

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO  
RIO DE JANEIRO (UNIRIO)

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP  
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ECJ

PEDRO AIZENBERG DE SOUZA

**A FRANQUIA EMPRESARIAL COMO  
NEGÓCIO FORMATADO À LUZ DA LEI Nº  
8.955/94**

RIO DE JANEIRO - 2014

PEDRO AIZENBERG DE SOUZA

**A FRANQUIA EMPRESARIAL COMO  
NEGÓCIO FORMATADO À LUZ DA LEI Nº  
8.955/94**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Escola de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal  
do Estado do Rio de Janeiro  
(UNIRIO) como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Professor Orientador: Roberto Trindade

RIO DE JANEIRO - 2014

## Agradecimentos

...À minha família, pelo suporte diário dos primeiros passos infantis aos primeiros passos na carreira jurídica e, seguramente, por toda a vida. Sem vocês eu nada seria. Não sabem o quanto sua presença constante me faz bem, Miryam Aizenberg, Renato Abreu e Louise Aizenberg, amo vocês!

...Aos meus irmãos, Murillo Marçal, Caio Sanches, Bruno Mallet. Só tenho a agradecer por tudo.

...Aos amigos ainda presentes do Colégio Palas. Clarissa Affonseca, Larissa Coelho, Mariana Vieitos, José Luiz Malafaia, Carlos Eduardo Veríssimo e, claro, Aline Lemos.

...Aos amigos mais antigos e queridos do CPII que sempre caminharam juntos enfrentando todo tipo de aventuras e desventuras. Clarissa Prallon, Eugênio Lima, Gabriel França e Vagner Moraes. Ao Pedro II, tudo ou nada?!

... Aos amigos que a própria UNIRIO me proporcionou, os que sempre caminharam lado a lado, superando as adversidades e dando e buscando apoio mútuo. Thiago Ignatowski, Luiz Eduardo Solis, Renata Lins, Mariane Barbosa, Amanda Chaves, Rafael Frias, Fabrício Dunga, João Sweet, Camila Fonseca, Carla Guerra e Luisa Mello.

...À equipe Estratégica do NW, que, mais do que ex-colegas de trabalho, se tornaram verdadeiros amigos. Muito obrigado pelo carinho, Mariana Assumpção, Karollyne Uggeri, Marcela Carvalho de Paulo, Juliana Justo, Maria Eugênia Ferradeira e Alex Ambrosio.

...Às avós Maria e Marilise e ao zeide Bernardo pela presença e ensinamentos constantes na minha vida.

...Ao meu orientador e amigo, mestre Roberto Trindade. Sem sua ajuda esse trabalho não seria o mesmo!

...E, novamente, ao meu amor Aline Lemos pelo cuidado, suporte, ajuda, carinho e sorrisos diários. Porque nem um mar de distância conseguiu separar.

## **Resumo**

A Franquia Empresarial é matéria multidisciplinar, afeta ao Direito Empresarial e ao Direito Civil Contratual, regulada pela Lei nº 8.955 de 1994, a Lei de Franquias.

Parte-se da evolução histórica do Sistema de Franquia para a análise de seus conceitos fundamentais, de seus elementos estruturais e de algumas espécies de Franquias objetivando demonstrar a importância da forma para o sistema como Negócio Formatado.

Adentra-se a determinados aspectos jurídicos do Sistema: o contrato de Franquia, sua natureza jurídica, suas principais características e suas funções social e econômica.

Por último, analisa-se a relação entre franqueado e franqueador, averiguando-se se esta poderia configurar-se como uma relação de consumo, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, com suporte na doutrina e em precedentes judiciais.

Palavras-chave: Direito, Empresarial, Civil, Contratual, Lei 8.955/94, Franquia Empresarial, Negócio Formatado.

## **Abstract**

The Franchising is a multidisciplinary subject, which has impacts on Business Law and Civil Law (Contracts), and it is ruled by Law number 8.955/94 in Brazil.

First, it's presented the Franchise's historical evolution, fundamental concepts, structural elements and, then, it is also presented some kinds of Franchises and the importance of the standards or the business format for Franchising, as "Business format Franchising" (American's closest kind).

So, it analyzed Franchising's juridical aspects: Franchising Agreement (the contract), and its legal status, main characteristics, social and economic roles.

At last, it analyzed the legal relationship between franchisor and franchisee to discover if it is a consumer relationship ruled by Brazilians consumers' law or not. All the study is based on solid authors and jurisprudence.

Keywords: Law, Business, Civil, Contracts, Law number 8.955/94, Franchising, Business format Franchising.

## Sumário

INTRODUÇÃO.....	(pág 01)
1. A FRANQUIA VISTA COMO SISTEMA.....	(pág 03)
1.1 BREVÍSSIMO HISTÓRICO.....	(pág 03)
1.2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	(pág 03)
1.3 CONCEITOS.....	(pág 07)
1.4 ELEMENTOS ESTRUTURAIS DO SISTEMA DE FRANQUIA.....	(pág 13)
1.5 ESPÉCIES DE SISTEMA DE FRANQUIA.....	(pág 19)
2. ASPECTOS JURÍDICOS EM FOCO.....	(pág 23)
2.1 O CONTRATO DE FRANQUIA.....	(pág 23)
2.1.1 NATUREZA JURÍDICA.....	(pág 23)
2.1.2 CARACTERÍSTICAS.....	(pág 28)
2.1.3 FUNÇÕES DO CONTRATO: FUNÇÃO SOCIAL E FUNÇÃO ECONÔMICA.....	(pág 37)
2.1.4 FUNÇÕES DO CONTRATO: A FUNÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA DO CONTRATO DE FRANQUIA.....	(pág 45)
2.2 QUESTÃO CONSUMERISTA: A FRANQUIA E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	(pág 46)
3. CONCLUSÃO.....	(pág 64)
4. BIBLIOGRAFIA.....	(pág 66)

## Introdução

O contrato de Franquia (Franchising) não é um assunto abordado na Graduação em Direito. Diante da minha vontade de expandir meu curto conhecimento na área de Direito Empresarial, optei por desbravá-lo com a preciosa ajuda de meu orientador.

Certamente, é um tema magnífico, repleto de pormenores e diversos debates. Há escasso material jurídico sobre o tema, à medida que o *boom* do sistema de franquia aconteceu há pouquíssimo tempo no Brasil, conforme dados abaixo.

Outro desafio, além do pouco material doutrinário, é a divergência sobre muitos dos pontos que envolvem o sistema. Há quem considere, em uma posição demasiada superficial, a Franquia Empresarial sequer um contrato autônomo, mas apenas um contrato de distribuição. Divergem também os autores, para citar alguns exemplos, sobre a natureza jurídica do contrato de franquia, bem como algumas de suas características.

Diante de algumas incerteza, os tribunais pátrios vêm resolvendo as lides que surgem decorrente das diversas interpretações do Contrato de Franquia e da Circular de Franquia e, eles próprios, são fontes essenciais para o desbravamento do tema. O próprio Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, adaptou uma teoria a respeito da relação entre franqueado e franqueador, como veremos a seguir.

A relevância do tema é cristalina e pode ser explicitada com apenas alguns dados concretos: de acordo com os últimos levantamentos da Associação Brasileira de Franchising, Banco Central, IBGE e Credit Suisse, em 2012, o faturamento do setor de franquias foi de pouco mais de 103 bilhões de reais. Um crescimento bem significativo se comparado com os 28 bilhões que o mesmo setor movimentou em 2002. Segundo a mesma pesquisa, no ano de 2012, atingiu-se a cifra de 2.426 redes de franquia e 104.543 unidades franqueadas no Brasil. São 940.887 empregos diretos gerados pelo setor (no mesmo ano).

Ao se analisar todos estes dados vê-se que o sistema de Franquia Empresarial hoje detém posição de protagonismo e é responsável por gerar um

grande volume de negócios no setor comercial, aquecendo a economia. Além disso, seu fim social é digno de nota como veremos.

Em suma, é um tema que merece uma pesquisa mais aprofundada e este trabalho presta-se a isto.

## 1. A franquia vista como Sistema

### 1.1) Brevíssimo Histórico

Numerosos<sup>1</sup> são os estudos que apontam que o sistema de franquias teve sua origem em uma experiência da indústria de máquinas de costura, a Singer Sewing Machine norte-americana, em 1860. Os relatos dão conta que a companhia queria expandir sua rede de distribuição sem, entretanto, investir recursos próprios. Com isso, resolveu credenciar alguns agentes em diversos pontos do território, “cedendo-lhes” marca, produtos, publicidade, técnica de vendas a varejo e *know-how*<sup>2</sup>.

Durante o tempo, o sistema foi modificando-se e, no pós segunda guerra, período em que muitas pessoas procuravam se reestabelecer economicamente, encontrou sua forma atual na, hoje, maior franqueadora do mundo, a rede de lanchonetes de *fast food* McDonald's.

No Brasil, o modelo original dos EUA chegou através do ramo de cinema pelas distribuidoras das grandes marcas dos estúdios daquele país, sendo, posteriormente, adotado pelas indústrias e subsistindo como contrato sem regulamentação específica até 1994, com o advento da Lei 8.955<sup>3</sup>.

### 1.2) Considerações Iniciais

Para a plena compreensão do modelo empresarial estudado, imperioso destacar que o *formato, a padronização* do negócio, é característica extremamente valorizada na Franquia Empresarial, levando-se à constatação de que o *franchising*

---

<sup>1</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 28.

MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Capítulo VI

RIBEIRO, Maria de Fátima. **O Contrato de Franquia (Franchising)**: Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime. Coimbra: Almedina, 2001. p. 12

Etc.

<sup>2</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.28

<sup>3</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 362

é *negócio formatado*<sup>4</sup>. A Franquia caracteriza-se justamente pelo fato do franqueador autorizar e “ceder” o uso de sua marca e sinais distintivos da mesma a outros empresários como forma de expansão. É dizer que a empresa (atividade empresarial) será exercida por diferentes empresários autonomamente e com total responsabilidade sobre sua atividade, mas com tal coordenação e padronização entre eles que para o público e os clientes a diferenciação entre os dois agentes econômicos não estará evidente.

Daí a afirmação de Irineu Mariani de que o *formato*<sup>5</sup> na Franquia é sempre tridimensional e engloba a (i) forma visual ou *engineering*, (ii) a forma de administrar ou *management* e (iii) a forma de produzir e/ou distribuir e de prestar serviços ou *marketing*<sup>6</sup>.

A forma visual estabelecida pelo franqueador pode ir desde os projetos de montagem do estabelecimento e *designs* até a arrumação da loja, disposição das mercadorias em prateleiras, organização dos funcionários dentro do estabelecimento, etc. Em suma, envolve todos os aspectos visuais que farão crer ao consumidor que não se trata de diferentes empresários exercendo a mesma empresa, mas um único possuidor de diversos estabelecimentos. Tem a ver com a imagem externa do negócio.

Irineu justifica o vocábulo *engineering* atribuído à forma visual, *pois envolve a engenharia de montagem do material do negócio, dando uma unidade no aspecto visual de todos os estabelecimentos. É o modelo ou uniformização dos padrões arquitetônicos, das instalações, dos locais, enfim, do layout, de tal modo que o público, pela imagem exterior, identifica a que rede o estabelecimento pertence. É a bandeira do franqueador. É a sua logomarca*<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 364

<sup>5</sup> “Formato no franchising significa dar forma, feito particular, individual, configuração, colocar na fôrma, no clichê. Formato significa feito, imagem. Daí vem forma, que significa limites exteriores de um objeto, desenho que lhe confere um feito particular, individual, configuração. Também daí vem o verbo formatar, ou seja, ação de a um objeto dar forma ou figura, ação de colocar na fôrma, no clichê.” (MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 362)

<sup>6</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 362

<sup>7</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 363

Sobre a forma de administrar imperioso o destaque a seguir:

O franqueador fornece ao franqueado um esquema completo de organização empresarial, desde o organograma de pessoal (recrutamento e treinamento), da contabilidade, da política de estoque (sistema computadorizado integrado de estoques e compras), até a formação administrativa do franqueado para operar o negócio. Diz, pois, com a imagem interna.<sup>8</sup>

Percebe-se, pois, que a forma de administrar é a padronização da estrutura interna, dos bastidores, dos métodos empresariais ocultos do público indispensáveis ao bom funcionamento do negócio. Logo, tem a ver com a sua imagem interna.

*Management* é um vocábulo da língua inglesa consagrado no mundo empresarial que se relaciona precisamente com o modo de administração, gerenciamento e governança da empresa.

A última imagem dessa classificação tridimensional do formato da franquia é a imagem divulgada, como podemos nos referir à forma de produzir e/ou distribuir e de prestar serviços (*marketing*).

Outra expressão consagrada no mundo das empresas, *marketing* faz menção às estratégias para vendas, aos estudos de mercado para averiguar quais produtos interessarão ao consumidor e de que modo serão mais atrativos, bem como da publicidade dos mesmos (estratégias de divulgação dos produtos). Imagem divulgada, pois, é a imagem do negócio perante o seu público.

Utilizando-se dos dizeres de Irineu:

(na franquia) o franqueador passa ao franqueado os métodos, meios e técnicas de produção e/ou de distribuição ou comercialização, bem como, quando for o caso,

---

<sup>8</sup> Idem

de prestação do serviço, estudos de mercado, propaganda em níveis internacionais, nacionais, regionais ou locais, vendas e eventos promocionais, lançamento de novos produtos ou serviços, etc. Diz, pois, com a imagem divulgada.<sup>9</sup>

Resumindo o tema, o respeitado professor Luiz Edmundo Appel Bojunga assim escreve:

Com o *management*, o franqueador realiza o treinamento e a formação administrativa do franqueado; com o *marketing*, fornece ao franqueado os métodos, meios e técnicas de comercialização, estudos de mercado, propaganda a níveis internacionais, nacionais, regionais ou locais, vendas e eventos promocionais e constantes lançamentos de novos produtos.

Com o *management*, fornece o segredo ou processo de produção de produto ou serviço, propiciando que o franqueado não atue no mercado como simples intermediário entre o titular da marca e o público consumidor.<sup>10</sup>

A junção destes elementos daria gênese ao Franqueado que, nos dizeres do mesmo, pode ser considerado, para fins didáticos, um verdadeiro clone do Franqueador: *mercadologicamente, o franqueado não aparece, fica oculto, inclusive dando ao consumidor a crença de que está negociando com o próprio franqueador.*<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.364

<sup>10</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Apud BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. **Natureza jurídica do Contrato de "Franchising"**. Ed. Interação, 1990. p. 13/14

<sup>11</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.363

Importante destacar então, neste ponto, que é função do franqueador a direção do negócio como um todo, seja delimitando estratégias e traçando diretrizes, seja estudando o mercado para o lançamento de um produto.

Além disso, resta claro que padronização e unidade são as palavras de ordem no sistema de Franquias. Não há como se falar em Franquia Empresarial sem pensar em diversos empresários atuando autonomamente, mas em perfeita sintonia, de modo padronizado, como se fossem um todo unitário; sintonia e padronização estas capitaneadas pelo franqueador, que apontará os rumos do negócio.

### 1.3) Conceitos

Antes de adentrarmos a análise do conceito do sistema de Franquia propriamente dito, deve-se deixar clara a acepção da terminologia correlata. Neste sentido, tem-se que **Franqueador** *é a pessoa jurídica que autoriza terceiros (os franqueados) a fazerem uso restrito de uma marca cujos direitos são próprios. Nos sistemas mais avançados, também são transmitidos padrões e conhecimentos necessários para a operação bem sucedida do negócio. O conhecimento transmitido permite a um franqueado implantar, operar e administrar seu próprio negócio.*<sup>12</sup>

Por seu turno, **Franqueado** *é a Pessoa física ou jurídica que adquire uma franquia*<sup>13</sup>, enquanto Royalties são *a remuneração paga ao franqueador pelo franqueado em contra partida à cessão dos direitos da franquia ao franqueado*<sup>14</sup>. Em muitos casos existe o **Fundo de Propaganda** que *é um fundo em que todos os franqueados de uma determinada rede contribuem especificamente para viabilização de ações de marketing e publicidade da rede que sejam comuns a todos. Esse fundo é administrado pelo franqueador, podendo ter também a participação de representantes dos franqueados*<sup>15</sup>.

Neste ponto, é necessário tecer alguns comentários e diferenciar a Cessão de Marca à Licença de Uso da Marca. Percebe-se na citação acima (número 14) que o autor não diferencia os dois institutos ao conceituar *royaltie*, provavelmente por ter como destinatário o grande público, juridicamente leigo.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Cartilha - O que é Franquia?**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196794000.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196794000.pdf)>. Acesso em 07.04.2014.

<sup>13</sup> Ibidem

<sup>14</sup> Ibidem

<sup>15</sup> Ibidem

Acontece que, ao se falar de propriedade intelectual, o instrumento legislativo que se sobrepõe é a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 (a Lei de Propriedade Industrial – LPI). Não se pode deixar de mencionar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, autarquia federal vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), *responsável pelo, disseminação e gestão do sistema brasileiro de concessão e garantia de direitos de propriedade intelectual para a indústria*<sup>16</sup>.

A dita lei faz clara distinção entre Cessão e Licença, tendo dispositivos exclusivos para cada um dos institutos, tanto no que tange às patentes (cessão: art. 58 a 60, LPI<sup>17</sup>; licença: art. 61 a 63, LPI<sup>18</sup>), quanto no que se refere às marcas (cessão: art. 134 e 135, LPI<sup>19</sup>; licença: art. 139 a 141, LPI<sup>20</sup>).

Na mesma linha, os contratos de Cessão de Direitos de Marca são diferentes dos contratos de Licença de Uso de Marca e atingem fins diversos. Os primeiros transferem *todos os registros ou pedidos, em nome do cedente* (antigo titular da marca), *de marcas iguais ou semelhantes, relativas a produto ou serviço idêntico,*

---

<sup>16</sup> INPI. **Conheça o INPI**. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/conheca\\_o\\_inpi](http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/conheca_o_inpi)>. Acesso em: 31 jul. 2014.

<sup>17</sup> Art. 58. O pedido de patente ou a patente, ambos de conteúdo indivisível, poderão ser cedidos, total ou parcialmente. Art. 59. O INPI fará as seguintes anotações: I - da cessão, fazendo constar a qualificação completa do cessionário; II - de qualquer limitação ou ônus que recaia sobre o pedido ou a patente; e III - das alterações de nome, sede ou endereço do depositante ou titular. Art. 60. As anotações produzirão efeito em relação a terceiros a partir da data de sua publicação.

<sup>18</sup> Art. 61. O titular de patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para exploração. Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da patente. Art. 62. O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros. § 1º A averbação produzirá efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação. § 2º Para efeito de validade de prova de uso, o contrato de licença não precisará estar averbado no INPI. Art. 63. O aperfeiçoamento introduzido em patente licenciada pertence a quem o fizer, sendo assegurado à outra parte contratante o direito de preferência para seu licenciamento.

<sup>19</sup> Art. 134. O pedido de registro e o registro poderão ser cedidos, desde que o cessionário atenda aos requisitos legais para requerer tal registro. Art. 135. A cessão deverá compreender todos os registros ou pedidos, em nome do cedente, de marcas iguais ou semelhantes, relativas a produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, sob pena de cancelamento dos registros ou arquivamento dos pedidos não cedidos.

<sup>20</sup> Art. 139. O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços. Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da marca, sem prejuízo dos seus próprios direitos. Art. 140. O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros. § 1º A averbação produzirá efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação. § 2º Para efeito de validade de prova de uso, o contrato de licença não precisará estar averbado no INPI. Art. 141. Da decisão que indeferir a averbação do contrato de licença cabe recurso.

*semelhante ou afim*<sup>21</sup> ao cessionário de forma definitiva. Em outras palavras, há a transferência da propriedade. Um bom exemplo de uma cessão de marca é a alienação da mesma.

Já a Licença configura uma autorização para exploração da marca por um período delimitado de tempo, ou seja, é uma concessão temporária dos direitos de uso da marca, sem, contudo, haver transferência da propriedade.

Evidente que o franqueador não irá ceder definitivamente ao franqueado sua marca e afins, alienando a propriedade da marca. Ao contrário, licenciar-lhe-á o uso e lhe concederá o direito de exploração de sua marca enquanto a franquia empresarial subsistir. Trata-se, pois, de clara Licença de Uso e não Cessão de Direitos.

Por fim, a **Circular de Oferta de Franquia** é um *documento obrigatório pela lei de franquias 8.955/94 que deve conter todos os dados e informações necessárias para o candidato a franqueado poder analisar a oportunidade de investimento em determinada franquia*<sup>22</sup>.

Já no referente à **Franquia Empresarial** ou **Franchising**, podemos encontrar diferentes conceitos na doutrina pátria, jurisprudência estrangeira ou segundo a visão de importantes entes estatais alienígenas<sup>23</sup>, como nos mostra o professor Jorge Lobo<sup>24</sup>.

Para exemplificar, o Conselho de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e do Comércio assim definiu o sistema: “franquia é um sistema de distribuição de bens e serviços, pelo qual o titular de um produto, serviço ou método, devidamente caracterizados por uma marca registrada, concede a outros

---

<sup>21</sup> BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 maio 1996, P. 8353. Art. 135.

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Cartilha - O que é Franquia?**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196794000.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196794000.pdf)>. Acesso em 07.04.2014.

<sup>23</sup>A título de exemplo, citamos a boa definição forjada pelo US Department of Commerce: “é um método de fazer negócios no qual é conferido a um franqueado o direito de produzir ou vender mercadorias ou serviços sob uma formatação mercadológica definida pelo franqueador. O franqueador concede ao franqueado o uso de sua marca registrada, seu nome e sua publicidade”. (LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.29-30)

<sup>24</sup>LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 29-32

comerciantes, que se ligam ao titular por relação contínua a licença e assistência para expansão do produto no mercado”<sup>25</sup>.

O conceito legal está disposto no artigo 2º da lei 8.955/94 (grifos nossos):

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*.

Esta definição traz alguns dos elementos estruturais do sistema de franquia, mas não todos (como teremos oportunidade de expor abaixo) e, conseqüentemente, deve ser complementada pelas diversas definições doutrinárias. Orlando Gomes conceitua a Franquia empresarial como uma *operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de produto seu com assistência técnica para a sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração*<sup>26</sup>.

Já Nelson Abrão afirma que *franquia é um contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador), concede seu uso a outro empresário (franqueado), posicionando no nível de distribuição, prestando-lhe assistência técnica no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios realizados pelo franqueado*<sup>27</sup>.

O professor Jorge Lobo, após expor diversos conceitos, pontua que *franchising é o contrato de cessão temporária de uso de marca, para fabricação ou*

---

<sup>25</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.30

<sup>26</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981. p. 567

<sup>27</sup> ABRÃO, Nelson. **Da Franquia Comercial (Franchising)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 10

*venda de produtos ou serviços, que o franqueador faz ao franqueado, com ou sem exclusividade em determinada zona geográfica, mediante remuneração, que pode consistir numa taxa inicial de ingresso, num percentual sobre o faturamento, ou de ambos, com a garantia de assistência técnica podendo, ainda abranger, conforme o tipo de atividade, a elaboração de um projeto para construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria, etc (engineering), o treinamento do pessoal do franqueado e montagem da organização contábil e administrativa (management) e o estudo do mercado em potencial, publicidade, vendas promocionais e lançamentos de produtos (marketing)*<sup>28</sup>.

Na lição de Sérgio Pinto Martins, o objeto do contrato de franchising ou franquia é a “cessão do uso da marca, que pode ser cedida em conjunto ou não com o produto, ou o título do estabelecimento ou nome comercial. É comum haver prestação de assistência técnica do franqueador ao franqueado”.<sup>29</sup>

Na mesma esteira, Caio Mário da Silva Pereira ensina que são dois os elementos do contrato de franquia: “o primeiro é a licença de utilização de marca, de nome, e até de insígnia do franqueador. O segundo, a prestação de serviços de organização e métodos de venda, padronização de materiais (...)”.<sup>30</sup>

Por fim, Adalberto Simão Filho articula, para nosso gosto, uma das definições mais completas ensinando que *o franchising é um sistema que visa à distribuição de produtos, mercadorias ou serviços em zonas previamente delimitadas, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato(s) mercantil(is) celebrado(s) por comerciantes autônomos e independentes, imbuídos de espírito de colaboração estrita e recíproca pelo qual, mediante recebimento de preço inicial apenas e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado, o franqueador lhe cederá, autorizará ou licenciará para uso comercial propriedade incorpórea, constituída de marcas, insígnias, título de estabelecimento, know-how, métodos de trabalho, patentes, fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente no comércio específico*<sup>31</sup>.

Irineu Mariani ensina-nos que a doutrina cumpre papel relevante delimitando os **elementos subjetivos** do conceito de Franquia, enquanto a lei preocupa-se em

<sup>28</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 32

<sup>29</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Imposto sobre Serviços**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000. p. 117

<sup>30</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Vol. III. p.337

<sup>31</sup> SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: Aspectos jurídicos e contratuais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997. P.35

**evidenciar os elementos objetivos.** Lidos em conjunto, os conceitos legal e doutrinários permitem entender a complexidade do sistema. Assim, o citado professor sintetiza seu pensamento:

o franchising é um sistema de produção e/ou distribuição de bens e de prestação de serviços, mediante cessão de marca ou patente, em que franqueador e franqueado, sob comando do primeiro, celebram um negócio formatado, isso porque o franqueado muito mais do que assinar um contrato, adere a um sistema, sendo que o núcleo está exatamente no formato<sup>32</sup>.

Novamente se destaca a diferenciação entre Licença de Uso e Cessão de Direitos. Com as devidas vênias, entende-se mais apropriado falar em Licença de Uso no que tange à Franquia Empresarial em detrimento da expressão “cessão de marca ou patente” utilizada pelo renomado professor na citação acima de modo a delimitar os dois institutos, pelos motivos já expostos no ponto 1.3.

Superado isto e para exemplificar a necessidade da leitura em conjunto da lei e da doutrina no que tange ao conceito do sistema de Franquia Empresarial, analisa-se detidamente o artigo 2º da Lei de Franquias: a uma primeira vista, pode-se imaginar que para ser considerada Franquia empresarial basta acontecer a licença ao franqueado de direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição de produtos ou serviços (art 2º, primeira parte), já que o vocábulo legal *eventualmente* faz induzir que a segunda parte do mesmo artigo é opcional à caracterização do instituto.

Acontece que, se assim fosse, estar-se-ia diante de tão somente uma licença para exploração de marcas e patentes (art. 61 e 139, da Lei 9.279/1996<sup>33</sup>), algo

---

<sup>32</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 366.

<sup>33</sup> Art. 61. O titular de patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para exploração. Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da patente. Art. 139. O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações,

muito mais simples do que o SISTEMA<sup>34</sup> de Franquia Empresarial. Aliás, a própria lei assevera que a Franquia Empresarial é um sistema (no mesmo artigo 2º) o que não faria o menor sentido se fosse considerado uma mera licença.

A conclusão lógica é de que existem mais elementos estruturais, indispensáveis à caracterização de uma franquia empresarial, do que o conceito do art. 2º expõe.

O que se quer dizer com isso é que, embora alguns dos componentes não estejam na definição legal de franchising, nem por isso deixam de ser essenciais.<sup>35</sup>

#### 1.4) Elementos Estruturais do Sistema de Franquia

Destacam-se, pois, os seguintes elementos estruturais indispensáveis quando se pensa o Sistema de Franquias: produção e/ou distribuição de bens e de prestação de serviços; colaboração recíproca; preço; licença de direito de uso de marca ou patente; independência entre franqueado e franqueador; métodos e assistências técnico-administrativas permanentes; território; exclusividade e semi-exclusividade quanto ao território; exclusividade e semi-exclusividade quanto aos produtos e à comercialização. Sinteticamente, tratar-se-á individualmente de cada um deles.

*A produção e/ou distribuição de bens e de prestação de serviços* é o objeto do sistema de Franquias, a que fim ele se presta. Todo o sistema está estruturado visando um objetivo, uma meta. Esta é a produção e/ou distribuição de bens e de prestação de serviços.

*A colaboração recíproca* é inerente à Franquia. Ela se traduz no acordo de vontade dos agentes econômicos em agirem conjuntamente de modo a caminharem

---

natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços. Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da marca, sem prejuízo dos seus próprios direitos.

<sup>34</sup> Segundo o dicionário Michaelis 2000 (MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2000. Verbetes 3. p. 1952): *conjunto ou combinação de coisas ou partes de modo a formarem um todo complexo ou unitário*.

<sup>35</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 368.

juntos, auferindo cada qual os benefícios dessa colaboração. O(s) contrato(s) assinados entre eles é(são) o(s) instrumento(s) que materializa(m) esse acordo de vontade e a própria parceria (além de terem o condão de especificar os termos desta colaboração). Nos dizeres do professor e desembargador Irineu Mariani:

é o princípio da parceria entre franqueador e franqueado. Reflete como deve funcionar o franchising na parte interna. Eles se unem para produzir e/ou distribuir, vender ou comerciar bens, ou prestar serviços, cada qual desempenhando função específica. É imprescindível o sincero empenho no sentido do êxito<sup>36</sup>.

Trata-se genericamente por *preço* todos os custos inerentes ao sistema que o franqueado terá perante o franqueador. Importante destacar que por força do art. 3º, incisos VII e VIII, da Lei de Franquias (Lei nº 8.955/94)<sup>37</sup> todas estas informações necessariamente precisam estar relacionadas na Circular de Oferta de Franquia, como dito. Adalberto Simão Filho<sup>38</sup>, mergulhando no tema, divide o preço da franquia em três espécies a seguir explicitadas.

A primeira espécie é a Taxa de filiação ou de Franquia (termos estrangeiros equivalentes: *entry fee* ou *inicial franchise fee*), que é aquele valor pago ao Franqueador no momento inicial, para entrar em sua rede e sistema. A Lei de Franquias autoriza este pagamento e determina que ele deve estar especificado na Circular de Oferta de Franquia (art. 3º, VII, b, da Lei nº 8.955/94).

<sup>36</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 367

<sup>37</sup> Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações: VII - especificações quanto ao: a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia; b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento; VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte: a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (*royalties*); b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial; c) taxa de publicidade ou semelhante; d) seguro mínimo; e e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

<sup>38</sup> SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising**: Aspectos jurídicos e contratuais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.68-69.

A segunda espécie do preço são os Pagamentos sobre as Vendas. Primeiramente, é digno de nota que a Lei determina a natureza jurídica desta espécie de pagamento como *Royalties* (art. 3º, VIII, a, Lei nº 8.955/94). Os *royalties* são calculados em percentagem tendo como base as vendas efetivadas pelo franqueador.

A última espécie é a de Pagamentos a Títulos Diversos, que cumpre o papel residual. Estão discriminadas nas demais alíneas do art. 3º, inciso VIII (alíneas *b*, *c*, *d* e *e*), sendo obrigatórias na Circular de Oferta de Franquia (assim como todas as demais).

Uma última observação quanto à quitação do preço se faz necessária: é direito do franqueado a discriminação das rubricas para saber o que está pagando, bem como o documento de quitação. De acordo com Mariani<sup>39</sup>, este direito tem morada no artigo 320<sup>40</sup>, do presente Código Civil e também é decorrente do inciso VIII, do art. 3º da Lei de Franquias.

Quanto à *licença de direito de uso de marca ou patente*, esta é uma característica *sine qua non* da lógica da franquia. Há de se destacar a curta mas completa lição do citado professor a respeito do tema:

Em *primeiro lugar*, marca diz respeito a *produto*, e patente a *invento*; em *segundo*, é essencial que o franqueador seja o proprietário da marca, sinal, insígnia, bandeira ou logomarca, patente, fórmula especial, denominação, etc, isso junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, tanto assim que deve constar na *Circular de Oferta de Franquia* (Lei 8.955/94, art. 3o, XIII); em *terceiro*, é essencial, também, que essa

---

<sup>39</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 388

<sup>40</sup> Art. 320, CC. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

propriedade seja objeto de cessão ou licença de uso, conforme o que for pactuado.<sup>41</sup>

*A independência entre o franqueado e o franqueador* nem sempre é clara ao público ou aos clientes, pois, como já destacado, o franqueado opera sob o manto do franqueador, como um clone, invisível ao mercado. Entretanto, há autonomia e independência em termos jurídicos. Esta é a principal diferença entre o Sistema de Franquias e a formação de uma sucursal, a criação de um grupo econômico, etc. Enquanto na franquia diferentes empresários atuam de forma orquestrada, mas independente, nestas há dependência e não há autonomia jurídica. Esta característica que viabilizará a lógica de todo o sistema e, por isso, a lei preocupa-se em objetivamente apontar este elemento estrutural, quando explicita a não caracterização do vínculo empregatício (art. 2º *in fine* da Lei 8.955/94)<sup>42</sup>.

*Os métodos e assistências técnico-administrativas permanentes* são o que anteriormente se chamou de *management*, o qual abrange aspectos relacionados à administração do negócio como o suporte ao sistema, transferência do know-how, o sigilo... Em suma, tudo que é importante à perfeita administração do negócio.

Novamente, é preciso destacar-se a essencialidade do *management* à franquia, em que pese o vocábulo *eventualmente* constante no artigo 2º de sua lei. Nota-se que o artigo 3º da Lei de Franquias delimita os elementos obrigatórios da Circular de Oferta de Franquia. Eis que todos os elementos elencados no inciso XII<sup>43</sup> dizem respeito com à dimensão do *management*, ou seja, à forma de administrar ou os métodos e assistências técnico-administrativas permanentes. Embora, pela

---

<sup>41</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 367

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações: (*omissis*) XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a: a) supervisão de rede; b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado; c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos; d) treinamento dos funcionários do franqueado; e) manuais de franquia; f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e, g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

dicção do dito inciso, interprete-se pela não obrigatoriedade de tudo que está elencado em suas alíneas é inadmissível a hipótese de que nenhuma delas seja ofertada ao franqueado.

O *território* diz respeito à porção geográfica em que o franqueado poderá comercializar suas mercadorias e/ou prestar seus serviços. Ele deve estar delimitado no contrato de Franquia e a seu respeito devem constar informações na Circular de Oferta de Franquia (art. 3º, X, Lei 8.955/94<sup>44</sup>). Por óbvio, é necessária autorização por escrito do franqueador para que o território delimitado seja ultrapassado.

Quanto à *exclusividade ou semi-exclusividade no que tange ao território delimitado ao franqueado*, uma questão central é levantada. Poderia o franqueador estabelecer novos contratos de franquias com outros empresários para atuarem no mesmo território do franqueado? Ele próprio poderia atuar neste mercado?

Inicialmente, deve-se entender que a semi-exclusividade é a regra, sendo a exclusividade exceção. Há quem considere, inclusive, a segunda monopólio privado ou abuso de poder econômico.<sup>45</sup>

Segundo esta tese, pela ótica do franqueador, a exclusividade impede que o mesmo venda seus produtos a outros concorrentes, o que seria crime contra a economia popular – recusa de venda (art. 2º, I, *in fine*, da Lei 1.521/1951<sup>46</sup>). Por outro prisma, pelo fato do franqueado não poder vender produtos semelhantes que não os provenientes do franqueador, estaria o livre comércio (art. 170, IV, CFRB) violado.

---

<sup>44</sup> Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações: (*omissis*) X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte: a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;

<sup>45</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 369.

<sup>46</sup> Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular, Esta Lei regulará o seu julgamento. Art. 2º. São crimes desta natureza: I - recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento;

Entretanto, esta tese não merece acolhida<sup>47</sup>, pois, resumidamente, a exclusividade aqui faz referência aos direitos inerentes à propriedade intelectual (o franqueador, dono de uma patente ou marca, resguarda-se impedindo que seu franqueado, de posse destas informações essenciais preste serviços a seus concorrentes). Além disso, a exclusividade não é característica exclusiva da franquia, também sendo observada no contrato de concessão mercantil (Lei 6.729/79, art. 4º, I e 8º) e representação comercial (Lei 4.886/65, art. 27, “g” e 31). Isto é, a exclusividade por si só não é determinante para caracterização do abuso de poder econômico, sendo admitida em muitas hipóteses. Mesmo porque o monopólio privado que se forma é de marca (lícito) e não de mercado (ilícito).

Portanto, a exclusividade é possível desde que seja pactuada por escrito (art. 3º, X, “a”, da Lei de Franquias), por ser exceção<sup>48</sup>. Não a sendo, vigora a semi-exclusividade e, neste caso, o franqueador pode, inclusive, concorrer com o franqueado dentro do território previamente acordado desde que em igualdade de condições.

Neste sentido, estão as alíneas do inciso XIV, do artigo 3º, da Lei de Franquias, ao determinarem que é necessário que o contrato de Franquia trate dos óbices ao franqueado após a expiração do Contrato de Franquia. É dizer: existirão cláusulas de barreira ao franqueado (alínea “b”)? Não se discute a constitucionalidade de ditas barreiras (em detrimento da livre concorrência) como se pode observar no trecho em destaque de um julgado do TJSP:

Tido enquanto contrato de colaboração, a franquia implica na concessão - por lapso de tempo determinado - do direito de comercialização de marca, de serviço ou produto, mediante remuneração. [...] Absolutamente legítima, destarte, a cláusula de barreira, forçoso concluir que o expediente fraudulento utilizado pelos réus não merecia

---

<sup>47</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 388-390.

<sup>48</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 369

guardada. [...] Patente, de tal sorte, a prática de concorrência desleal, caracterizada não somente pela aludida captação indevida de clientela, como também pela quebra da denominada "cláusula de silêncio" ou "cláusula de barreira" por meio da qual se delimitava restrição lícita de atividade comercial.<sup>49</sup>

Por fim, a *exclusividade e semi-exclusividade quanto aos produtos e à comercialização* funciona de forma inversa ao item anterior. É dizer: a exclusividade é a regra, enquanto a semi-exclusividade é a exceção (a ser pactuada por escrito)<sup>50</sup>. Razoável este pensamento vez que a Franquia tem de ser pensada como um sistema, um conjunto de elementos harmônico, um *negócio formatado*. A homogeneidade é essencial ao sistema. Como exemplo, citamos uma loja de roupas. Como poderiam dois estabelecimentos sob a mesma forma, cores e marca (apesar de pertencerem a diferentes empresários) venderem produtos distintos?

### 1.5) Espécies de Sistemas de Franquia

O professor Haroldo Malheiros<sup>51</sup> assevera que existem duas espécies fundamentais de franquia: “a de espécies e de produtos, serviços e distribuição” e “a *business format franchising*”. A diferença fundamental entre elas seria o grau de liberdade que o franqueado possui. Enquanto na primeira o grau de liberdade é maior, pois viabiliza negócios que não dependam de uma padronização intensa, na segunda a padronização é altíssima. Obviamente, como se pode perceber, este trabalho trata da segunda espécie, por ser o mais próximo da Franquia enquanto sistema de negócio formatado.

<sup>49</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Julgado nº 583.00.2004.054891-4, da 1ª Vara de Fazenda Pública. Juíz: Alexandre Bucci. DJe 05 de novembro de 2010.

<sup>50</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 370.

<sup>51</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial**: Contratos empresariais em espécie (segundo a sua função jurídico-econômica). Volume 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p 149

Já o professor Irineu Mariani, citando os ensinamentos de Adalberto Simão Filho<sup>52</sup>, informa que são quatro os tipos de franquia, se divididas quanto ao seu conteúdo: de serviço, de produção, de distribuição e de indústria.

Nas Franquias de Indústria o franqueador transmite ao franqueado todo o know how, todo o aparato tecnológico, físico, etc, necessário para confecção de seus produtos. Destaca-se a alínea “a”, do inciso XIV, do artigo 3º da Lei de Franquias que dispõe sobre a necessidade de se pactuar na própria Circular de Oferta de Franquia (*caput*) a respeito do “segredo de indústria” a que venha a ter acesso o franqueado após o término do contrato de franquia.

Nas Franquias de Serviço, como o próprio nome supõe, há prevalência na prestação de serviços (dos mais variados) e ausência de produção de mercadorias. Os grandes exemplos estão no setor de turismo, no qual se observa inúmeras redes de franquias, como, por exemplo, a operadora e agência de viagens CVC<sup>53</sup>.

As Franquias de Produção são aquelas em que o franqueador produz a mercadoria e os franqueados encarregam-se de sua comercialização. O franqueador é o responsável por produzir seus produtos, enquanto os franqueados o comercializam.

Nas Franquias de Distribuição, diferentemente da última em que o próprio franqueador detém a produção, o franqueador terceiriza a produção de suas marcas e utiliza a rede de franquias para distribuição destas mercadorias. Isto é, nem o franqueador detentor da marca, nem os franqueados são os responsáveis por produzir as mercadorias. Este é um ônus de uma fábrica terceira. Após confeccionados por esta, os franqueados irão comercializá-los.

A visão de Maria Helena Diniz sobre o tema é bastante próxima à anterior. Observa-se que, no sentir da renomada autora, a Franquia pode apresentar três espécies, quais sejam: Franquia Industrial ou “lifreding”, Franquia de Comércio ou de Distribuição (tratadas como sinônimas) e a Franquia de Serviços, que envolve a propriamente dita e a do tipo hoteleiro.

---

<sup>52</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 370 APUD SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising**: Aspectos jurídicos e contratuais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 45.6.

<sup>53</sup> CVC. **Franquias CVC**. Disponível em: <<http://www.cvc.com.br/lps/franquias/index.aspx>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

Por fim, existem alguns autores<sup>54</sup> que dividem as Franquias em gerações, em um modelo parecido com as tradicionais “gerações dos Direitos Fundamentais”, que têm como expoentes Paulo Bonavides e Norberto Bobbio. No âmbito do direito de franquia, a nomenclatura também é utilizada para posicionar as categorias no tempo e, assim como no caso do direito constitucional, uma geração não se esgota na outra, mas perduram juntas.

As duas primeiras gerações são as chamadas Franquias Simples. A primeira geração caracteriza-se por somente concederem a licença restrita de direitos de uso da marca e distribuição do produto, com ou sem exclusividade. Há pouco ou quase nenhum suporte mercadológico do Franqueador para com o Franqueado.

Na segunda geração, além da licença restrita de direitos de uso da marca e distribuição do produto, os franqueados recebem algum tipo de suporte, mesmo que muito incipiente. Esse suporte normalmente dá-se nos primeiros momentos, na instalação do franqueado, com, por exemplo, a indicação dos fornecedores ou em forma de um apoio inicial dado aos franqueados restringindo-se ao fornecimento de normas e padrões de comunicação visual e arquitetura para montagem da unidade franqueada e respectiva operação. Não há suporte no que tange à gestão do negócio ou treinamento do franqueado (e sua equipe) pelo franqueador, o que fica inteiramente a cargo daquele.

A terceira geração inaugura o sistema de franquia tema desta monografia, isto é, a franquia como Negócio Formatado, aonde existe um arcabouço jurídico, um contrato complexo, que impõe uma parceria incessante entre franqueado e franqueador, de modo a trabalharem juntos, em sintonia, dentro de padrão pré-estabelecidos, evidenciada no *marketing, management e engineering*.

Nas franquias de negócio formatado o franqueador concede ao franqueado a licença restrita de direitos de uso da sua marca, os direitos de distribuição de produtos ou serviços próprios ou de terceiros, com exclusividade dentro de determinados limites territoriais,

---

<sup>54</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Cartilha - O que é Franquia?**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196794000.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196794000.pdf)>. Acesso em 07.04.2014.

agregado a um sistema de gestão e operação do negócio comprovadamente de sucesso. O suporte operacional do franqueador é intenso e há monitoramento da operação dos franqueados para que estes permaneçam dentro de padrões pré-definidos. E os padrões pré-definidos existem por expressarem de forma prática elementos que levam o negócio em questão ao sucesso.<sup>55</sup>

Nesta linha está o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como podemos verificar neste julgado.

FRANCHISING – FRANQUIA NÃO FORMATADA – FALTA DE ESTRUTURA PARA MANUTENÇÃO DOS NEGÓCIOS – RESPONSABILIDADE DA EMPRESA FRANQUEADORA PELOS PREJUÍZOS DISSO ADVINDOS AOS FRANQUEADOS – RECONVENÇÃO – AS VENDAS EFETIVAMENTE REALIZADAS DEVEM SER REMUNERADAS AO FRANQUEADOR, COMPENSANDO-SE OS VALORES – A franquía exige, para que se desenvolva o negócio a contento, a estrutura básica necessária. Provada a inexistência dessa estrutura, é a franqueadora responsável pelos prejuízos decorrentes. As vendas efetivamente realizadas, porém, devem ser remuneradas à franqueadora.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Cartilha - O que é Franquia?**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196794000.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196794000.pdf)>. Acesso em 07.04.2014.

<sup>56</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC nº 596040527, da 6ª Câmara Civil. Relator: Jorge Alcebíades Perrone de Oliveira. Dje RS, 24 de setembro de 1996.

Percebe-se que, como repetidamente afirmado, a Franquia Empresarial deve ser vista como um sistema. Não basta a assinatura do contrato de Franquia tão somente, mas, de fato, há de se verificar o formato tridimensional do sistema (*engineering, management e marketing*), e um suporte permanente entre as partes, de modo que o Franqueador possa padronizar sua rede e liderá-la satisfatoriamente, sob pena de descaracterização do sistema, como se viu no julgado alhures.

## 2. Aspectos Jurídicos em foco

### 2.1) O contrato de Franquia

#### 2.1.1 Natureza Jurídica

O tema da Natureza Jurídica dos Contratos de Franquia é dos mais controvertidos. Nos dizeres de Jorge Lobo<sup>57</sup> há quem sustente tratar-se de um contrato: “(1) de trabalho; (2) de propriedade industrial; (3) preliminar ou normativo; (4) de concessão comercial; (5) de cooperação entre empresas; (6) de licença comercial; (7) de distribuição; (8) de adesão; (9) atípico”.

Percebe-se que tratar o contrato de franquia como qualquer um dos oito primeiros pontos é reduzir a complexidade do mesmo de uma forma demasiada simplista. Como vem sendo defendido, este contrato tem o condão de sistematizar todo um complexo de relações que são características do sistema de Franquia Empresarial. Não se duvida que em certos pontos e cláusulas o contrato de franquia irá se assemelhar imensamente com um contrato de distribuição ou de licença comercial, por hipótese. Entretanto, entender que a natureza jurídica do mesmo seja de distribuição, seguindo a hipótese, é ignorar todos os outros aspectos do mesmo diploma.

Nesta linha estão os autores que entendem que o contrato é atípico. Entretanto, no entender de Waldirio Bulgarelli<sup>58</sup>, apesar de atípico, não se pode ignorar que o artigo 2º da Lei de Franquias<sup>59</sup> confere certa tipicidade ao mesmo ao

---

<sup>57</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.37

<sup>58</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

<sup>59</sup> 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

conceituá-lo. O conceito abrange a Franquia Empresarial como sistema e suas complexas relações. Surge a ideia, pela qual se concorda, de a natureza jurídica ser de contrato complexo ou híbrido, pois é um contrato que possui diversas facetas que não podem ser separadas, sob pena de descaracterização do sistema empresarial que representa.

Valiosa é a lição de Marçal Justen Filho neste diapasão:

Não é possível concentrar o enfoque do contrato de franquia no ângulo da cessão de marca ou na questão da transferência de tecnologia ou na promessa de futuros. A franquia se constrói pela soma desses diversos ângulos. Não se trata de mera soma ou justaposição de uma série de contratos – cada qual com existência jurídica autônoma e independente –, mas do entrelaçamento de distintos deveres, para um contrato uno, ainda que não simples.

Afirma-se, desse modo, a impossibilidade de dissociação dos diversos ângulos do contrato, para fins de consideração jurídica. Nem há como privilegiar um ângulo específico do contrato de franquia, para reconhecer-lhe a condição de núcleo fundamental da contratação.

**A unidade da causa do contrato de franquia impede a dissociação da avença em uma pluralidade de subcontratos. A função econômico-jurídica da contratação é preenchida através da contratação em seu**

**todo. Não se trata, por isso, de coligação simples, mas de complexidade contratual”<sup>60</sup>**

Esta também é a opinião do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Menezes Direito:

É fácil perceber que a própria lei embute na chamada franquia empresarial várias modalidades obrigacionais, mencionando outros contratos que estão enlaçados com o de franquia, assim, o de uso de marca e patente, o de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, o de uso de tecnologia de implantação e administração de negócios. **É um dos contratos tidos como complexos, porque prevê uma série de relações jurídicas entre o franqueador e o franqueado.**<sup>61</sup>

A jurisprudência vem consagrando esta tese, como se observa nos julgados abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TRIBUTÁRIO. **CONTRATO COMPLEXO DE FRANQUIA** E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EBCT. INCIDÊNCIA DO ISS.<sup>62</sup>

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. PRETENSÃO DIRIGIDA CONTRA EVENTUAL INVESTIDA DO FISCO.

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **ISS e as Atividades de Franchising** in Revista de Direito Tributário, n. 64, Malheiros Editores, p. 250.

<sup>61</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor** IN Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. v. 18. n. 1, jan/jun. 2006

<sup>62</sup> RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. AC nº 70057719601, da 1ª Câmara Cível. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. DJe RS, 12 março de 2014.

CONCRETUDE DA IMPETRAÇÃO  
EVIDENCIADA.

ISS. **FRANQUIA.** INCIDÊNCIA.  
IMPROPRIEDADE. **CONTRATO COMPLEXO,**  
CUJA DIMENSÃO EXTRAVASA OS  
CONTORNOS DA SIMPLES PRESTAÇÃO DE  
SERVIÇOS, NOS TERMOS DA  
JURISPRUDÊNCIA CORRENTE. SENTENÇA  
MANTIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO E  
REMESSA DESPROVIDOS. (...)

Na dicção de autorizada doutrina, sob a qual repousa a jurisprudência da Corte Superior de Justiça, o ISS não incide sobre os contratos de **franquia**, por não ser visível a simples prestação de serviço. **Cuida-se, na espécie, de avença complexa**, que extravasa o estreito conceito de serviço, de sorte que inserção em lei - quer seja na LC n.º 116/03, quer seja na legislação local - não permite a tributação destes contratos pela via tributária eleita.<sup>63</sup>

Deste mesmo julgado destacamos o trecho do voto vencedor:

A não incidência do tributo sobre os contratos de franquia (franchising) sob o ângulo interno funda-se na não configuração de prestação de serviço, fato gerador do Imposto Sobre Serviços (ISS), **por se tratar de contrato complexo, no qual são envolvidas diversas relações jurídicas distintas, mas**

---

<sup>63</sup> SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. AC nº 2007.035636-2, da 2ª Câmara de Direito Público. Relator: Ricardo Roesler. Julgado em: 16 junho 2009.

**convergentes a um fim comum**, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.955/94.

Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se vê em dois julgados ilustrativos:

RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE FRANCHISING - NÃO INCIDÊNCIA DE ISS - PRECEDENTES. "O contrato de franquia não se confunde com nenhum outro contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. Ainda que **híbrido**, não pode ser configurado como a fusão de vários contratos específicos" (voto-vista proferido por este signatário no julgamento do REsp 189.225/RJ, in DJ de 03.06.2002). Dessa forma, o contrato de franquia não pode ser qualificado como uma espécie de contrato de locação de bem móveis, consoante entendeu a Corte de origem, pois que **configura um contrato complexo, autônomo e não subordinado a nenhuma outra figura contratual**. Assim, "em obediência ao princípio tributário que proíbe a determinação de qualquer tipo de fato gerador sem apoio em lei, não incide o ISS sobre as atividades específicas do contrato de franquia" (REsp 189.255/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 03.06.2002). Recurso especial provido.<sup>64</sup>

TRIBUTÁRIO – ISS – "FRANCHISING" OU  
CONTRATO DE FRANQUIA – D.L. 406/68 –

---

<sup>64</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 403799 / MG, da 2ª Turma. Relator: FRANCIULLI NETTO. Julgado em 19 fev 2004.

LEI Nº 8.955/94 – PRECEDENTES. Não sendo o contrato de franquia uma simples prestação de serviço, **mas de natureza complexa**, não consta no rol das atividades especificadas pela Lei 8.955/94, para fins de tributação do ISS. Em obediência ao princípio tributário que proíbe a determinação de qualquer tipo de fato gerador sem apoio em lei, não incide o ISS sobre as atividades específicas do contrato de franquia. Recurso especial não conhecido<sup>65</sup>

### 2.1.2 Características

Antes de adentrar o terreno da caracterização do contrato de Franquia Empresarial deve-se, brevemente, explicar algumas das classificações dos contratos que a moderna doutrina civilista consagrou. Neste ponto, a obra de referência é dos professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona<sup>66</sup>.

Inicialmente, quanto à natureza da obrigação pactuada, o contrato pode ser (a) Unilateral, Bilateral ou Plurilateral; (b) Onerosos ou Gratuitos; (c) Comutativos ou Aleatórios; (d) Paritários ou por Adesão; dentre outros mais.

Por mais que toda relação contratual pressuponha mais de uma manifestação de vontade, ela nem sempre gerará obrigações patrimoniais para todas as partes. Pensando nessas obrigações patrimoniais, os contratos são classificados em unilaterais (se só geram obrigações para uma das partes), bilaterais (quando geram para as duas partes) ou plurilaterais (quando geram obrigações para mais de duas partes).

Nessa linha, quando o contrato estabelecer apenas uma “via de mão única”, com as partes em posição estática de credor e devedor, pelo fato de se estabelecer uma prestação

---

<sup>65</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 189.255/RJ, da Turma. Relator: Peçanha Martins. DJ de 03 junho 2002.

<sup>66</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo curso de direito civil**. volume 4.1. Contratos: teorial Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo VIII. livro digital, epub.

pecuniária apenas para uma das partes, como na doação simples, falar-se-á em contrato unilateral.

Já no contrato bilateral (ou no plurilateral), tem-se a produção simultânea de prestações para todos os contratantes, pela dependência recíproca das obrigações (sendo uma a causa de ser da outra) (...)<sup>67</sup>

A distinção entre contrato oneroso e gratuito é bastante clara à medida que quando “a um benefício recebido corresponder um sacrifício patrimonial, fala-se em contrato oneroso” e “quando, porém, fica estabelecido que somente uma das partes auferirá benefício, enquanto a outra arcará com toda obrigação, fala-se em contrato gratuito ou benéfico”<sup>68</sup>.

Os contratos onerosos se subdividem em comutativos e aleatórios:

Quando as obrigações se equivalem, conhecendo os contratantes, *ab initio*, as suas respectivas prestações, como, por exemplo, na compra e venda ou no contrato individual de emprego, fala-se em um contrato comutativo.

Já quando a obrigação de uma das partes somente puder ser exigida em função de coisas ou fatos futuros, cujo risco da não ocorrência for assumido pelo outro contratante, fala-se em contrato aleatório ou de esperança, previsto nos arts. 458/461, como é o caso, por exemplo, dos contratos de seguro, jogo e aposta, bem como o contrato de constituição de renda.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Idem

<sup>68</sup> Ibidem

<sup>69</sup> Ibidem

Por fim, os contratos paritários e de adesão diferem-se nas condições de negociação:

Na hipótese de as partes estarem em iguais condições de negociação, estabelecendo livremente as cláusulas contratuais, na fase de punção, fala-se na existência de um contrato paritário, diferentemente do contrato de adesão, que pode ser conceituado simplesmente como o contrato onde um dos pactuantes predetermina (ou seja, impõe) as cláusulas do negócio jurídico.<sup>70</sup>

Em outra classificação, tomando como base a forma, existem os contratos consensuais e reais. Os consensuais são aqueles que são considerados ultimados com a simples declaração de vontade, enquanto os reais só são considerados concretizados quando da entrega da coisa.

Também se podem caracterizar os contratos, segundo a pessoa do contratante, em pessoais ou impessoais. Nos dizeres dos ditos professores:

Quanto à importância da pessoa do contratante para a celebração e produção de efeitos do contrato, podem tais negócios jurídicos ser classificados em contratos pessoais ou contratos impessoais.

Os primeiros, também chamados de personalíssimos, são os realizados *intuitu personae*, ou seja, celebrados em função da pessoa do contratante, que tem influência decisiva para o consentimento do outro, para quem interessa que a prestação seja cumprida por ele próprio, pelas suas características particulares (habilidade, experiência, técnica,

---

<sup>70</sup> Ibidem

idoneidade etc.). Nessas circunstâncias, é razoável se afirmar, inclusive, que a pessoa do contratante torna-se um elemento causal do contrato.

Já os contratos impessoais são aqueles em que somente interessa o resultado da atividade contratada, independentemente de quem seja a pessoa que irá realizá-la.<sup>71</sup>

Quanto ao tempo, os contratos podem ser instantâneos ou de duração. Os primeiros são aqueles em que as relações jurídicas contratuais produzem efeitos de uma só vez. Os segundos, ao contrário, perduram no tempo:

Já os contratos de duração, também chamados de contratos de trato sucessivo, execução continuada ou débito permanente, são aqueles que se cumprem por meio de atos reiterados, como, por exemplo, o contrato de prestação de serviços, compra e venda a prazo e o contrato de emprego.<sup>72</sup>

Por fim, a última classificação que merece destaque nesta breve análise é a que diz respeito à disciplina legal específica. Neste caso serão típicos ou atípicos. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona asseveram que “por ser fruto da livre autonomia da vontade, não poderia o legislador conceber, antecipadamente, todos os tipos de contratos, moldando prévios *standards* legais, uma vez que sempre existiriam determinados contratos não previstos em lei — os denominados contratos atípicos”<sup>73</sup>.

Contratos típicos, pois, são aqueles que têm previstos seus *standards* no ordenamento jurídico pátrio, enquanto que, nos dizeres de Giselda Hironaka, *a seu turno, (...) contrato atípico é aquele não disciplinado pelo ordenamento jurídico,*

---

<sup>71</sup> Ibidem

<sup>72</sup> Ibidem

<sup>73</sup> Ibidem

*embora lícito, pelo fato de restar sujeito às normas gerais do contrato e não contrariar a lei, nem os bons costumes, nem os princípios gerais do direito.*<sup>74</sup>

Merecem destaque os ensinamentos de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona de que os contratos atípicos são subdivididos em dois grupos: os contratos atípicos propriamente ditos (criações inteiramente novas das partes que não ferem o ordenamento jurídico constitucional-civil e, portanto, são válidos) e os contratos atípicos mistos, que são *aqueles formados pela conjugação de prestações típicas de outros contratos existentes. Provêm, pois, da fusão de elementos de outros contratos positivados, resultando em uma figura nova, dotada de autonomia jurídica e unidade sistêmica.*<sup>75</sup>

Superada a conceituação, deve-se destacar que, assim como no caso da natureza jurídica, há dissonância quanto às principais características do contrato de Franquia Empresarial. Alguns importantes autores analisaram o contrato, em maior ou menor medida, buscando identificar estas características.

Para Bulgarelli<sup>76</sup>, pode-se entender o contrato de Franchising como bilateral, consensual, comutativo, oneroso e de duração. Além disso, o autor chama a atenção para o fato dele ser visto como um contrato entre empresas, tendo como objeto a cessão do uso da marca ou título de estabelecimento ou nome comercial, com assistência técnica, mediante pagamento de um preço, com exclusividade ou delimitação territorial.

Na visão de Sílvio Venosa<sup>77</sup>, o contrato de Franquia se estabelece, ainda, como um contrato *Intuito Personae*, já que neste tipo de relação contratual, franqueado e franqueador só celebram o contrato pela fidúcia comercial existente entre partes. O autor afirma, ainda, que, apesar de ser um contrato comutativo, pode ocorrer de apresentar cláusulas de aleatoriedade, já que além de conter prestações conhecidas pelas partes, pode haver cláusulas imprevisíveis para os contratantes.

Jorge Lobo resume que o Contrato de Franquia Empresarial é típico, consensual, bilateral, oneroso, comutativo, formal, *intuito personae* e de trato

<sup>74</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 138.

<sup>75</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo curso de direito civil**. volume 4.1. Contratos: teorial Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo VIII. livro digital, epub.

<sup>76</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 13.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p.530

<sup>77</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol.3. 10.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

sucessivo, caracterizando-se ainda pela autonomia entre o franqueador e franqueado e pelo espírito de cooperação entre ambos<sup>78</sup>.

Jorge Lobo, citando Nelson Abrão, faz interessantes considerações sobre a franquia ser um contrato de adesão (a questão da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor será mais bem discutida no ponto 2.2 deste trabalho):

O contrato de franquia comercial é por adesão, uma vez que o franqueador – parte economicamente mais forte – o impõe ao franqueado: o concessionário não é o senhor de sua política de venda. Os métodos de venda, as promoções, tudo é decidido e previsto por seu fornecedor, que decide acerca da apresentação de sua insígnia ao público, da aparência de seu pessoal, de seus preços. É verdade que o franqueado é um comerciante independente, mas as cláusulas contratuais são dispostas pelo franqueador como controles que o beneficiam: “o melhor método para o sucesso da franquia é uma feliz aplicação de controles pelo franqueador – controles que não são restritivos, mas beneficiam o franqueado”. É por isso que se disse que “a good franchise will never permit a franchisee complete freedom”. Na realidade, para entrosar-se na franquia, o franqueado renuncia em parte à sua liberdade de comerciante autônomo, mas essa renúncia é considerada como redundando em seu próprio benefício, uma vez que dá margem à inserção da assistência e proteção ao franqueador: “o concessionário se torna um comerciante livremente associado que aliena

---

<sup>78</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37-39

provisoriamente sua liberdade para consagra-la exclusivamente à distribuição de um produto ou marca. O produto transita em seu negócio, é vendido o mais frequentemente ao preço do catalogo do fornecedor, em embalagens e condições impostas, sempre as mesmas etc (...).<sup>79</sup>

Haroldo Malheiros destaca que é um:

(i) contrato interempresarial; (ii) operado pela cessão de direitos de uso de marcas, patentes e outros elementos integrantes do estabelecimento do franqueador; (iii) dotado de cláusula de exclusividade absoluta ou relativa; (iv) que abrange a tecnologia de implantação e a administração do negócio ou dos correspondentes sistemas operacionais de propriedade do franqueador; (v) mediante pagamento pelos franqueados de uma remuneração direta ou indireta; e (vi) descaracterizado vínculo empregatício.<sup>80</sup>

O mesmo autor ainda destaca o artigo 6º da Lei 8.955/94<sup>81</sup> que exige a forma escrita para celebração deste tipo de contrato e defende que esta não é uma exigência absoluta:

A lei estabelece, obrigatoriamente, a forma escrita para a validade do contrato (art. 6º). Não se pode aceitar tratar-se de exigência absoluta, sob pena de caracterização de eventual prejuízo para uma das partes,

<sup>79</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 38-39 APUD ABRÃO, Nelson. **Da Franquia Comercial**. São Paulo: RT, 1984. p. 15-16.

<sup>80</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial: Contratos empresariais em espécie** (segundo a sua função jurídico-econômica). Volume 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 151. Ponto 1.9.4.3.1

<sup>81</sup> Art 6º, L. 8.955/94: deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

especialmente quando nos dias atuais muitos negócios são celebrados mediante troca de correspondências eletrônicas (e-mails), o que envolve claramente o acordo ao qual as partes tenham chegado, mediante a apreciação de material também fornecido eletronicamente.<sup>82</sup>

Com as devidas vênias, discorda-se nesse ponto do renomado autor, eis que a modernidade não pode superar as exigências legais necessárias à válida celebração de um negócio jurídico. Por mais que as tratativas inerentes a uma assinatura de contrato hodiernamente sejam realizadas à distância, através de troca de e-mails, não se pode aceitar que o ato simbólico do acordo de vontades, materializado na assinatura do contrato na presença das testemunhas, seja feito também à distância, salvo na situação descrita posteriormente.

Mesmo porque se sabe que a imposição legal da presença das testemunhas tem fundamento na observação dos estados físicos e mentais das partes no momento da assinatura, evitando a nulabilidade do negócio jurídico ou, ao menos, mantendo a presunção de validade do mesmo.

Assim, os atos pré-contratuais negociais, acredita-se, podem ser comprovados por demonstração de troca de correspondências eletrônicas, mas o mesmo não pode ser dito quanto à celebração do contrato em si.

De outra sorte, desde 2001, com o advento da Medida Provisória 2.200-2, existe no Brasil a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), que consiste em um sistema de certificados digitais e assinaturas eletrônicas, de modo a garantir a autenticidade e validade jurídica de documentos eletrônicos<sup>83</sup>.

De forma a harmonizar o disposto em lei com a contemporaneidade tecnológica, não se vê motivos para a invalidade jurídica de contratos assinados digitalmente, em conformidade com sobredita medida provisória. Assim, crê-se que o

---

<sup>82</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial**: Contratos empresariais em espécie (segundo a sua função jurídico-econômica). Volume 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 151. Ponto 1.9.4.3.1

<sup>83</sup> Art. 1º, MP Nº 2.200-2/2001. Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

artigo 6º da Lei de Franquias contém sim uma exigência absoluta e a assinatura digital através do ICP-Brasil vai ao encontro do dispositivo, não contra o mesmo. Diferentemente, por hipótese, afrontaria o dispositivo um contrato de franquia oral, o que certamente não se toleraria.

Quanto à questão da adesão, Haroldo Malheiros é claro ao posicionar-se no sentido da adesão do franqueado ao sistema do franqueador. Entretanto, destaca a não aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor:

Trata-se, portanto, de contrato formado por adesão dos franqueados ao sistema do franqueador, característica que deve ser levada em conta, necessariamente, quando da busca da solução de pendências entre as partes, esclarecendo-se que os franqueados não são consumidores e que, portanto, o CDC não se aplica a esta operação, a não ser, excepcionalmente, por analogia, e nem sequer como fonte subsidiária.<sup>84</sup>

Para concluir, deve-se mencionar que a Jurisprudência não se furta ao tema e, ela própria, caracteriza o contrato de franquia calcada na doutrina. Desta forma transcreve-se trecho de voto vencedor de um Recurso Especial que versava sobre ISS na Franquia Empresarial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

Com efeito, o contrato de franquia é um negócio jurídico pelo qual uma determinada pessoa concede a outra o direito de explorar sua marca, comercializar seus produtos ou de terceiros, bem como de prestar serviços de forma contínua e com o fornecimento de assistência técnica, comercial e publicitária, inclusive (artigo 2º da Lei n. 8.955/94). **Dessa forma, pode ser caracterizado como um**

---

<sup>84</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial**: Contratos empresariais em espécie (segundo a sua função jurídico-econômica). Volume 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 151. Ponto 1.9.4.3.1

**contrato bilateral, consensual, oneroso, comutativo, temporário (de prazo), típico e, em geral, de adesão.**<sup>85</sup>

Concluída a caracterização, pode-se passar ao ponto seguinte aonde se falará a respeito de outro aspecto importante da teoria contratual: as funções do contrato.

### 2.1.3 Funções do Contrato: Função Social e Função Econômica

O Código Civil de 2002 deslocou o foco do Direito Civilista da função econômica para a função social. O *individualismo contratual* que imperava como princípio foi substituído, naquele diploma, pela *socialidade contratual*. Em decorrência disso, consagraram-se e ganharam destaque visões e institutos jurídicos neste viés coletivo, como a função social da propriedade (CRFB, art. 5º, XXIII), a função social da empresa (Lei 6.404/76, art. 154) e a função social do contrato, consagrada no art. 421 do presente Código Civil<sup>86</sup>.

Neste ponto, é preciso o apontamento de Giselda Hironaka sobre o termo *social*:

Ainda que o vocábulo social sempre apresente esta tendência de nos levar a crer tratar-se de figura da concepção filosófico-socialista, deve restar esclarecido tal equívoco. Não se trata, sem sombra de dúvida, de se estar caminhando no sentido de transformar a propriedade em patrimônio coletivo da humanidade, mas tão apenas de subordinar a propriedade privada aos interesses sociais, através desta ideia-princípio, a um só tempo

---

<sup>85</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 403799/MG, da 2ª Turma. Relator: FRANCIULLI NETTO. Julgado em 19 fev 2004.

<sup>86</sup> Art. 421, CC. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

antiga e atual,- denominada 'doutrina da função social'.<sup>87</sup>

Deve-se entender que o dito art. 421 mitiga o antigo brocardo jurídico *pacta sunt servanda*, conforme nos ensina o professor Mariani<sup>88</sup>, à medida que limita a liberdade de contratar à função social do contrato. Entretanto, esse abrandamento não tem o condão de desfigurar o contrato, isto é, o contrato continua existindo de modo a e para gerar direitos e obrigações entre as partes e o que foi pactuado deve ser respeitado, desde que (e aqui se vê a dita mitigação através do princípio da socialidade contratual) atendida a sua função social.

Nos dizeres do mestre Mariani: *Portanto, a função social do contrato não é artifício para desfigurá-lo. Ele era e continua sendo acordo de vontades que deve gerar compromissos e resultados práticos*<sup>89</sup>. E continua citando Teresa Arruda Alvim Wambier:

(se afastarmos o princípio *pacta sunt servanda*) o contrato deixará de ser um contrato. Trata-se de avença que deve ser cumprida, nos termos em que tudo foi combinada. O contrato não pode se transformar naquilo que não é, nem é vocacionado a ser, sob pretexto da função social que deva ter.<sup>90</sup>

Outro trecho merece destaque, de modo a complementar a explicação da respeitada professora:

um contrato, no fundo, apesar dessas exceções que foram apostas ao princípio do *pacta sunt servanda*, é uma manifestação da vontade que deve levar a determinados

<sup>87</sup> HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Direito Civil**: Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 105.

<sup>88</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 21

<sup>89</sup> Idem

<sup>90</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. APUD WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002**: A função social do contrato in RT 831/11, p. 76, item 10.

resultados práticos, resultados práticos esses que são representativos das vontades de ambos os contratantes, tais como declaradas e que se conjugam e se expressam na parte dispositiva do contrato. Nunca se poderia interpretar o valor da função social como valor destrutivo do contrato. (...). Desta forma, o problema, vamos dizer, é de circunstâncias que podem incidir na medida do sistema positivo, mas nunca poder-se-ia, no meu entender, em nome da função social, provocar uma verdadeira disfunção e uma negativa da própria razão de ser do contrato.<sup>91</sup>

No mesmo sentido está Pablo Stolze ao dizer:

Com isso, repita-se, não se está pretendendo aniquilar os princípios da autonomia da vontade (ou autonomia privada) ou do *pacta sunt servanda*, mas, apenas, temperá-los, tornando-os mais vocacionados ao bem-estar comum, sem prejuízo do progresso patrimonial pretendido pelos contratantes.<sup>92</sup>

Isto posto, há a necessidade de precisar-se o que é a Função Social do Contrato. Essa tarefa não é fácil, visto que se pode elencar o art. 421 no rol das cláusulas gerais de dicção normativa indeterminada (além de ter fundo principiológico)<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. APUD WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil** in RT 815/11, p. 30.

<sup>92</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo curso de direito civil**. volume 4.1. Contratos: teorial Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo IV. p. 90. Livro digital, epub.

<sup>93</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo curso de direito civil**. volume 4.1. Contratos: teorial Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo IV. p. 87. Livro digital, epub. Tal qual os autores não diferenciamos os conceitos de *clausula geral* e *conceitos jurídicos indeterminados* ou enfrentaremos essa discussão, sob pena de fuga ao tema deste trabalho.

Rapidamente e sem aprofundar-se no tema é de destaque a seguinte consideração:

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata — é importante marcar desde logo esse ponto — de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via de jurisprudência.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 299

Entretanto, os autores costumam convergir para a análise em duas perspectivas: o prisma do motivo social do contrato existir e o prisma das partes (para Irineu Mariani<sup>95</sup>) ou, em outras palavras, função social extrínseca - *o contrato em face da coletividade, ou seja, visto sob o aspecto de seu impacto eficaz na sociedade em que fora celebrado* - e função social intrínseca - *o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais, impondo-se o respeito à lealdade negocial e à boa-fé objetiva, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes* (analisa Pablo Stolze citando lição de Nalin<sup>96</sup>).

O primeiro prisma pode ser resumido pelos seguintes apontamentos:

Cumpra-se a função social do contrato pela preservação da sua existência como entidade jurídica hábil a conciliar interesses e necessidades das pessoas em geral. Isso significa identificar o motivo pelo qual é admitido e quais as condições para ter sua viabilidade existencial, e desse modo a sociedade poder usufruí-lo como um *produto* disponível no mercado.<sup>97</sup>

Em um segundo plano, o contrato é considerado não só como um instrumento de circulação de riquezas, mas, também, de desenvolvimento social. (...) Sem o contrato, a economia e a sociedade se estagnariam por completo, fazendo com que retornássemos a estágios menos evoluídos da civilização humana. Ocorre que todo desenvolvimento deve ser sustentado, racionalizado e

---

<sup>95</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 22

<sup>96</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo curso de direito civil**. volume 4.1. Contratos: teoria Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo IV, p 88. livro digital, epub. APUD NALIN, Paulo Roberto. **Do Contrato**: Conceito Pós-moderno — Em Busca de Sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

<sup>97</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 22

equilibrado. Por isso, ao concebermos a figura do contrato — quer seja o firmado entre particulares, quer seja o pactuado com a própria Administração Pública — não poderíamos deslocá-lo da conjuntura social que lhe dá ambiência. (...) Para nós, a função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum.<sup>98</sup>

Por fim:

... o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para os seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social — uma função pela sociedade — quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga

---

<sup>98</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo curso de direito civil**. volume 4.1. Contratos: teoria Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo IV. p. 90. livro digital, epub.

prejuízos à sociedade — em suma, que o contrato seja socialmente justo.<sup>99</sup>

O segundo prisma, o que diz respeito às partes, pode ser sintetizado na concepção da boa-fé objetiva (art. 422, CC) e da lealdade pré-processual (nos atos negociais e na assinatura do contrato). A função social do contrato intrínseca impera um tratamento idôneo das partes.

Com isso, obrigações até então esquecidas pelo individualismo cego da concepção clássica de contrato ressurgem gloriosamente, a exemplo dos deveres de informação, confidencialidade, assistência, lealdade etc. E todo esse sistema é, sem sombra de dúvidas, informado pelo princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>100</sup>

A respeito do tema, Irineu Mariani sabiamente destaca que:

Não há confundir função social do contrato e condição social dos contratantes, pois não é artifício para alcançar ao mais fraco vantagem, como prêmio por ser mais fraco, nem para impor ao mais forte desvantagem, como castigo por ser mais forte. No âmbito das partes, ela ocorre pela garantia do equilíbrio de direitos e obrigações, dentro de parâmetros vigentes na sociedade e basicamente institutos que já se encontram no Código.<sup>101</sup>

E reafirma:

---

<sup>99</sup> SANTOS, Eduardo Sens. **O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais**: Exame da Função Social do Contrato, in Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, p. 29

<sup>100</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo curso de direito civil**. volume 4.1. Contratos: teoria Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo IV. p. 90. livro digital, epub.

<sup>101</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 23-24

No âmbito das partes, a função social do contrato ocorre pela garantia da comutatividade, ou equivalência, ou equidade, ou equilíbrio de direitos e obrigações, dentro de parâmetros orientativos vigentes na comunidade, os quais podem não coincidir com os vigentes no cérebro do aplicador do Direito. (...) Verdadeiramente, a compreensão da função social do contrato no âmbito das partes radica, não na eventual diferença do status social entre elas, mas na ideia de manutenção, implantação e restabelecimento do equilíbrio contratual; não segundo o arbítrio do operador do Direito, mas nos termos já definidos, em grande escala, pelo próprio Código nas diversas espécies de contrato.<sup>102</sup>

Em suma, a Função Social do Contrato, como entendida modernamente, faz ver o diploma jurídico não mais como puro ato de liberdade individual, mas o vê por sua função na sociedade, analisando seus efeitos perante a coletividade e, por isso, diz-se que a autonomia da vontade foi mitigada (existem parâmetros sociais que devem ser observados na confecção do instrumento).

Além disso, trás aos contraentes obrigações interpartes como a boa-fé objetiva (art. 422, CC), lealdade, assistência, confidencialidade, todos emanados da dignidade da pessoa humana (é o que Mariani chama de Função Ética do Contrato). E o contrato deve ser entendido não como forma de prejuízo ao mais forte da relação, pelo simples fato de sua força, mas de comutatividade, equilíbrio e homeostase entre as partes, isto é, proporção nas avenças.

Por último, nos dizeres de Irineu Mariani, *enquanto a função social do contrato está relacionada à importância de sua existência para que a população possa satisfazer, de determinada forma, determinado tipo de necessidade, a função econômica, sem adentrar em situações específicas de cada espécie contratual (...)*

---

<sup>102</sup> Idem

*vem a ser a sua utilidade como instrumento de circulação de bens e riquezas. É o fato econômico em si, a circulação econômica ou circulação jurídica.*<sup>103</sup>

#### 2.1.4 Funções do Contrato: a função Social e Econômica do contrato de Franquia

Por óbvio, apesar do contrato de Franquia ser regido por lei própria (Lei nº 8.955/94), ele está sujeito às disposições gerais do direito contratual. Desta forma, o sistema de Franquia e o contrato de franquia exerce um fim social digno de nota.

Como esclarece o professor Irineu Mariani, a franquia, por sua característica de negócio formatado, é amplamente escolhida como forma de entrada no mercado por comerciantes inexperientes. Como o ônus de gerir o negócio é todo do franqueador, o comerciante-franqueado vale-se do sistema para o aprendizado e para o acúmulo de experiência e bagagem cultural específica. É utilizada como uma “grande escola” até que o franqueado sinta-se apto a seguir em um modelo com maior liberdade e autonomia, valendo-se de suas novas experiências, contatos, etc.

No caso do *franchising*, como veremos, há uma função social verdadeiramente nobre, à medida que dispensa prévia experiência, bastando ao franqueado seguir a orientação do franqueador, além da facilidade de lidar com marcas e produtos consagrados, o que dispensa luta para conquista de mercado.<sup>104</sup>

No caso da função econômica do Contrato de Franquia, ela também está bastante clara à medida que é um jogo em que todos saem ganhando.

---

<sup>103</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 25

<sup>104</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 376

O franqueador expande sua rede sem necessidade de investimentos próprios, conquistando novos territórios e mercados consumidores, expandindo o alcance de sua marca.

O franqueado ingressa no mercado valendo-se de uma marca e imagem já consolidadas e amparado pelo franqueador (através do suporte, transferência do know-how, etc).

E o consumidor ganha mais uma opção de compras, poderá aproveitar um produto ou marca conhecida, mas que muitas vezes não circulava pela região, sem contar os efeitos indiretos que sabidamente ocorrem com a entrada de um novo agente econômico na região (aumento da concorrência, alterações nos preços, estímulo a melhorias nos produtos pela competição, etc).

No caso do *franchising* a função econômica tanto ocorre pela vantagem de o franqueador ampliar a rede sem a necessidade de abrir filiais, quanto pela vantagem de o franqueado ingressar no mercado baseada em imagem empresarial já conhecida, quanto igualmente pela vantagem de o consumidor ter ampliados os pontos de venda e por conseguinte mais opções inclusive de preços (...)<sup>105</sup>

## 2.2) Questão consumerista: A Franquia e o Código de Defesa do Consumidor

Neste ponto, fundamental é a análise da relação jurídica entre franqueado e franqueador. Não se duvida que a relação do cliente com o franqueado seja uma relação de consumo. Entretanto, se esta relação é muito clara, acerca daquela outra pairam alguns questionamentos quanto à aplicabilidade ou não do presente Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 – CDC).

---

<sup>105</sup> MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p 376

Esses questionamentos existem, pois o Superior Tribunal de Justiça, após divergências entre suas turmas, como relata a Ministra Nancy Andrighi, adotou a Teoria Finalista para conceituar consumidor.

Após um período de divergência entre a 3ª e a 4ª Turma – naquela preponderava a corrente maximalista, enquanto esta entendia seguir a teoria finalista – a 2ª Seção, no julgamento do REsp 541.867/BA, Re. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, DJ de 16.05.2005, acabou por fazer prevalecer a doutrina finalista, em situação fática na qual se analisava a prestação de serviços de empresa administradora de cartão de crédito a estabelecimento comercial. (...) Depois disso, levando em conta que a função precípua do STJ é pacificar o entendimento acerca da interpretação da Lei Federal, eu mesma, a despeito de minha ressalva pessoal, considerei superados os precedentes da 3ª Turma e, no julgamento do CC 64.524/MT, 2ª Seção, minha relatoria, DJ de 09.20.2006, reconheci a predominância, nesta Corte, da interpretação restritiva, impondo a necessidade de destinação final fática e econômica do produto ou serviço.<sup>106</sup>

Entretanto, o próprio STJ vem relativizando este entendimento, nas hipóteses em que, apesar de se verificar atividade empresarial, haja vulnerabilidade (art. 4º, I, CDC<sup>107</sup>) de uma das partes em relação à outra.

---

<sup>106</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS 27512/BA, da 3ª Turma. Relatora: Nancy Andrighi. DJ de 23 set 2009.

<sup>107</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Em outras palavras, tem havido temperamento da teoria finalista, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra.<sup>108</sup>

Brevemente, explica-se. A definição legal de consumidor tem morada no artigo 2º, *caput*, do CDC, aonde se lê: *Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*. A doutrina, entretanto, começou a divergir quanto a quem seria esse destinatário final. Assim, surgiram duas teorias acerca da definição de consumidor: a teoria finalista ou subjetiva e a teoria maximalista ou objetiva.

A primeira impera que para ser considerado consumidor é necessária uma destinação final fática e econômica do produto ou serviço. Já a segunda, mais ampla, crê que a destinação final pode ser apenas fática.

Precisos os ensinamentos de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves quanto aos requisitos da destinação final:

Resumindo tal entendimento a respeito dos requisitos da destinação final, pode-se dizer que: 1º - destinação final fática – o consumidor é o último da cadeia de consumo, ou seja, depois dele, não há ninguém na transmissão do produto ou do serviço. 2º - destinação final econômica – o consumidor não utiliza o produto ou o serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS 27512/BA, da 3ª Turma. Relatora: Nancy Andrighi. DJ de 23 set 2009.

<sup>109</sup> TARTUCE, Flávio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito material e processual. volume único. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Editora Método, 2012. p 68.

Trocando em miúdos, para a doutrina finalista:

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida ‘destinação final’ do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.<sup>110</sup>

A Ministra Nancy resume brilhantemente o tema:

Com isso, quer-se dizer que, para o conceito subjetivo ou finalista, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Já para o conceito objetivo ou maximalista, basta o ato de consumo, com a destinação final fática do produto ou serviço para alguém, que será considerado consumidor destes, pouco importando se a necessidade a

---

<sup>110</sup> MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.

ser suprida é de natureza pessoal ou profissional.<sup>111</sup>

Não pairariam dúvidas acerca da relação entre franqueado e franqueador, se a teoria finalista fosse a eleita de forma absoluta e incontestável pela corte superior, eis que o franqueado utiliza-se comercialmente dos produtos adquiridos do franqueador. Entretanto, como dito, o próprio STJ vem relativizando dita doutrina, adotada por ele próprio, nas hipóteses em que, apesar de se verificar atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma das partes em relação à outra. Por isso, há quem considere o surgimento de uma nova teoria a, de fato, preponderar, a Teoria Mista ou Teoria Finalista Aprofundada<sup>112</sup>.

O fato é que, conforme a própria Ministra Nancy, a análise é feita casuisticamente.

No âmbito do STJ, apesar de já reconhecida em diversas oportunidades a vulnerabilidade das pessoas jurídicas para efeitos de aplicação do CDC, a análise tem sido realizada caso a caso, o que não permite extrair uma definição quanto ao fato dessa fragilidade poder ou não ser genericamente presumida.<sup>113</sup>

E a própria ministra põe ponto final à discussão afirmando:

Ressalto, por oportuno, que a presunção de vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica não é inconciliável com a teoria finalista; ao contrário, harmoniza-se com a sua mitigação, na forma que vem sendo reiteradamente aplicada por este STJ: **prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de**

---

<sup>111</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS 27512/BA, da 3ª Turma. Relatora: Nancy Andrighi. DJ de 23 set 2009.

<sup>112</sup> TARTUCE, Flavio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito material e processual. volume único. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Editora Método, 2012. p 71.

<sup>113</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS 27512/BA, da 3ª Turma. Relatora: Nancy Andrighi. DJ de 23 set 2009.

**consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, conforme doutrina finalista, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica.**<sup>114</sup>

Com efeito, é este o motivo das controvérsias existentes no âmbito da Franquia Empresarial. Seria possível caracterizar a relação franqueado-franqueador como de consumo e, portanto, estando sob o manto do Código de Defesa do Consumidor? Poder-se-ia enquadrar o franqueado como consumidor levando-se em conta a vulnerabilidade deste perante seu franqueador?

Parece que a grande questão é desvendar se o franqueado é *vulnerável*, na acepção da legislação especial do consumidor. Se se considerar que sim, ele poderia subsumir-se na norma do artigo 2º, *caput*, do CDC, sendo considerado consumidor e estando sob o manto do diploma consumerista, nos moldes da moderna doutrina finalista acampada pelo STJ, em uma análise casuística.

A respeito do tema escreveram alguns importantes autores, dentre eles o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes Direito<sup>115</sup>.

Acontece que, como alerta o ex-ministro, o CDC não deixa claro o conceito de *vulnerabilidade*, elemento central para a doutrina finalista do STJ, embora assevere a presunção da mesma frente o consumidor em seu artigo 4º, inciso I<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Idem

<sup>115</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun. 2006.

<sup>116</sup> Art. 4º, *caput* e inciso I: A política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo

E, ainda, sem relevar o conceito de vulnerabilidade (art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor), pedra angular para as decisões envolvendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.<sup>117</sup>

A conclusão do ex-ministro é que o franqueado **não pode** ser considerado vulnerável, e, portanto, não será considerado consumidor<sup>118</sup>, embora uma interpretação apressada e superficial possa demonstrar a suposta vulnerabilidade por o contrato de franquia se assemelhar a um contrato de adesão. Nos dizeres do Ministro:

A existência de contrato-padrão, ou seja, tecnicamente, contrato de adesão, pode induzir uma apressada conclusão para considerar o contrato de franquia subordinado ao Código de Defesa do Consumidor. O que se diz, nessa direção, é que esse contrato pode conter cláusulas abusivas, o que daria ensejo à aplicação do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. **Todavia, não creio que isso seja suficiente.** Não se deve esquecer que o capítulo sobre a Proteção Contratual no Código de Defesa do Consumidor começa por estabelecer que os “contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, **se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo**, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance” (art. 46). Assim, o que se deve

---

<sup>117</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor.** Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun. 2006. p. 1

<sup>118</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor.** Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun. 2006. p 7- 8.

identificar em primeiro plano é se há relação de consumo entre o franqueador e o franqueado.

Acontece que para o franqueado é dada a oportunidade do prévio conhecimento do contrato, inclusive através da Circular de Franquia (art. 3º, Lei nº 8.955/94), contendo, dentre outros requisitos, modelo de contrato-padrão ou pré-contrato-padrão de franquia (inciso XV<sup>119</sup>), estando descrito, no parágrafo único do mesmo dispositivo<sup>120</sup>, as consequências da inexecução da obrigação (possibilidade de arguir anulabilidade do contrato).

Sinteticamente, são três os argumentos de Carlos Alberto Direito em favor da não consideração do franqueado como consumidor nos moldes do art. 2º, do CDC, não estando, portanto, coberto pelo manto deste diploma:

O primeiro é que, mesmo sob a ótica da doutrina finalista extensiva (termo utilizado pelo ministro), o franqueado não poderia ser considerado destinatário final:

Primeiro, não me parece que o franqueado tenha condições técnicas de se enquadrar como destinatário final, nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Adotado o conceito de destinatário final como aquele que retira o bem do mercado, encerrando o circuito produtivo, englobado ainda aquele que o utiliza para seu trabalho profissional, no contexto de uma interpretação dita “finalista extensiva”, não se pode afirmar que o franqueado seja o destinatário final da franquia. É que, realmente, o objeto do contrato é exatamente a passagem da franquia do titular para o mercado de consumo, utilizando a rede de franqueados, que, de fato, são substitutos daquele junto ao

---

<sup>119</sup> Art. 3º, XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

<sup>120</sup> 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.

mercado, sob quaisquer das suas modalidades.<sup>121</sup>

Resgata-se, neste ponto, o que foi dito na questão da natureza jurídica do contrato de Franquia Empresarial: o contrato congrega diversas espécies obrigacionais que não podem ser separadas, mas, ao contrário, devem ser vistas em conjunto, sob pena da descaracterização do sistema. Por mais que uma obrigação da relação franqueador-franqueado, vista isoladamente, como a assistência operacional, pudesse ser caracterizada como de consumo (pois o franqueado é, sem dúvidas, destinatário final desta), todo o emaranhado das relações entre franqueador e franqueado, em última análise, presta-se a atender o mercado consumidor.

No contrato de franquia, dá-se uma transferência do direito de uso do sistema inerente à franquia conforme o tipo de franquia, sendo o franqueado claramente um elo na cadeia de consumo entre o franqueador e o consumidor. A relação entre eles não é de consumo.<sup>122</sup>

Segundo: há uma impossibilidade técnica em se enquadrar o franqueado como consumidor. A Lei de Franquias (Lei nº 8.955/94) é lei especial. Ela deve buscar, quando necessário, amparo na lei geral de contratos, o Código Civil, e não em outra lei especial, tal qual o Código de Defesa do Consumidor.

Embora o pressuposto da equiparação seja a mera exposição às práticas comerciais previstas, o contrato de franquia obedece ao disposto em legislação especial que regula estritamente a formação do contrato e regula as sanções possíveis. Em tal cenário, o que se deve aplicar subsidiariamente não é o Código

---

<sup>121</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun. 2006. p. 5

<sup>122</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun. 2006. p. 6.

de Defesa do Consumidor que também é lei especial sobre relações de consumo, mas, sim, o Código Civil que é a legislação matriz da disciplina contratual. Transplantar para o Código de Defesa do Consumidor um contrato regulado por lei especial e que contém regras jurídicas próprias sobre a formação do contrato, com sanções específicas, não me parece da melhor técnica.<sup>123</sup>

Por último e em terceiro lugar, há a questão da vulnerabilidade, já mencionada anteriormente. Na visão do ex-ministro, o franqueado não é vulnerável à medida que conhece do contrato com antecedência, fazendo uso da circular de franquia:

É que a fragilidade não existe quando se sabe que o franqueador tem obrigações definidas em lei para a concessão da franquia, com indicação precisa das obrigações que assume e que o franqueado deve assumir. Ademais, o franqueado dispõe, por expreso comando legal, da Circular de Oferta de Franquia, a ser oferecida em linguagem clara e acessível, indicando, dentre outras condições, o total do investimento inicial, o valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento, informações sobre os pagamentos ao franqueador ou a terceiros, a remuneração pelo uso do sistema, da marca ou troca de serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado, aluguel de equipamento ou ponto comercial, além do modelo de contrato-padrão, com texto

---

<sup>123</sup> Idem

completo. Isso, na minha compreensão, enquadrando-se todos os contratos no regime da boa-fé, conduz a comportamento que não se compadece com posterior imputação da existência de cláusulas abusivas. (...) A boa-fé opera na reciprocidade, sendo claro que aquele que contrata sabendo com antecedência aquilo que contrata, não sendo pessoa fora do mercado, hipossuficiente, ou ignorante da prática comercial da área que vai contratar, subordinado a uma lei especial que define a formação do contrato e as condições prévias da contratação, não pode postular a proteção do Código de Defesa do Consumidor.<sup>124</sup>

Além disso, a jurisprudência ressalta que *a simples circunstância de figurar em um dos pólos uma pessoa jurídica de maior porte que a parte adversa não implica, automaticamente, na configuração de hipossuficiência*.<sup>125</sup>

Por fim, cabe o destaque do renomado jurista de que, apesar da impossibilidade da utilização das normas consumeristas no âmbito da franquia empresarial, não quer dizer que estão os franqueados desprotegidos de eventuais excessos do franqueador. Bem porque os dois diplomas, lei geral civil contratual (da forma que é vista atualmente, tendo como norte o princípio da boa-fé e função social do contrato) e lei especial do consumidor, guardam conexões recíprocas:

De fato, assim deve ser pela só razão de que o direito civil geral, ou seja, aquele que está subordinado ao Código Civil, e o direito civil especial, assim, aquele que está ao alcance do Código de Defesa do Consumidor, devem ser preservados para garantir a pureza da relação

---

<sup>124</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun. 2006. p 7

<sup>125</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 632.958/AL, da 4ª Turma. Relator: Aldir Passarinho Junior. DJe de 29 março 2010.

de consumo, já agora considerando que aquele que não pode ser configurado como consumidor encontra no Código Civil de 2002 uma proteção contratual que tem ampla conexão com o Código de Defesa do Consumidor. Diria, até mesmo com risco de exagero, que o direito civil geral moderno está inspirado na cláusula geral de boa-fé que o Código de Defesa do Consumidor elegeu como fonte imperativa para a identificação das cláusulas abusivas. Há, portanto, um ingrediente de excepcional relevância para a sociedade moderna que é o encontro dos contratos no mesmo leito da proteção do contratante mais fraco na relação, mas, ao mesmo tempo, porque a noção de boa-fé não é unilateral, protegidas as partes contratantes sempre por esse salutar princípio que deve estar na raiz de todas as relações humanas. (...) Em certa medida, é essa circunstância benfazeja de pôr o direito civil geral no rumo mais moderno da relação contratual, isto é, que os contratos estarão protegidos contra a disparidade das partes contratantes, estabilizados por sua função social e pela cláusula da boa-fé, que está presente também como critério para a interpretação dos negócios jurídicos (art. 113 do Código Civil).<sup>126</sup>

E continua o ex-ministro a expor a diferença entre a abordagem do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor no que tange às cláusulas ambíguas e

---

<sup>126</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun. 2006. p. 2-3

contraditórias no Contrato de Adesão (direito civil) e às cláusulas abusivas (direito do consumidor, art. 51 e seguintes), de modo a demonstrar a semelhança das mesmas:

A diferença substancial reside na circunstância de que o direito civil geral, já agora, parte do pressuposto de que a liberdade de contratar tem limite na função social do contrato e na **interpretação mais favorável ao aderente quando se trate de contrato de adesão diante de cláusulas ambíguas e contraditórias**. Não se diga que há distância entre o conceito de cláusula abusiva, consagrado no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, e este de cláusula ambígua ou contraditória. E isso pela só razão de que, tecnicamente, a disposição do Código Civil é mais ampla, mas, em contrapartida, **não é causa de nulidade, facultando, apenas, a interpretação mais favorável ao aderente, enquanto no art. 51, caracterizada a cláusula abusiva em contratos relativos ao fornecimento de produtos e serviços, torna-se imperativo reconhecer a nulidade**. Ocorre que em ambas as situações a finalidade da regra é garantir a igualdade de contratar e, por conseqüência, o equilíbrio das partes na relação contratual.<sup>127</sup>

A jurisprudência atual acompanha este pensamento e é uníssona em afastar a Franquia Empresarial da égide do CDC. Destacam-se abaixo alguns trechos de diferentes julgados a atestar esta condição:

---

<sup>127</sup> DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun. 2006. p. 3

CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO DE RESCISÃO CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. FORO DE ELEIÇÃO. COMPETÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO RECONHECIDA. MATÉRIA DE FATO E REEXAME CONTRATUAL. SÚMULAS N. 5 E 7-STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283-STF. I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais. (...) <sup>128</sup>

Deste mesmo julgado, ressalta-se trecho do voto vencedor do Ministro Relator Aldir Passarinho Junior:

Não fora isso, também não se pode ter como consumidor o franqueado, eis que sua situação, como acertadamente descrita no aresto fustigado, bem difere da conceituação contida nos arts. 2º e 3º do CDC, de modo algum enquadrando-se como destinatário final ou, mesmo, tendo-se a franquia, em si, como espécie de produto ou serviço. (...) O contrato de franquia é, pois, essencialmente, figura de comércio, celebrado por comerciantes para fornecimento de produtos e serviços para

---

<sup>128</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 632.958/AL, da 4ª Turma. Relator: Aldir Passarinho Junior. DJE de 29 março 2010.

terceiros, estes, sim, os destinatários finais. E, em não sendo os franqueados autores destinatários finais, as disposições da lei consumerista não lhes pode ser aplicada.<sup>129</sup>

Seguem outros julgados na mesma linha:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - SÚMULA N. 284 DO STF – CONTRATO DE FRANQUIA - AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CONSUMERISTA - FORO DE ELEIÇÃO - POSSIBILIDADE - INVERSÃO DO JULGADO - SÚMULAS NS. 5 E 7 DO STJ - RECURSO DA RECORRENTE NÃO-PROVIDO. (...) 2. "O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais." (REsp 632958/AL, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 29/03/2010) 3. Ademais, "a só e só condição de a eleição do foro ter se dado em contrato não acarreta a nulidade dessa cláusula, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e de hipossuficiência do aderente para sua inaplicação." (REsp 545575/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTATURMA,

---

<sup>129</sup> Idem

julgado em 09/09/2003, DJ 28/10/2003, p. 295)<sup>130</sup>

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. FRANQUIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. VALIDADE. (...). 2. A cláusula de eleição de foro firmada em contrato de adesão de franquia é válida, desde que não tenha sido reconhecida a hipossuficiência de uma das partes ou embaraço ao acesso da justiça. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>131</sup>

E fragmento do voto vencedor do mesmo julgado alhures:

Quanto à questão de fundo, o aresto hostilizado foi proferido em consonância com a orientação jurisprudencial desta eg. Corte, segundo a qual a cláusula de eleição de foro firmada em contrato de adesão - inclusive contrato de franquia - é válida, desde que não tenha sido reconhecida a hipossuficiência de uma das partes ou embaraço ao acesso da justiça.<sup>132</sup>

Outras ementas de julgados do STJ no mesmo sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE

---

<sup>130</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.336.491/SP, da 4ª Turma. Relator: MARCO BUZZI. DJe de 13 dez 2012.

<sup>131</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 493.882/DF, da 4ª Turma. Relator: RAUL ARAÚJO. DJe de 18 set 2012.

<sup>132</sup> Idem

CONTRATUAL. FORO DE ELEIÇÃO. CONTRATO DE FRANQUIA. LOCAL DO DANDO. LOCAL DO DOMICÍLIO DO RÉU. COMPETÊNCIA TERRITORIAL RELATIVA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. JULGAMENTO CONJUNTO COM O RESP 930.875/MT. 1.- A competência para a ação que visa à reparação de danos, fundada em responsabilidade contratual ou extra-contratual, deve ser proposta no local onde se produziu o dano não no domicílio do réu. Trata-se, no entanto, de competência territorial relativa que, portanto, pode ser derogada por contrato, de modo a prevalecer o foro de eleição. 2.- Não desfaz a validade do foro de eleição a circunstância do ajuizamento da ação, decorrente de contrato de franquia, como ação indenizatória, porque esta sempre tem como antecedente a lide contratual. 3.- Inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de franquia, não se admite a alegação de abusividade da cláusula de eleição de foro ao só argumento de tratar-se de contrato de adesão. 4.- Recurso especial provido, com determinações e imediata remessa dos autos ao Juízo do foro de eleição (Rio de Janeiro), realizado o julgamento em conjunto com o REsp 930.875/MT.<sup>133</sup>

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO INSERTA

---

<sup>133</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.087.471/MT, da Terceira Turma. Relator: Sidnei Beneti, DJE de 17 junho 2011.

EM CONTRATO DE FRANQUIA - VALIDADE, DESDE QUE NÃO SE VERIFIQUE A HIPOSSUFICIÊNCIA DO ADERENTE E A INVIABILIZAÇÃO DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO – VALOR XPRESSIVO DO CONTRATO E NÃO DEMONSTRAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Levando-se em conta os expressivos valores pactuados no contrato de franquia sub judice e a não demonstração de inviabilização do acesso ao Poder Judiciário, uma vez que o fato isolado da empresa-recorrida não se encontrar em atividade, em virtude da rescisão ora discutida, não é suficiente para considerar inviável a defesa de seus direitos no foro contratado, tem-se que as empresas, ora litigantes, são suficientemente capazes, sob o enfoque financeiro, jurídico e técnico, para demandar em qualquer comarca que, voluntariamente, assim contrate; II - Recurso Especial conhecido e provido.<sup>134</sup>

Por fim, um julgado do TJRJ também nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FRANQUIA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA. Não se enquadrando a pactuação havida entre as partes no conceito de relação de consumo, por tratar-se de contrato de franquia, não é aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Afastada a incidência do Código de Defesa do Consumidor, impõe-se o reconhecimento da

---

<sup>134</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 813.481/DF, 4ª Turma. Relator: Massami Uyeda. DJe de 30 junho 2008.

incompetência da Câmara Cível Especializada nos termos do art. 3º, § 1º da Lei Estadual 6375/12 e art. 6º-A do Regimento Interno do Tribunal de Justiça.<sup>135</sup>

Crê-se que está claro que a jurisprudência vem consagrando a melhor doutrina, conforme exposto anteriormente.

### 3. Conclusão

Ao longo deste trabalho, tentou-se abordar e desenvolver temas jurídicos pertinentes ao sistema de Franquia, modelo empresarial tão relevante e tão pouco explorado pela comunidade jurídica.

De todas as características analisadas, crê-se que duas devem sobressair-se ao se pensar em *Franchising*.

A primeira é que a Franquia Empresarial representa um *sistema* ou um modelo econômico-comercial, que agrega diversos atores econômicos trabalhando em *parceria profunda*. A segunda é que o *formato*, a *padronização* do negócio, é característica das mais valorizadas na Franquia Empresarial, levando-se à constatação de que o franchising é negócio formatado, como ensina Irineu Mariani. Isto pelo fato do franqueador licenciar o uso de sua marca e sinais distintivos da mesma a outros empresários como forma de expansão. É dizer que a empresa (atividade empresarial) será exercida por diferentes empresários autonomamente e com total responsabilidade sobre sua atividade, mas com tal coordenação e padronização entre eles que para o público e os clientes a diferenciação entre os dois agentes econômicos não estará evidente.

O formato tem tanta relevância para a Franquia que é visto em três dimensões - *engineering*, *management* e *marketing* – que revelam a forma visual, a forma de administrar e a forma de produzir/distribuir do Franqueado. Estes elementos unidos dão gênese ao Franqueado, um ente jurídico autônomo, porém semelhante em imagem e na forma de se portar e posicionar no mercado ao

---

<sup>135</sup> RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. AC nº 0009307-38.2010.8.19.0061, da 24ª Câmara Cível Especializada. Relator: JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO. Publicado em 11 out 2013.

Franqueador. O Franqueador tem a função precípua de ser o comandante, gerindo o negócio, estudando o mercado, dando suporte aos seus franqueados e direcionando o caminho de todos.

Desta forma, existem alguns elementos estruturais *sine qua non* do Sistema (apontados no ponto 1.4). A lei (Lei nº 8.955/94) aponta alguns deles; não todos. Sobra para a doutrina a missão de demonstrar toda a complexidade do sistema de Franquia.

Entretanto, existem diversos pontos de discordância dos autores. Um deles é a natureza jurídica do contrato de Franquia Empresarial. Entende-se, e a jurisprudência vem confirmando isto, que a sua natureza é de *contrato complexo* ou *híbrido*, pois é um contrato que possui diversas facetas que não podem ser separadas, sob pena de descaracterização do sistema empresarial que representa.

Modernamente, todo contrato deve ser visto segundo sua função social. É o que impera a atual Constituição da República (1988) e o presente Código Civil (2002). A função social da Franquia Empresarial é das mais celebrada vez que é amplamente escolhida como forma de entrada no mercado por comerciantes inexperientes. Como o ônus de gerir o negócio é do franqueador, o comerciante-franqueado vale-se do sistema para o aprendizado e para o acúmulo de experiência e bagagem cultural específica.

Por fim, quanto à relação entre franqueado e franqueador, pode-se dizer que ela não é uma relação de consumo, à luz da jurisprudência atual do STJ, que consagra a Teoria Finalista Aprofundada para a caracterização de consumidor (art. 2º, CDC). Isto porque, tomando como base as explicações do ex-ministro do STF Carlos Alberto Menezes Direito, o franqueado não é destinatário final e/ou vulnerável, bem como há impossibilidade técnica da subsunção da Lei de Franquias no Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, embora haja a impossibilidade de classificar a relação franqueado-franqueador como de consumo, não significa que o Franqueado não esteja protegido contra os possíveis excessos do Franqueador. Há todo um arcabouço jurídico de modo a reger esta relação, tendo como base a Lei de Franquias e o Código Civil, bem como a doutrina e jurisprudência pátria.

#### 4. Bibliografia

- ABRÃO, Nelson. **Da Franquia Comercial (Franchising)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan 2002, P. 1
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 novembro 1990, P. 1 (SUPLEMENTO).
- BRASIL. Lei nº 1.521 de 26 de dezembro de 1951. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. DOFC, 27 dez 1951, P. 18802
- BRASIL. Lei nº 8.955 de 15 de novembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 dez 1994, P. 19733
- BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 maio 1996, P. 8353.
- BRASIL. Medida Provisória 2.200-2 de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Diário Oficial Eletrônico, Brasília, DF, 27 ago 2001, P. 65
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Cartilha - O que é Franquia?**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1196794000.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1196794000.pdf)>. Acesso em 07.04.2014.
- BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 13.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- CVC. **Franquias** CVC. Disponível em: <<http://www.cvc.com.br/lps/franquias/index.aspx>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor** IN Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. v. 18. n. 1, jan/jun. 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo curso de direito civil**. volume 4.1. Contratos: teorial Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. livro digital, epub.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. 8. ed. Rio de janeiro: Editora Forense, 1981.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito Civil: Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- INPI. **Conheça o INPI**. Disponível em: <[http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/conheca\\_o\\_inpi](http://www.inpi.gov.br/portal/artigo/conheca_o_inpi)>. Acesso em: 31 jul. 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **ISS e as Atividades de Franchising** in Revista de Direito Tributário, n. 64, Malheiros Editores.
- LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais: atualizados pelo código civil 2002 e leis posteriores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARQUES, Claudia Lima in BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 71.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Imposto sobre Serviços**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Vol. III.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. **O Contrato de Franquia (Franchising):** Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime. Coimbra: Almedina, 2001.
- SANTOS, Eduardo Sens. **O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais:** Exame da Função Social do Contrato, in Revista Brasileira de Direito Privado, n. 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2002, p. 29
- SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising:** Aspectos jurídicos e contratuais. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- TARTUCE, Flavio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** Direito material e processual. volume único. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Editora Método, 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol.3. 10.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito Comercial:** Contratos empresariais em espécie (segundo a sua função jurídico-econômica). Volume 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



**UNIRIO - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro**

**Centro de Ciências Jurídicas e Políticas - CCJP  
Escola de Ciências Jurídicas - ECJ**

Ata da Banca Examinadora de Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Aos \_\_\_\_\_ dias do mês de \_\_\_\_\_ de dois mil e \_\_\_\_\_, às \_\_\_\_\_, no Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, reuniu-se a Banca Examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado: “ \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_” do(a) aluno(a)

matrícula \_\_\_\_\_, constituída pelos Professores

Após a exposição do(a) aluno(a), procedeu-se a análise e considerações dos componentes da Banca Examinadora, que, ao final, concluiu por atribuir ao trabalho a nota

E, nada mais havendo a tratar, lavrou-se a presente ata que vai assinada pelos componentes da Banca Examinadora e pelo(a) aluno(a).

Professor(a) Orientador(a): \_\_\_\_\_

Membro da Comissão Examinadora: \_\_\_\_\_

Membro da Comissão Examinadora: \_\_\_\_\_

Aluno(a): \_\_\_\_\_