o contexto econômico, mas sim distinção de acordo com a pessoa do franqueado, como a imposição de cláusulas mais desfavoráveis a um franqueado de melhores condições financeiras. Tal fato configuraria abuso de dependência econômica¹²⁴.

Por fim, uma questão que ainda é controvertida diz respeito à obrigatoriedade imposta pelo art. 4º da Lei 8.955/94: “A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do

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

122 FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 429.

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

124 MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj; FORGIONI, Paula Andrea. *Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição*. 2007.[s.n.], São Paulo, 2007. p. 107.

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". Este mesmo artigo, em seu parágrafo único, afirma que a não obediência deste prazo ensejará na anulabilidade do contrato.

No entanto, tal determinação vem sendo relativizada pelos tribunais, em virtude do caráter empresarial deste tipo de negócio jurídico, conforme se verifica a partir deste precedente do Tribunal de Justiça de Pernambuco¹²⁵:

AGRAVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DA APELAÇÃO. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO TJPE E STJ. AGRAVO IMPROVIDO À UNANIMIDADE. A cláusula geral de boa-fé objetiva e a tese do venire contra factum proprium non potest se aplicam perfeitamente aos contratos de franquia. A lei 8.955/94 (art. 4º) estipula como dever da franqueadora o envio, no prazo mínimo de 10 (dez) dias da assinatura do contrato ou pré-contrato, da circular de oferta de franquia ao candidato franqueado, cujo descumprimento gera a anulabilidade do negócio jurídico. Todavia, o agravante se insurgiu contra a ausência de envio da referida circular somente após quase 4 (quatro) anos da celebração do contrato, configurando uma pretensão incompatível com sua conduta anterior. Restou configurada, assim, a existência de comportamento contraditório da agravante. Portanto, o julgamento monocrático foi feito de modo legítimo. Precedentes do TJPE e STJ. Agravo improvido à unanimidade.

Portanto, faz-se necessário ressaltar que o não cumprimento do requisito de envio da Circular de Oferta de Franquia 10 dias antes do prazo não configura, automaticamente, abuso contratual. Isto é, para que se verifique a existência ou não de abuso é necessário analisar a situação fática, conforme dito em precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: *"este E. Tribunal de Justiça tem reconhecido não haver nulidade em contrato de franquia em razão de irregularidades ou até mesmo ausência de Circular de Oferta de Franquia, contudo, tais decisões são proferidas à vista das particularidades de cada caso"*¹²⁶

3.3 Abusividades na execução contratual

Ainda que não haja omissões quando da elaboração e formalização contratual, o franqueador, aproveitando-se da dependência econômica do franqueado, pode cometer abuso contratual durante a execução do negócio. Isto

125 TJ-PE - AGV: 2190476 PE 0007627-27.2011.8.17.0000, Relator: Sílvio de Arruda Beltrão, Data de Julgamento: 16/06/2011, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 120/2011)

126(TJ-SP 10727104120138260100 SP 1072710-41.2013.8.26.0100, Relator: Caio Marcelo Mendes de Oliveira, Data de Julgamento: 03/10/2017, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 03/10/2017)

pode ocorrer através da imposição de condutas contratuais gravosas, prejudiciais e discriminatórias.

No que se refere a essa fase contratual a principal maneira de se ocorrer um abuso é através de imposições unilaterais no decorrer do contrato que são incompatíveis com o fim econômico inicial do negócio jurídico e com o equilíbrio previamente estabelecido entre as partes. Dentre tais imposições abusivas, podemos citar a exigência de abertura de novos pontos comerciais, a modificação arquitetônica do estabelecimento e a modificação da margem de lucro mínima exigida¹²⁷.

Outro exemplo diz respeito à necessidade de o franqueado ter sempre disponível um estoque mínimo de produtos. Isto é, o estabelecimento de uma quantidade mínima, a ser adquirida do franqueador ou de fornecedor pré-definido. Tal exigência se faz necessária na medida em que se espera do franqueado um atendimento satisfatório aos clientes. Para tanto, a existência de estoque mínimo é requerida¹²⁸.

Porém, o que ocorre nessas operações é que, efetivamente, os bens adquiridos para estoque passam a integrar a propriedade do franqueado. Dessa maneira, os riscos futuros serão unicamente por eles suportados, como em caso de inadimplemento ou de vendas insuficientes¹²⁹. É claro que a insuficiência de vendas faz parte do jogo empresarial. No entanto, nada impede que franqueador, principalmente em momentos de instabilidade econômica, utilize de suas prerrogativas para escoar ainda mais a sua produção através dos seus franqueados, o que minimizaria seus riscos, já que estes seriam transferidos¹³⁰.

Desse modo, pode o franqueado ser utilizado deliberadamente como um meio para aumentar os ganhos do franqueador, seja através de uma imposição de compra de estoques superiores aos necessários, seja através da imposição de compra de

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

128 FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.

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

129 OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. *Contratos de Distribuição*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 326

130 OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. *Contratos de Distribuição*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 325

produtos que não tem aceitação no mercado local, ressaltando que os contratos de franquia são em sua maioria elaborados unilateralmente¹³¹.

Portanto, ainda que se espere do franqueado diligências no sentido de averiguar a situação econômica do local onde pretende instalar do seu negócio, para se precaver de eventuais dissabores quanto ao volume de vendas e à aceitação produtos, este jamais estará em pé de igualdade com as informações do franqueador, de modo que pode sofrer consequências negativas. O franqueador, via de regra, não se incomoda com o destino dos produtos após repassá-los ao franqueado¹³².

Prosseguindo, a imposição da prática de um preço fixo pode configurar abuso por parte do franqueador. Caso seja fixado um preço demasiado baixo, para difundir mais a marca do franqueador, por exemplo, essa imposição pode ser considerada abusiva, posto que o franqueado será prejudicado unicamente em prol do franqueador, afetando o equilíbrio do contrato. Nesses casos, é importante verificar os preços praticados pelo franqueado em comparação aos seus semelhantes no mercado, para separarmos os casos de redução de preços por estratégia empresarial dos casos onde o franqueado simplesmente almeja aumentar seus lucros.

É notório que a alteração de preços faz parte da gama de ações facultadas ao franqueador. No entanto, a comparação de valores supracitada se faz necessária para avaliar se o uso desse direito não distorce os objetivos de um contrato de franquia, já que é essa distorção que gera o abuso¹³³. É claro que o objetivo de um contrato de colaboração¹³⁴, como os em análise, não é o benefício único de uma parte em detrimento da outra.

No entanto, a não diferenciação de preços também pode configurar um abuso. Foi o que ocorreu no caso da distribuidora de bebidas Refricerva, que foi levado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e acarretou na imposição de

131 OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. *Contratos de Distribuição*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 325

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

133 TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p. 345

134 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.21.

condenação à empresa¹³⁵. No caso concreto, a Refricerva firmou contrato de franquia com a empresa SPAL Indústria Brasileira de bebidas comprometendo-se a fornecer preços competitivos, uma vez que a sua franqueada revendia bebidas a bares e estabelecimentos comerciais que as repassavam ao consumidor final, conforme consta no acórdão:

(...)a ré descumpriu a obrigação de fornecer os produtos em condições diferenciadas para a autora. Na cláusula segundo do contrato de franquia, a ré se obrigou a fornecer à autora os produtos em condições de comercialização. No manual do franqueado SERV-LAR, no item 7.1. está disposto que a "a SPAL está ciente que é necessário oferecer ao consumidor, além da qualidade de produtos e serviços, preços competitivos que possibilitem aos franqueados uma margem de lucro coerente.

Contudo, ao durante a execução do contrato, "(...)a ré chegou a vender seus produtos para bares, restaurantes e "mini-bodegas" com preços idênticos aos da autora"¹³⁶, o que foi considerado abuso pelo tribunal e, portanto, passível de indenização.

Outro abuso que pode suceder-se durante a execução contratual diz respeito à concorrência desleal. É o caso, por exemplo, em que o franqueador instala por conta própria, ou permite que outros franqueados instalem, novas franquias, em concorrência com o franqueado, não garantindo a exclusividade em determinado território¹³⁷. Esta conduta encaixa-se na definição de concorrência desleal trazida pela Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Intelectual)¹³⁸.

Tal situação pode ocorrer, por exemplo, em ocasiões onde os pontos comerciais pertencem ao franqueador, que por sua vez os repassa a diversos franqueados. Em muitos casos, a concorrência entre as empresas pode gerar enormes prejuízos, enquanto que o franqueador segue lucrando com as taxas que

135 TJ-SP - APL: 378330720008260114 SP 0037833-07.2000.8.26.0114, Relator: Romeu Ricupero, Data de Julgamento: 06/12/2011, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 07/12/2011

136 TJ-SP - APL: 378330720008260114 SP 0037833-07.2000.8.26.0114, Relator: Romeu Ricupero, Data de Julgamento: 06/12/2011, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 07/12/2011

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

138 Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.

lhes são devidas e com a valorização do ponto comercial¹³⁹.

Ademais, ainda que o território esteja de fato estabelecido, o franqueador pode sentir-se no direito de “invadir” o território do franqueado, alegando a mudança de circunstâncias fáticas e aproveitando-se da sua condição preponderante na relação contratual. No entanto, tal atitude pode ensejar até mesmo a denúncia do contrato, nos termos do art. 473 do CC¹⁴⁰, que por sua vez acarreta no seu encerramento por culpa da franqueadora.

Apenas para melhor elucidação, insta ressaltar que a tese acima descrita vem sendo acolhida inclusive pelos tribunais pátrios, conforme se verifica da seguinte ementa extraída do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios¹⁴¹:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FRANQUIA. RESCISÃO CONTRATUAL E RESSARCIMENTO POR PERDAS E DANOS. LIMITAÇÃO DE ÁREA DE ATUAÇÃO DA FRANQUEADA. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. MULTA CABÍVEL. 1. Se a franqueadora não observou cláusula contratual que estabeleceu exclusividade de atuação do franqueado na área definida no acordo, acertada a rescisão do contrato e aplicação da multa. 2. A quebra do contrato por culpa da franqueadora gera dano material, em face do lucro cessante que o franqueado deixou de auferir com a atividade contratada, o que impõe o dever de indenizar. 3. Recurso não provido.

Prosseguindo, Thomas Saavedra traz em seu livro exemplos de cláusulas que podem resultar em abusividades na vigência do contrato, extraídas dos contratos de franquia do McDonald's. A seguir, algumas serão expostas e comentadas.

4.5 Toda vez que houver necessidade do deslocamento físico de um ou mais funcionários da franqueadora a fim de prestar assistência operacional ou administrativa à Franqueadora a fim de prestar assistência operacional ou administrativa à Franqueada conforme mencionado no subitem 2.1 (d) acima, fica desde logo entendido que as despesas incorridas com transporte, hospedagem, alimentação e salários e encargos sociais de tais funcionários correrão por conta exclusiva da Franqueada, que deverá pagá-las no prazo de 5 (cinco) dias após a comunicação e apresentação dos documentos comprobatórios das despesas¹⁴²

139 SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 24

140 A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

141 Acórdão n. 551522, 20080111233755APC, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, julgado em 23/11/2011, DJ 05/12/2011 p. 112

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

A imposição dessa taxa configura abuso na medida em que é obrigação do franqueador fornecer assistência técnica para o franqueado. É seu papel garantir a qualidade e a eficácia das franquias sob sua tutela, de modo que a manutenção do que é fornecido faz parte da transferência de tecnologia¹⁴³. Ademais, as taxas de *royalties* já seriam suficientes para cobrir os custos referidos na cláusula¹⁴⁴.

Outra cláusula trazida pelo autor que pode gerar abusividade é a seguinte:

10.3 A fim de apurar a regularidade dos lançamentos efetuados para efeito de cálculo [dos royalties] os representantes da franqueadora terão o direito de, a qualquer tempo, inspecionar os livros contábeis da Franqueada, assim como os seus demais Registros, sejam escriturais ou gravados em disquetes magnéticos (software). A Franqueada desde já se compromete a facilitar o acesso a esses registros durante o horário comercial da Unidade Franqueada¹⁴⁵

De pronto, verifica-se que o referido dispositivo consiste em ofensa ao art. 5º, XII, da Constituição Federal¹⁴⁶, na medida em que representa uma violação à garantia ao sigilo. É patente que o franqueador deve preocupar-se com a situação fiscal de seus franqueados. Contudo, isso não lhe confere o direito de violar garantias constitucionais.

3.4 Abusividades no encerramento do contrato.

Ainda nessa seara, devem-se analisar também condutas que, utilizando-se da dependência econômica, são abusivas para o franqueado na medida em que conduzem a uma resolução ou extinção precoce do contrato de franquia, impedindo a sua continuidade.

Antes de iniciar este tópico, contudo, deve-se evidenciar que as cláusulas e condutas abusivas citadas no tópico anterior podem, de fato, ter como consequência a resolução do negócio jurídico. Isto porque estas condutas alteram as

143 ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012, p.53.

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

145 SAAVEDRA, Thomas. Vulnerabilidade do franqueado no franchising. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47.

146 "É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"

circunstâncias e o próprio equilíbrio do contrato, de modo que este pode ser denunciado ou mesmo encerrado por cláusula resolutiva tácita ou explícita.

Prosseguindo, temos, em primeiro lugar, a negativa de renovação contratual sem aviso prévio ou com aviso em prazo reduzido. A renovação ou não do contrato é prerrogativa e direito do franqueador. No entanto, tal direito não pode ser exercido de qualquer maneira, na medida em que tal decisão pode acarretar em sérios prejuízos ao franqueado desavisado. O aviso prévio, portanto, serve para que o franqueado se organize de maneira a mitigar da melhor maneira possível a suas perdas, bem como preparar-se para suas próximas ações.

O entendimento acima colacionado é corroborado também pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que entende que a não-renovação do contrato pode ser indenizável, desde que constatado o abuso do direito no caso concreto. Leia-se:

Contrato de franquia. Não renovação. CDC. Indenização. 1 – O contrato de franquia não se sujeita à L. 8.078/90. O franqueado não é destinatário final dos produtos e serviços fornecidos pela franqueadora. Consumidores são os clientes do franqueado, destinatários finais dos produtos por ele comercializados. 2 – O decurso do prazo é uma das formas de extinção do contrato de franquia. A renovação pressupõe anuência de ambas as partes – franqueador e franqueado. 3 – Para se indenizar eventuais prejuízos suportados pelos franqueados, decorrentes da não renovação dos contratos, deve-se examinar se o franqueador, ao recusar a renovação, agiu ou não com abuso de direito.(...) ¹⁴⁷

Conquanto o aviso prévio é importante, a resolução unilateral por si só não deve ser automaticamente taxada como abusiva. Caso esta possibilidade seja previamente acordada no contrato da franquia, deve ser respeitada, dada à natureza própria dos contratos empresariais e o fato de serem compostos por agentes econômicos no exercício de suas autonomias ¹⁴⁸.

O TJDFT tem posicionamento semelhante, tendo inclusive afirmado que a resolução unilateral do contrato, quando “*prevista no contrato e tida por legítima no caso concreto, exclui a culpa pela rescisão gerada e afasta a responsabilidade civil*”

147 TJ-DF - APC: 20080111528603 DF 0058958-29.2008.8.07.0001, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 10/07/2013, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/07/2013 .
Pág.: 104

148 WANDERER, Bertrand. *Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 161

por eventuais danos sofridos pela parte prejudicada”¹⁴⁹. No entanto, a resolução unilateral, quando preestabelecida, deve suceder-se nos seus exatos termos, caso contrário pode ser revertida, como ocorreu em um julgado do Tribunal de Justiça do Amapá¹⁵⁰.

Logo, é importante verificar sempre se a resolução dos contratos de franquia, principalmente nos casos de decisão unilateral, está de acordo com o princípio da boa-fé e do dever de lealdade entre as partes, uma vez que uma rescisão inesperada e abusiva pode acarretar em enormes prejuízos ao franqueado, que muitas vezes é dependente do negócio.

3.5 A importância do equilíbrio contratual e meios de garanti-lo.

Após a exposição e análise das abusividades que podem ser cometidas na vigência de um contrato de franquia, verificou-se que de fato os franqueados podem ser reduzidos a uma condição de fragilidade e vulnerabilidade, decorrentes da sua situação de dependência econômica. Isso pode gerar consequências muito negativas, chegando até mesmo à falência¹⁵¹.

Ademais, pode-se afirmar com segurança que as repercussões negativas sofridas por uma franquia podem afetar toda a sociedade. Mesmo que não ocorra a falência de fato, prejuízos financeiros geram perda de emprego, diminuição da arrecadação de imposto, desvalorização do ponto comercial, dentre outros.

Logo, percebe-se que o desequilíbrio contratual abusivo entre as partes deve ser evitado a todo custo, não só para a manutenção do negócio em si, mas pelo melhor interesse de toda a sociedade. Como vimos, o meio social em que os contratos estão inseridos também deve ser levado em consideração, de modo que interesses egoísticos dos franqueadores, quando abusivos, devem ser postos em segundo plano¹⁵².

149 TJ-DF - AC: 499980219998070001 DF 0049998-02.1999.807.0001, Relator: VASQUEZ CRUXÊN, Data de Julgamento: 11/04/2005, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 09/08/2005, DJU Pág. 117 Seção: 3

150 TJ-AP - AGV: 194707 AP, Relator: Desembargador MELLO CASTRO, Data de Julgamento: 29/05/2007, Câmara Única, Data de Publicação: DOE 4035, página (s) 16 de 27/06/2007

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

152 ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 105

Para além desse meio social, temos também que o combate as abusividades serve também ao bom funcionamento do mercado. Um comportamento leal e íntegro por parte dos empresários se mostra benéfica ao próprio sistema econômico, melhorando as relações comerciais e diminuindo os riscos¹⁵³, conforme já exposto anteriormente. É imprescindível, portanto, que o sistema seja “corrigido” em caso de necessidade superveniente¹⁵⁴.

Por conseguinte, o combate às condições e condutas abusivas nos contratos de franquia é uma prática que só acarreta resultados positivos, já que serão alcançadas consequências positivas em relação às empresas, à sociedade e ao próprio ambiente negocial em que estão inseridas. Por conseguinte, a própria força vinculante dos contratos pode ser reavaliada, sem prejuízo à lógica do sistema negocial.

Há de se evidenciar que o equilíbrio contratual na seara dos contratos de franquia ocorre na vigência de uma dependência econômica que é parte integrante deste modelo negocial¹⁵⁵ e que não corresponde necessariamente a uma característica negativa. No entanto, atingir tal equilíbrio, neste contexto, é delicado, em virtude da lógica própria do ambiente em que está inserido. Logo, é fundamental atingi-lo.

As duas principais vias que podem auxiliar a alcançar o equilíbrio nas relações de franquia são o legislativo e o judiciário¹⁵⁶. Ao judiciário, cabe analisar, caso a caso, condutas ou cláusulas eventualmente questionadas nos casos concretos, enquanto que ao legislativo cabe criar, através de suas atribuições, o meio propício para as boas práticas comerciais.

No Poder Legislativo, a principal contribuição seria via uma atualização da Lei 8.955/1994, a Lei de Franquias, que se encontra defasada em razão das inúmeras mudanças ocorridas desde sua entrada em vigor, como por exemplo, a criação do

153 FORGIONI, Paula. *A Interpretação dos Negócios Empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112

154 FORGIONI, Paula. *A Interpretação dos Negócios Empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112

155 COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 17

156 SAAVEDRA, Thomas. Vulnerabilidade do franqueado no franchising. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86/113

comércio eletrônico. Algumas iniciativas já foram tomadas nesse sentido, como o Projeto de Lei 3234/2012, de autoria do Deputado Federal Valdir Colatto (PMDB/SC)¹⁵⁷.

Este projeto traz algumas mudanças significativas, como por exemplo, a obrigatoriedade do franqueador ser o titular dos direitos sobre os objetos da propriedade intelectual negociada, o que aumenta enormemente a segurança jurídica para o franqueado¹⁵⁸. Ademais, o referido projeto de lei inclui outros oito incisos no artigo que trata sobre as informações que devem constar na Circular de Oferta de Franquia.

Dentre essas obrigações adicionadas, destacaremos duas que servirão para exemplificar como a mudança legislativa trará benefícios no sentido de coibir abusividades:

Art. 3º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado uma Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente:

(...)

XXII - indicação de existência de conselho ou associação de franqueados, com as atribuições, poderes e os mecanismos de representação junto ao franqueador, detalhando as competências para gestão e fiscalização da aplicação dos recursos de fundos existentes¹⁵⁹;

O inciso XXII ajuda a coibir abusos na medida em que garante ao novo franqueado ingressante na rede acesso à associação preexistente de seus semelhantes, o que de pronto lhe confere o alcance a informações sobre a franquia que não vêm unicamente do franqueador. Além disso, “as competências para gestão e fiscalização da aplicação dos recursos de fundos existentes” darão aos franqueados a possibilidade de se auxiliarem no sentido de identificar eventuais condutas abusivas. Outro inciso que pode ser introduzido é o XXI:

157 Câmara dos Deputados. Câmara aprova nova regulamentação para franquias, incluindo o setor público. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/INDUSTRIA-E-COMERCIO/499909-CAMARA-APROVA-NOVA-REGULAMENTACAO-PARA-FRANQUIAS,-INCLUINDO-O-SETOR-PUBLICO.html>>. Acesso em 08/10/2017

158 Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3234/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534807>>. Acesso em 08/10/2017

159 Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3234/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534807>>. Acesso em 08/10/2017

XXI - política de preços ao consumidor adotada na rede, as regras de sua alteração, e também o regime de subordinação da rede própria do franqueador à referida política;

Este inciso é extremamente importante, na medida em que obriga o franqueador a elucidar todos os seus critérios no tocante à delimitação de preços para o consumidor final, dirimindo imposições unilaterais e, por conseguinte, prejuízos ao franqueado.

No entanto, enquanto novos dispositivos legais, como a referida lei, não entrem em vigor, cabe ao poder judiciário lançar novas interpretações aos contratos de franquia levados à sua interpretação, coibindo abusos nos casos em que estes encontram-se presentes, já que é durante tais demandas que a vulnerabilidade do franqueado é evidenciada¹⁶⁰.

Saavedra nos ensina que, em caso de comprovação do cometimento de conduta abusiva na relação entre franqueador e franqueado, o julgador pode recorrer ao art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁶¹, uma vez que este dispositivo é norma vigente no sistema jurídico brasileiro, e a analogia corresponde a um método para devidamente estabelecido para atuar em situações que são imprevistas¹⁶². Cabe ao judiciário, portanto, detectar eventuais abusos de direito cometidos pelo franqueador de modo a reprimi-los, pois, como já amplamente explanado neste trabalho, os prejuízos causados atingem não só as partes contratantes, mas o ambiente econômico e social.

Nessa senda, vários julgados no intuito de estabelecer (ou reestabelecer) o equilíbrio nos contratos de franquia vêm ocorrendo. Como exemplo notório, temos o Recurso Especial 1.602.076/SP, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "PATOLÓGICA". ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.1.

160 SAAVEDRA, Thomas. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 86/113

161 "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

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

Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. Recurso especial conhecido e provido.¹⁶³

Dois pontos merecem destaque no seguinte julgado. Em primeiro lugar, o reconhecimento do contrato de franquia como contrato de adesão, que é de suma importância, na medida em que tal reconhecimento serve como um atestado do baixo poder negocial do franqueado em relação às cláusulas e dispositivos no seu contrato. Destaca-se que esta característica, por si só, como dito anteriormente, não é negativa, na medida em que o estabelecimento de termos prefixados também se reveste de vantagem ao franqueado, uma vez que este já recebe o negócio estruturado. Contudo, este aspecto evidencia a possibilidade de o franqueado ser vítima de abusos na medida em que seu papel é apenas aceitar todas as exigências do franqueador, sejam elas "leoninas" ou não.

Outro ponto, desta vez destacando a essência empresarial dos contratos de franquia, é o reconhecimento da não incidência do Código de Defesa do Consumidor nesse negócio jurídico. Esse reconhecimento é, inclusive, tutelado pelo já citado PL 3234/2012¹⁶⁴, e afasta a possibilidade destes contratos serem alocadas na seara das relações consumeristas, trazendo segurança jurídica aos empresários.

Isto porque, de acordo com o que nos ensina Paula Forgioni, o vínculo entre partes empresárias se inicia unicamente no sentido de se estabelecer uma atividade comercial, tendo em seu fim último a aferição de lucro pelos contratantes. Submeter, portanto, estes instrumentos à lógica consumerista comprometeria o bom fluxo do sistema econômico¹⁶⁵. Logo, as abusividades devem ser combatidas sob premissas civis e constitucionais, eliminando-as e ao mesmo tempo um garantindo o bom fluxo

163(REsp 1602076/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016)

164Justificativas ao PL, art. 2º: "A alteração visa ainda esclarecer que na relação de franquia, o franqueado não é consumidor final no espírito da lei, já que atua como um dos elos na cadeia de consumo."

165 FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

do sistema negocial.

Ante o exposto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro deve trabalhar no sentido de garantir o equilíbrio aos contratos de franquia, de modo que as abusividades possam ser reduzidas, a boa-fé seja respeitada e a função social cumprida, tendo sempre em mente as peculiaridades do ambiente comercial.

CONCLUSÃO

Os contratos de franquia, além de representarem setor fundamental na economia nacional, também adequam-se às demandas do ambiente empresarial, o

dinamismo e eficiência. Porém, tais vantagens podem acompanhar também desvantagens principalmente em relação ao elo mais fraco da relação contratual, que é mais dependente economicamente, o franqueado.

Por conseguinte é fundamental que o ordenamento jurídico atue para mitigar as eventuais condutas abusivas que podem acarretar em consequências nefastas para este modelo de negócio, que se revela bastante promissor. Ressalte-se que, como visto, os contratos de franquia, como os contratos em geral, estão inseridos em um contexto econômico-social, e este contexto também enfrentará, em maior ou menor grau, as eventuais consequências supracitadas.

Nesse sentido, faz-se mister considerar sempre se a função social desta espécie de instrumento contratual está sendo cumprida, e se a boa-fé, que é necessária, foi atendida, em conjunto com os requisitos de validade e eficácia exigidos pelo Código Civil, ainda que se implique em mitigação, até certo ponto, da autonomia privada ou da força vinculante dos contratos.

Conforme os julgados colacionados neste trabalho, pôde-se perceber que denúncias de cláusulas e condutas abusivas são comuns, tendo os franqueados que buscar meios exteriores ao instrumento contratual para se proteger. Estes conflitos são decorrentes da patente dependência econômica enraizada nas franquias, e as maneiras como os franqueadores utilizam-na para obter diversas vantagens ainda que em detrimento de seus franqueados.

Tal comportamento configura uma perturbação do equilíbrio contratual em favor de uma das partes, de modo que as contraprestações devidas entre estas não mais compensam. Trata-se de um desequilíbrio onde as atribuições patrimoniais desfavorecem em demasia um dos contratantes, e quase sempre este é o franqueado.

É importante evidenciar que, embora estes abusos na maioria dos casos tenham sua origem vinculada à dependência econômica, esta nem sempre é a única responsável por eles. Isto porque, além da prévia ciência de sua existência pelo franqueado, o que de fato acarreta em situações prejudiciais é o abuso da mesma, através de omissões realizadas no âmbito pré-contratual ou de mudanças de conduta durante a execução do contrato que afetam o equilíbrio das obrigações contratadas, gerando excessiva vantagem para uma das partes.

No campo pré-contratual, as abusividades muitas vezes se relacionam à omissão de informações passadas ao franqueado, ou até mesmo ao fornecimento de informações falsas. Nesses casos, o franqueado apenas sente seus efeitos durante a execução do contrato, após ter realizado diversos gastos e investimentos, sendo obrigado a arcar com as sequelas de ter adentrado em uma situação que não corresponde à realidade de fato.

Para além disso, as abusividades podem ocorrer também durante a execução do contrato de franquia por meio, por exemplo, de imposição de condutas unilateralmente que não visam apenas satisfazer os interesses do mercado. O franqueador, na sua busca pelo lucro, pode impor ao franqueado situações prejudiciais para beneficiar a si próprio, aproveitando-se da dependência econômica.

Em último caso, tais imposições podem acabar por inviabilizar a manutenção do negócio por parte do franqueado, o que gerará repercussões negativas não só na sua esfera privada, mas em todo o meio social em que este está inserido. Portanto, práticas manifestamente abusivas, que visam unicamente a exploração do franqueado, devem ser dirimidas, sob pena de comprometer o próprio fluxo das relações do mercado.

Dessa maneira, sempre que um franqueado for a juízo denunciar condutas abusivas, o julgador deve atentar-se não somente às cláusulas contratuais, mas avaliar também, caso a caso, se os preceitos relativos à função social e à boa-fé estão sendo respeitados, já que isto beneficiará não só a sociedade como também o mercado de franquias em si, que atuará com maior segurança na medida em que abusos serão cada vez mais combatidos.

Porém, importante ressaltar sempre que o desequilíbrio contratual e a dependência econômica não são sinônimos de abusividades, que são geradas pelo abuso destes princípios pelo franqueador, e este abuso só será possível de ser verificar à luz da análise de cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. A lei da Franquia Empresarial (n. 8.955 de 15.12.1994). Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 84, v. 722, p. 25-39, dez. 1995.

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

1998.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio Jurídico: existencia, validade e eficácia*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza jurídica do contrato de franchising in Revista dos Tribunais*, vol.653, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 1999.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa*. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais..* 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil. 1975.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FORGIONI, Paula. *A Interpretação dos Negócios Empresariais*. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). *Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais..* 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro 3: Contratos e Atos Unilaterais*.

São Paulo: Saraiva, 2012

JUNIOR, Sidnei Amendoeira. Principais características dos contratos de franchising. In BRUSCHI, Gilberto. COUTO, Mônica. PEREIRA E SILVA, Ruth. PEREIRA, Thomas (orgs). Direito Processual Empresarial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

JUNIOR, Walfrido Jorge Warde. A boa-fé nos contratos empresariais. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais.. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUZ, Rodrigo Rodrigues da; MOLINA, Ana Carolina Vivarelli. O Franchising como modalidade de investimento e de transferência de tecnologia. Revista Eletrônica de Direito/Unesp. 2010. [online]. Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/direitounesp/article/view/268/352>. Acesso em: 06/09/2017.

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro, Volume 5: Teoria Geral dos Contratos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. São Paulo: Revista Direito GV. 2005.

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

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj; FORGIONI, Paula Andrea. Abuso de dependência econômica nos contratos interempresariais de distribuição. 2007.[s.n.], São Paulo, 2007.

NETTO LOBO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor. 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. Contratos de Distribuição. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

PIRES, Márcia. Responsabilidades e obrigações entre franqueado e franqueador. Disponível em <http://www.portaldofranchising.com.br/artigos-sobre-franchising/o-que-e-franchising/responsabilidades-e-obrigacoes-entre-franqueado-e-franqueador>. Acesso em 19 de setembro de 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. In:

COELHO, Fábio Ulhoa (org). Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais.. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e pós modernidade. Brasília: Revista de informação legislativa. 2004.

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

ROQUE, Sebastião José. Do Contrato de Franquia Empresarial. São Paulo: Ícone, 2012.

ROTTA, Mariza. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O Pacta Sunt Servanda-Cláusula Rebus Sic Stantibus e o Equilíbrio das Relações Contratuais na Atualidade. RevistaJ urídica Cesumar – Mestrado. 2008.

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

SCHREIBER, Anderson. TEPEDINO, Gustavo. Código Civil Comentado. São Paulo. Atlas: 2008.

SILVA, Jorge Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

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

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

WANDERER, Bertrand. Lesão e onerosidade excessiva nos contratos empresariais. In: COELHO, Fábio Ulhoa (org). Tratado de Direito Comercial: Obrigações e Contratos Empresariais.. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZENETTI, Andrea Cristina. Princípio do Equilíbrio Contratual. São Paulo: Saraiva, 2012.