

**A EVOLUÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL NO DIREITO
BRASILEIRO E SOLUÇÕES PARA UM DESEQUILÍBRIO CONGÊNITO**

**THE EVOLUTION OF THE FRANCHISE SYSTEM IN BRAZILIAN LAW AND
SOLUTIONS FOR A CONGENITAL DESEQUILIBRIUM**

Alberto Lopes da Rosa

RESUMO

O artigo então desenvolvido busca analisar os contratos de franquia empresarial, em especial no que se refere a relação estabelecida entre franqueador e franqueado, a análise se dá a partir da gênese deste peculiar sistema de negócios até a sua incorporação ao ordenamento jurídico, com especial enfoque sobre os aspectos mais relevantes da Lei n.º 8.955/94, notadamente no que tange a relação entre as partes, de modo a revisitar a discussão sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia, tendo em vista o denominado desequilíbrio congênito destes contratos, expresso na vulnerabilidade econômica do franqueado em relação ao franqueador.

**PALAVRAS CHAVES: FRANQUIA – CONTRATOS EMPRESARIAIS –
VULNERABILIDADE ECONÔMICA - DESEQUILÍBRIO CONGÊNITO.**

ABSTRACT

The article then developed seeks to analyze the franchise agreements, in particular as regards the relation between franchisor and franchisee, the analysis starts from the genesis of this peculiar business system until its incorporation into the legal system, with special focus on the most relevant aspects of Law n.º 8,955/94, especially regarding the relation between the parties in order to revisit the discussion about the enforcement or not of the Code of Consumer Protection to franchise agreements, in order to the called congenital disequilibrium of these contracts, expressed in the economic vulnerability of the franchisee against the franchisor.

**KEYWORDS: FRANCHISE – COMMERCIAL CONTRACTS - ECONOMIC
VULNERABILITY - CONGENITAL DISEQUILIBRIUM**

1. INTRODUÇÃO

A atuação empresarial requer dos agentes econômicos uma atuação cada vez mais dinâmica, baseada na busca de soluções criativas para solucionar os problemas que surgem com o exercício da atividade empresária, seja com o enfrentamento de obstáculos econômicos, logísticos ou até mesmo jurídicos.

O conservadorismo peculiar ao direito tende a dificultar a atuação do jurista, pois a rigidez do sistema normativo acaba por não acompanhar a versatilidade e rapidez com que as práticas empresariais se estabelecem.

É justamente nesse contraponto entre o surgimento de novos negócios criados pela atuação empresarial e a incorporação destes ao ordenamento jurídico que o presente trabalho se propõe, descrevendo um breve histórico a partir do surgimento do sistema de franquias, ainda como uma maneira de efetuar a distribuição de mercadorias nos Estados Unidos e o sucesso e expansão deste sistema.

Superada esta primeira parte histórica, o presente estudo buscará traçar o conceito de franquia empresarial, para isso, além da própria definição contida na Lei de Franquia Empresarial (Lei n.º 8.955/94), serão também verificados os pioneiros estudos de Rubens Requião e Fabio Konder Comparato, cujas opiniões expressadas, apesar de divergentes, contribuem para entender a *ratio* de um contrato de franquia.

Em seguida abordar-se-á evolução do regramento dos contratos de franquia no direito brasileiro, destacando a importância do Código de Ética da Associação Brasileira de Franchising, em especial antes da edição da Lei n.º 8.955/94, bem como os aspectos mais relevantes do *novel* diploma legal, notadamente no que tange a relação entre as partes.

Por fim, optou-se por revisitar a discussão sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia, tendo em vista o denominado desequilíbrio congênito destes contratos, expresso na vulnerabilidade econômica do franqueado em relação ao franqueador.

2. ASPECTO HISTÓRICO

O grande crescimento populacional ocorrido ao longo dos últimos séculos associado ao desenvolvimento do sistema capitalista de produção e as consequentes inovações tecnológicas deu ensejo à formação de uma economia de massa, cuja demanda por produtos e serviços passou a ocorrer dar em larga escala.

Com o surgimento de uma sociedade de consumo foi possível verificar que, após a superação dos desafios tecnológicos que permitiram efetuar a produção em massa, havia a necessidade de buscar meios eficientes para o escoamento de mercadorias. Assim, o cerne da questão deslocou-se do processo de produção para a distribuição da mercadoria.

Cabe ressaltar que a produção em massa ampliou geograficamente o mercado consumidor, pois com o implemento de meios de transporte mais rápidos, como ferrovias e navios movidos a vapor, os produtores passaram a ter menos custos com o escoamento de mercadorias. Além disso, a diminuição do tempo de transporte de mercadorias ensejou em um encurtamento de distâncias, a permitir que mercadorias produzidas na costa leste norte-americana abastecessem a costa oeste e vice e versa.

Com um mercado geográfico cada vez maior, mostrava-se bastante oneroso aos produtores concentrar as atividades de produção e distribuição, caracterizando uma grande perda de eficiência, contrária as exigências impostas pelo modelo de uma sociedade de consumo.

Assim, a antiga forma de distribuição de mercadorias, na qual o produtor se ocupava tanto da produção quanto da distribuição de mercadorias, revelava-se cada vez mais custosa e ineficiente, o que indicava a latente necessidade de verificar novas formas de distribuição de mercadorias.

Neste diapasão, foi possível observar, em um país com dimensões continentais como os Estados Unidos, o movimento de grandes companhias que na busca por soluções para distribuição de seus produtos no vasto território norte-americano, desenvolveram o embrião de um sistema¹ que hoje denominamos franquia empresarial.

Em 1850, a fabricante de máquinas de costura *Singer Sewing Machine Company*, ao invés de efetuar por si mesma a distribuição de seus produtos, decidiu conceder a comerciantes independentes direitos de comercializar a sua linha de produtos. Esses

¹ A opção pelo vocábulo sistema ocorre em virtude da definição de Franquia contida no artigo 2º da Lei n.º 8.955/94 (Lei da Franquia Empresarial).

comerciantes independentes podiam fazer o uso da marca, desfrutando, portanto, o prestígio do nome Singer², já amplamente consolidado no mercado norte-americano a época.

Na última década do século XIX, a General Motors utilizou-se de sistema semelhante àquele implantado pela Singer, para expandir a sua rede de revenda de automóveis, dando início as chamadas concessionárias de veículos.

Também nesta última década, como estratégia de mercado para melhor distribuição de seu produto, a Coca-Cola optou por franquear a terceiros não apenas o uso de sua marca, mas a própria produção e envasamento de seu produto.

Por conter alguns dos elementos que, conforme se verá a seguir, torna a franquia um sistema com especificidades que vão além do simples uso da marca, a fabricante de bebidas Coca-Cola foi quem deu o primeiro passo para dar uma identidade própria ao contrato de franquia. Assim, apesar de não marcar a gênese dos contratos de franquia, a franquia da Coca-Cola caracteriza um importante salto na evolução destes contratos, pois além das obrigações relativas à cessão de uso da marca, a franqueadora passa também a ceder ao franqueado sua tecnologia, ou seja, o *know-how* ou *savoir-faire*.

Com o sucesso do sistema nos Estados Unidos, em especial pela valiosa contribuição das forças sociais do período do pós-guerra na segunda metade do século XX, o denominado *franchise boom*³, a franquia se espalhou por todo o mundo.

3. O CONCEITO DE FRANQUIA EMPRESARIAL

Através da doutrina é possível depreender alguns conceitos de franquia empresarial. Apesar de inexistir grandes divergências entre estes conceitos, é importante observar algumas das peculiaridades apontadas pelos diferentes autores.

Caio Mário da Silva Pereira leciona que o contrato de franquia consiste em *uma autorização de nome e marca que uma empresa (sic) cede a outra com prestação de serviços*⁴.

Apesar de sua usual técnica jurídica, a definição dada pelo referido autor não parece ser a mais apropriada, pois pode induzir o leitor a erro, por confundir nome empresarial e marca, haja vista que o nome empresarial representa a denominação ou firma sob a qual uma

²[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/35824D3A007ACC0403256FB00062CAD1/\\$File/NT000A4792.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/35824D3A007ACC0403256FB00062CAD1/$File/NT000A4792.pdf)

³ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *Natureza jurídica do contrato de franchising in* Revista dos Tribunais, vol. 653, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 54.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III, X Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

pessoa, seja física ou jurídica, exerce a empresa, ao passo que a marca reflete *o designativo que identifica produtos e serviços*⁵. Como bem observa José Carlos Tinoco Soares *é com a firma que se comparece em juízo, para acionar ou eventualmente ser acionado, é pela inscrição e registro da firma que se dá início ao exercício legal das atividades*⁶.

Importante ainda verificar que, de acordo com *caput* do artigo 1.164 do *Codex*, *o nome empresarial não pode ser objeto de alienação*. De modo diverso, o artigo 130 do Código de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/96), dispõe que ao titular da marca é assegurado o direito de: *I - ceder seu registro ou pedido de registro; II - licenciar seu uso* ou seja, a marca além de poder ser alienada por seu titular, também pode ser objeto de licença de uso, tal qual ocorre nos contratos de franquia.

Para Orlando Gomes, a franquia *é a 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*⁷.

Conforme ressalva Waldirio Bulgarelli⁸, a definição dada por Orlando Gomes, não parece equivocada, todavia, é preciso entender de maneira mais ampla a noção de marca e produto, haja vista que também podem estar abrangidos no contrato de franquia disposições sobre título de estabelecimento e serviços.

O comercialista Fran Martins propõe uma definição mais extensa, lecionando que a franquia é:

*O contrato que liga uma pessoa a uma empresa (sic), para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a essas estejam ligadas por vínculo de subordinação. O franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos*⁹.

Com o advento da Lei n.º 8.955/94, tornou-se possível extrair do próprio diploma legal o conceito de franquia empresarial, veja-se:

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,

⁵ COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89.

⁶ SOARES, José Carlos Tinoco. *Nome comercial*. São Paulo: Atlas, 1968, p. 37.

⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 578.

⁸ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*, 12ª Ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 530.

⁹ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 7ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 567-568.

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.

Ao definir a franquia como um sistema de relações, o legislador confirmou ser esta um contrato e, além disso, indicou ser esta um contrato complexo, isto porque, apesar da tipicidade, a qual lhe acarreta uma presunção de unidade, tal contrato é, na verdade, a união de vários outros contratos que, quando juntos, formam o contrato de franquia empresarial.

A própria jurisprudência dos Tribunais Superiores tem confirmado esse entendimento ao afirmar ser a franquia um contrato autônomo e complexo, buscando, portanto, afastar teses que buscam configurá-lo como diferentes contratos, conforme se depreende da leitura de trecho do voto do Ministro Franciulli Netto, *in verbis*:

Por ser um contrato autônomo e complexo, não há falar tão somente na cessão de marca ou da prestação de serviços, de forma isolada. Ocorre, em verdade, um conjunto de atividades abarcadas pelo contrato de franquia, sem que se possa conceber a preponderância de uma atividade em detrimento de outra. Permitir a primazia da cessão de marca em face da prestação de serviço, *data maxima vênia*, significa transformar o contrato de franquia em contrato de locação. Seguindo esse raciocínio, conceder preeminência à prestação de serviços em face da cessão de marca importa em transfigurar o contrato de franquia em contrato de prestação de serviços¹⁰

Também no mesmo sentido, importante destacar a transcrição de trecho de obra de Marçal Justen Filho¹¹ em voto da lavra do Ministro José Delgado, veja-se:

A franquia é um contrato complexo nessa acepção. É inviável nela divisar a conjugação de uma pluralidade de contratos autônomos (senão em acepção que será adiante apontada), que se somam por justaposição. Não se trata da cumulação de contrato de cessão de marca com contrato de transferência de tecnologia e outros contratos, cada um com individualidade própria. Há um plexo de deveres impostos a ambas as partes, onde a transferência de tecnologia é indissociável da cessão do uso de marca e dos demais pactos. Esses deveres não são unilaterais, muito pelo contrário. Incumbe a ambas as partes a execução de inúmeras obrigações de fazer. Isso torna inviável a

¹⁰ STJ, REsp 403.799, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19/02/2004, DJ 26/04/2004, p. 159.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *ISS e as atividades de "Franchising"* in Revista de Direito Tributário, vol. 64, São Paulo: Ed. Malheiros, p. 242/256.

dissociação de obrigações de fazer, para fins de identificação de “prestação de serviço”.¹².

O contrato de franquia não se confunde com nenhum outro contrato, porquanto possui delineamentos próprios que lhe concederam autonomia. As características dos diferentes contratos que formam o sistema de franquia podem estar presentes em diferentes proporções, a depender do tipo de negócio, como exemplo de contratos que integram o contrato de franquia tem-se o contrato de fornecimento; de cessão de uso de marca, de tecnologia e/ou de exploração de invento; de prestação de serviço de assistência dentre outros¹³.

Apesar de ser um contrato híbrido, a análise do jurista deve estar atenta para não confundi-lo como uma fusão de vários contratos específicos que poderiam ser analisados em separado, isto porque a franquia não se constrói sobre cada um dos contratos que compõem o sistema, mas pela soma dos diversos ângulos cujo resultado constitui o próprio contrato de franquia.

Neste diapasão, mesmo tendo o legislador tipificado o contrato de franquia, cabe ao jurista identificar a disciplina jurídica que lhe é aplicável, esta identificação, nas palavras de Tullio Ascarelli, *não pode assentar em elementos formais ou no uso de palavras ou fórmulas sacramentais: pode assentar apenas na função econômica de cada contrato*¹⁴.

Assim, sendo a franquia um contrato, e mais especificamente um contrato empresarial¹⁵, celebrado apenas entre pessoas que exercem profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, é importante perquirir a função econômica deste contrato.

¹² STJ, REsp 222.246, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 13/06/2000, DJ 04/09/2000, p. 123.

¹³ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 248.

¹⁴ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 62-63.

¹⁵ No atual estágio da ciência jurídica brasileira, por contratos empresariais entendem-se aqueles celebrados exclusivamente entre empresários, afinal, antes mesmo da vigência do Novo Código Civil, a consolidação do direito do consumidor como ramo autônomo e, inclusive, com diploma legal próprio, Lei n.º 8.078/90, já permitia aos juristas compreenderem como tacitamente revogado o previsto na 2ª parte do art. 191 do Código Comercial, *in verbis*: É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante.

3.1. A Função Econômica do Contrato de Franquia

O jurista italiano Enzo Roppo leciona que *as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação econômica.*

Entre os autores mais recentes, Paula Andrea Forgioni, ao tratar dos contratos empresariais, explicita que ao se vincularem, os empresários têm em vista determinado escopo, o qual se confunde com a função do que esperam do negócio, tendo, portanto, todo o negócio uma função econômica.¹⁶

Pensar a função econômica de um contrato é debruçar-se sobre a razão da existência de um negócio, buscando entender qual a necessidade que cada uma das partes visa satisfazer com a celebração de dado acordo.

Nesta esteira, é possível observar que a função econômica do contrato de franquia muito se assemelha aos hoje denominados contratos de distribuição, isto porque, ambos correspondem a um meio empregado por empresários para o escoamento de mercadorias, em busca de expansão mercadológica, sem que seja necessário arcar com os grandes custos de manutenção de uma grande rede de distribuição própria (imóveis, empregados, tributos, dentre outros).

Ao tomar por base a função econômica, tem-se que o contrato de franquia é uma espécie do gênero *Contratos de Distribuição*. Ressalva-se, entretanto, que dentro deste gênero já existe um contrato denominado contrato de distribuição.

Assim, importante é verificar a lição de Paula Andrea Forgioni expressada em tese de livre-docência cujo título é contrato de distribuição, na qual explica que a nomenclatura sedimentou-se desta forma, pois o nome atribuído pelo direito ao contrato – concessão mercantil¹⁷ - não foi incorporado pelos agentes econômicos, veja-se:

¹⁶ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

¹⁷ A definição de concessão mercantil pela doutrina pátria, com respaldo principalmente em estudo pioneiro de Rubens Requião, toma por base a lição de Champaud: *Une convention par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d'un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer, exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant une période limitée et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé.* (CHAMPAUD, Claude. *La concession commerciale in* *Révue Trimestrielle de Droit Commercial*, n.º 24, 1963, p. 471 *apud* FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de distribuição*, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 55-56).

A primeira observação que a realidade impõe diz respeito ao próprio nome do contrato. *Concessão comercial (ou Concessão de venda)*, embora bastante referido pela doutrina, não foi de todo incorporado pelos agentes econômicos que, simplesmente, o denominam contrato de distribuição¹⁸.

Desta forma, esclarece-se que no presente trabalho quando for utilizado o termo *Contrato de Distribuição*, estar-se-á falando sobre o gênero, ou seja, no sentido mais amplo do termo e que de acordo com Vera Helena de Mello Franco¹⁹ engloba a comissão, a agência, a representação comercial autônoma, a concessão mercantil e a franquia. De outro turno, toda referência feita a contrato de distribuição será em sentido estrito, correspondendo à espécie, sendo aquele o gênero do qual este e o contrato de franquia são espécies.

Feita a devida ressalva, cabe ainda ressaltar que diferentemente dos contratos de distribuição, a franquia não representa apenas uma forma de escoamento de mercadorias, pois também pode englobar atividades de prestação de serviços, tais como cursos de idiomas, serviços de hotelaria e outros, além disso, existem alguns aspectos inerentes ao contrato de franquia, vulgarmente denominados *engineering, management e marketing*, que são meramente acessórias a um contrato de distribuição e, em regra, não estão presentes neste. Conforme leciona Nelson Abrão, *in verbis*:

A franquia implica para a empresa franqueadora, titulares do direito sobre uma marca de fábrica, de comércio ou de serviços, ou sobre uma insígnia, na colocação à disposição das empresas franqueadas, mediante remuneração, em primeiro lugar, de um saber fazer, isto é, de um conjunto permanente de meios e de assistência facilitando o êxito do franqueado e, em segundo lugar, de uma coleção de produtos ou serviços, oferecidos de maneira original e específica, explorada obrigatória e totalmente segundo as técnicas uniformes previamente utilizadas e constantemente ajustadas²⁰.

O pagamento de um determinado valor pelo franqueado para poder passar a integrar a rede do franqueador, acrescido de pagamentos periódicos, dados em regra sobre a forma de percentuais, associados aos aspectos relativos a prestação de serviços - *engineering, management e marketing* – pelo franqueador, são traços que demonstram ser a franquia um tipo contratual específico. Importante ressaltar ainda que o franqueado renuncia em parte a sua autonomia empresarial, para em troca disso, receber como benefício a licença do uso da marca e a prestação dos serviços de *engineering, management e marketing*.

¹⁸ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de distribuição*, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 56-57.

¹⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Op. Cit.*, p. 223.

²⁰ ABRÃO, Nelson. *A lei de franquia empresarial in* Revista dos Tribunais, vol. 722, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 26.

Assim, para melhor compreender a diferença entre a concessão mercantil e a franquia, e explicar mais detalhadamente esses aspectos específicos à franquia empresarial, faz-se mister, no âmbito da doutrina pátria, o estudo das opiniões divergentes de Rubens Requião e Fabio Konder Comparato.

3.2. A Franquia e a Concessão Mercantil

Tendo verificado o conceito de franquia empresarial, importante será verificar o contrato de concessão mercantil, de modo a perquirir se a franquia e a concessão mercantil são institutos análogos. Para tanto, importante são os estudos de Rubens Requião e Fabio Konder Comparato, que na década de setenta desenvolveram teses opostas em relação a esta questão.

Para Rubens Requião²¹ inexistiria qualquer diferença entre a franquia empresarial²² e a concessão mercantil com exclusividade. O termo anglicano franchising não seria qualquer novidade, pois este supostamente novo contrato já existiria no Brasil há muito tempo, todavia, sob a denominação de concessão mercantil.

Fabio Konder Comparato²³ rechaça a posição de Rubens Requião destacando que a concessão de venda é exclusivamente contrato de distribuição de produtos; sendo a licença de uso de marca ou eventual prestação de serviço por parte do concedente um mero acessório ao pacto principal o qual estipula exclusividade na distribuição do produto fabricado pelo concedente em uma dada região geográfica, ao passo que na franquia o essencial é a licença de utilização da marca e a prestação de serviços de organização e métodos de venda pelo franqueador ao franqueado.

Prossegue ainda destacando que diversamente da concessão mercantil na qual o concessionário é um simples intermediário entre o concedente e o consumidor, na franquia pode o próprio franqueado ser produtor de mercadorias ou o prestador de serviços.

A prestação de serviços de organização e métodos de venda pelo franqueador ao franqueado demonstra-se claramente distinta da simples licença de marca, e comporta uma maior subordinação do franqueado ao método de negócio já estabelecido pelo franqueador,

²¹ REQUIÃO, Rubens. *Contrato de franquia ou concessão de vendas* in Revista dos Tribunais, vol. 513, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 41-62.

²² Preferiu-se utilizar a denominação atual, todavia, os estudos tanto de Rubens Requião quanto de Fabio Konder Comparato utilizam-se da antiga denominação franquia comercial.

²³ COMPARATO, Fabio Konder. *Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?* in Revista Forense, vol. 253, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1976, p.7-14.

como leciona Waldirio Bulgarelli, *o franquiador, antes de mais nada, pode planejar a própria montagem material do negócio do franquiado (local e instalações)*²⁴.

Essa prestação comporta três aspectos fundamentais, vulgarmente conhecidos como: *engineering, management e marketing*. O *engineering* corresponde ao plano e especificações gerais elaborados pelo franqueador para a reforma e adaptação do prédio onde o franqueado desenvolverá suas atividades, enquanto o *management* diz respeito ao adestramento do pessoal do franqueado, bem como com a organização contábil e administrativa; já o *marketing* relaciona-se aos métodos de comercialização, estudo de mercado, publicidade, etc.

Desta forma, por meio da prestação destes três serviços, que são essenciais na franquia, é possível traçar de modo sucinto a distinção entre a franquia e a concessão mercantil, usufruindo o franqueado da experiência do franqueador no mercado em que atua.

Há na franquia, portanto, uma comunhão de interesses econômicos entre franqueador e franqueado, o que expressa uma interdependência entre eles, no qual o êxito do franqueado está em função da boa reputação da marca e o do franqueador na habilidade e operosidade dos seus franqueados.

Logo, verifica-se como forçosa a tentativa de enquadrar a franquia como um tipo de concessão mercantil, mesmo que seja com exclusividade, pois aquela se demonstra muito mais ampla, não se reduzindo a simples revenda de produtos, mas também a prestação de serviços, ademais, a ingerência do franqueador sobre o franqueado é muito maior que a do concedente sobre o concessionário.

4. A EVOLUÇÃO DO REGRAMENTO DOS CONTRATOS DE FRANQUIA E A RELAÇÃO ENTRE AS PARTES

A atividade empresarial requer de seus agentes uma grande engenhosidade para atuação no mercado. Como um direito de origem tipicamente costumeira, os fenômenos no direito comercial surgem, em regra, da prática e, muito raramente o jurista antecede o empresário. A prática empresarial cria o fenômeno e o direito posteriormente o modela de modo a equacionar os interesses sociais com os do mercado.

Assim, o surgimento da maioria dos contratos empresariais deu-se na prática, para só posteriormente serem regulados pelo direito. Com o contrato de franquia não foi diferente, tendo este surgido, conforme relatado no início do presente estudo, como uma forma de

²⁴ BULGARELLI, Waldirio. *Op. Cit.*, p. 534.

expansão mercadológica e de escoamento de mercadorias e, por meio de seu sucesso, foi difundido pelo mundo.

No Brasil apesar de existirem franquias desde os idos dos anos setenta, a posituação destes contratos no ordenamento jurídico só se deu em 15 de dezembro de 1994, quando foi editada a Lei n.º 8.955/94.

Todavia, antes do referido diploma legal já havia iniciativas que buscavam equacionar o interesse de franqueados e franqueadores, um desses exemplos foi a criação, em 1987, da Associação Brasileira de Franchising – ABF, com sede em São Paulo e que congrega tanto franqueadores quanto franqueados, além de consultores.

4.1. Do Código de Ética da ABF à Lei de Franquia Empresarial (Lei n.º 8.955/94).

Em momento anterior a edição de legislação específica a disciplinar os contratos de franquia, ou seja, quando este era atípico e regido pelas regras gerais aplicáveis aos contratos, a ABF criou um Código de Ética, para estabelecer os princípios e regras e as condições básicas a serem observadas no dia-a-dia, em especial no que tange a relação entre o franqueador e franqueado. O referido código pretendia-se um código das boas condutas, baseados nas normas de direito brasileiro, nas práticas mercantis utilizadas no mercado brasileiro e também no código de ética da Associação Internacional de Franchising - IFA²⁵.

Quanto aos objetivos, nota-se que o Código de Ética da ABF visa consagrar alguns princípios fundamentais ao sucesso do sistema, prevendo sobre a parceria empresarial, deveres de colaboração recíproca entre as partes, por meio de um equilíbrio de direitos e obrigações, conforme dispõe o artigo 2º, veja-se:

Artigo 2º O presente Código de Ética tem como finalidade precípua disciplinar à conduta de Franqueadores, Franqueados, Fornecedores e Prestadores de Serviço do Sistema de Franchising, e, no que couber, de instrutores da Associação Brasileira de Franchising (ABF), tendo como objetivos:

I - Criar um ambiente de respeito mútuo e observação de regras sociais de urbanidade e boa convivência;

II - Determinar de forma objetiva os direitos e deveres de todos associados;

III - Estabelecer normas de conduta e boas práticas para atuação no Sistema de Franchising²⁶.

²⁵ Cf. BARROSO, Luiz Felizardo. *A importância de um código de ética in* Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 3, n.º 9, 2000, p. 158-173.

²⁶ Código de Ética da Associação Brasileira de Franchising, disponível em http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Codigo_de_Etica.pdf

Apesar do Código de Ética prever as diretrizes para propiciar um ambiente de respeito mútuo e observação de regras de boa convivência entre as partes do contrato de franquia, é importante observar atentamente o inciso II do artigo acima transcrito, no qual consta a palavra *associados*, o que destaca o fato de não poder um Código de Ética impor obrigações àqueles que não estão associados a uma determinada entidade.

Isto porque os Códigos de Deontologia só vinculam os membros do agrupamento profissional a que se dirigem e não tem sequer o valor de regras costumeiras ou de usos transnacionais (*lex mercatoria*). O seu valor de uso só foi reconhecido pelos tribunais na medida em que os contratos se lhe referiam²⁷.

A despeito de não terem força cogente sobre todos os agentes que atuam no mercado, mas tão somente aos associados, o Código de Ética da ABF representou e ainda representa uma forma de auto-regulação a impor um padrão de conduta aqueles que integram a associação, padrão este pautado em princípios, posteriormente positivados no ordenamento jurídico brasileiro, seja com o advento da Lei n.º 8.955/94, bem como do próprio Código Civil (Lei n.º 10.406/02).

Até a edição da Lei de Franquia Empresarial não havia no Brasil qualquer texto legislativo a regular especificamente a atividade de franquia, para elaboração e interpretação destes contratos no ordenamento jurídico pátrio, valiam-se os juristas dos princípios gerais de direito e das normas gerais aplicáveis aos contratos, além disso, também se utilizavam da analogia a outros contratos de direito empresarial, como os de transferência de tecnologia e a já debatida concessão mercantil.

Visto como uma alternativa mais segura do que a abertura de um negócio próprio, o sistema de franquia, já nos idos dos anos oitenta, sofreu uma grande expansão no mercado brasileiro, muitos interessados aderiam ao sistema acreditando ser este sistema um investimento garantido. Todavia, muitos não observavam que a adesão implicava na aceitação de um conjunto de direitos e deveres já pré-estabelecidos em um contrato de adesão.

De outro turno, a falta de clareza das informações também obstava o ingresso de investidores mais diligentes que, não tendo esclarecimentos pormenorizados das atividades, optavam pelo não ingressar em uma rede de franquia.

²⁷ BARROSO, Luiz Felizardo. *A importância de um código de ética* in Revista da EMERJ, v. 3, n.º 9. Rio de Janeiro: EMERJ, 2000, p. 158-173..

Neste cenário, o qual se pode dizer um tanto quanto nebuloso, foi possível verificar a necessidade de norma que viesse a disciplinar a relação entre as partes contratantes. E foi justamente neste sentido que parece ter sido o acerto do legislador que optou por centrar esforços na solução do principal problema existente nos referidos contratos, qual seja, a falta de transparência nas relações entre franqueador e franqueado, deixando certa flexibilidade, para que certas peculiaridades ficassem a cargo da autonomia da vontade.

4.2. A relação entre franqueador e franqueado e o denominado desequilíbrio congênito.

Os contratos de franquia empresarial são marcados por um desequilíbrio congênito, visto que por deter posição econômica em regra muito superior, pode o franqueador impor unilateralmente suas regras contratuais ao franqueado, regras essas, geralmente já pré-redigidas.

Na fase negocial de um contrato de franquia não há, em regra, discussão e negociação das cláusulas contidas no acordo, cabendo ao franquiado aceitar em bloco as cláusulas que compõem o contrato, ou seja, o franqueado adere aquele sistema, sem discutir o pactuado.

Assim, a lei de franquia empresarial, com o intuito a dar maior transparência ao contrato previu que o franqueador deve fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma Circular de Oferta de Franquia (COF) por escrito.

A Circular de Oferta de Franquia (COF), prevista no artigo 3º do diploma legal que rege as franquias, deve ser oferecida aos franqueados 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 texto completo do modelo de contrato-padrão.

A COF, portanto, figura como uma proposta na qual o franqueador revela várias informações ao pretendente a franqueado, para que este avalie a viabilidade em fazer parte de uma dada rede de franquia. Como uma proposta, importante é observar a previsão contida no artigo 4º da Lei de Franquia Empresarial²⁸, cuja redação prescreve o dever do franqueador em

²⁸ Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

entregar a Circular de Oferta de Franquia ao franqueado, com pelo menos 10 dias de antecedência à assinatura do contrato ou pré-contrato, sob pena de anulabilidade deste.

Nota-se assim, que caminhou bem o legislador impondo ao franqueador, parte contratual mais forte, um dever de informação àquela parte mais débil, o franqueado. Com isso, busca-se prevenir que a parte mais vulnerável do contrato assumira qualquer responsabilidade ou ônus sem possuir noção exata do negócio complexo em que vai se envolver.

Ainda sobre a COF, importante é observar o artigo 7º do diploma legal²⁹, de modo a verificar que antes mesmo da edição do Novo Código Civil, já era possível vislumbrar em textos legislativos os delineamentos do princípio da boa-fé contratual. É que o referido artigo prevê a possibilidade de sanções civis e penais a ser aplicado aquele que veicular informações falsas na COF, ou seja, àquele que faltar com a boa-fé.

A responsabilização cível compreenderá perdas e danos causados ao franqueado em virtude da falsa informação prestada, já a responsabilização penal é aquela contida no tipo penal previsto no artigo 171 do Código Penal, qual seja, o estelionato.

Apesar de o texto legislativo conter disposições que buscam trazer um equilíbrio entre franqueador e franqueado, por muito se cogitou que a tutela dos franqueados se desse com base no Código de Defesa do Consumidor, embasado principalmente na vulnerabilidade econômica do franqueado.

4.3 Aplicabilidade ou não do CDC aos contratos de franquia empresarial. O Código Civil de 2002 e os novos princípios contratuais.

Tendo verificado a existência do denominado desequilíbrio congênito nos contratos de franquia, a expressar uma maior vulnerabilidade do franqueado em relação ao franqueador, importante é perquirir se nesta relação é possível aplicar as regras contidas no Código de Defesa do Consumidor.

Pelo artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, é consumidor toda pessoa física ou jurídica que adquira ou utilize produto ou serviço como destinatário final, ou seja, aquele que retira a mercadoria ou se utiliza de serviço como último destinatário.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir 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.

²⁹ Art. 7º A sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Ocorre que o objeto do contrato de franquia não corresponde ao previsto no artigo 2º do CDC, e a tentativa de enquadrar esta relação como de consumo se mostra um tanto quanto forçosa seja no seu aspecto subjetivo, por não ser o franqueado um destinatário final, seja no âmbito objetivo, que corresponde à impossibilidade jurídica de dar preponderância a um dos ângulos do contrato de franquia.

Quanto ao aspecto subjetivo, o franqueado atua na verdade como um elo entre o franqueador e o consumidor, já quanto ao aspecto objetivo, vale rememorar que a franquia é um contrato complexo e autônomo, e que envolve diferentes ângulos, e não apenas o fornecimento de mercadorias, a franquia é um sistema de negócio, e o contrato que rege a relação entre as partes não pode ser desmembrado em vários outros contratos, sob pena de inviabilização da atividade empresária.

Apesar de demonstrar que tanto em aspecto objetivo quanto subjetivo é forçosa a equiparação do franqueado ao consumidor por ser a relação estabelecida através de um contrato de adesão, importante verificar se ao argumento de vulnerabilidade dos franqueados é possível aplicar o CDC aos contratos de franquia.

O artigo 29 do CDC³⁰ permite uma interpretação que, a primeira vista, permitiria a equiparação do franqueado ao consumidor, com o intuito de proteger o franqueado de eventual abuso de poder econômico por parte do franqueador, tomando a vulnerabilidade como a peça fundamental do direito do consumidor e o ponto de partida para uma interpretação dos contratos de forma a garantir uma igualdade material entre as partes.

Este equilíbrio fático de forças nas relações de consumo é a justificativa para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente³¹.

Nesta esteira, com base na vulnerabilidade é possível verificar na própria jurisprudência uma inclinação para *abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, de modo a admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.*³²

³⁰ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

³¹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Hermann V. e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 85-86 *apud* DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor in Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, n.º 38, p. 23-30, 2007.

³² STJ, REsp 476.428, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005, p. 390.

Todavia, o entendimento acima não parece aplicável aos contratos de franquia, isto porque o referido contrato é regido por lei especial a qual, apesar de não conter previsões exaustivas, em virtude da opção do legislador em permitir certa flexibilidade para a engenhosidade dos empresários, tem como principal objetivo o dever de informação contido principalmente no artigo 3º do diploma legal.

Não parece correto adotar uma conclusão precipitada pela qual se subordina o contrato de franquia ao CDC pura e simplesmente por ser este um contrato de adesão, no qual se expressa a vulnerabilidade da parte³³. Isto porque, o CDC também é lei especial e regula as relações de consumo. Pelo critério de interpretação das normas jurídicas, tem-se que as lacunas de lei especial, são preenchidas primeiramente pelo disposto em lei geral e não em outra lei especial.

Com o advento do Novo Código Civil, alguns princípios contratuais já amplamente observados na prática empresarial passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, assim a função social do contrato e a boa-fé passaram a nortear efetivamente o direito privado brasileiro.

Pode-se afirmar que os três princípios cardinais do regime contratual, a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos e a relatividade obrigacional, embora prestigiados pelo sistema, adquirem novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social dos contratos³⁴.

A função social do contrato encontra guarida no artigo 421 do *Codex*³⁵ e é com base na função social que ganha força a idéia de que o contrato não encerra uma relação posta em parênteses, encapsulada, de interesse exclusivo para as partes que se encontram vinculadas contratualmente³⁶. O interesse individual dos contratantes não pode ser contrário aos interesses extracontratuais, ou seja, mesmo no âmbito de uma relação privada, devem ser observados os interesses da sociedade como um todo, cabendo aos contratantes observar também os efeitos reflexos que emergem do contrato.

A função social do contrato corresponde, portanto, a uma evolução daquela concepção individualista baseada no liberalismo econômico para uma visão mais adequada ao movimento de socialização do direito contemporâneo, a indicar a prevalência dos interesses

³³ Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor* in Revista de Direito Renovar, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, n.º 38, p. 23-30, 2007.

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil – Tomo II*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 250.

³⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³⁶ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Maria Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

coletivos em detrimento aos individuais. Conforme se depreende da leitura do disposto no artigo 421, a função social atua inclusive como um limitador a liberdade de contratar.

A função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório³⁷.

Sendo a franquia empresarial um contrato empresarial cuja função econômica também engloba a distribuição, observa-se que a não observância aos ditames da função social pode até mesmo prejudicar a homeostase do mercado, ou seja, causar um prejuízo a livre concorrência e também aos consumidores.

Outro importante princípio positivado no Código Civil é a boa-fé, princípio que se desdobra em dois aspectos, a boa-fé subjetiva, também denominada psicológica e a boa-fé objetiva, concepção ética que requer uma conduta das partes em consonância com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial.

No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato³⁸.

E é com base justamente nesta concepção ética que a boa-fé está expressa no *Codex*, a exigir dos contratantes uma conduta leal para com a contraparte. Não se parte mais para a difícil análise subjetiva, pelo contrário, a boa-fé impõe uma diretriz de conduta a ser traçada no tráfico negocial, qual seja a atuação justa, proba e leal.

Cabe ressaltar que, a boa-fé não era uma novidade no ordenamento jurídico pátrio, pois o próprio Código Comercial, em seu artigo 131³⁹, hoje revogado, dispunha sobre a boa-fé como critério interpretativo dos contratos comerciais. Assim, a inovação trazida pelo novo código não foi a positivação da boa-fé em si, mas a transposição da boa-fé de subjetiva para

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III, 11ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13-14.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 16.

³⁹ Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

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

objetiva, deixando esta de ser apenas um cânone interpretativo (aspecto subjetivo) para na verdade impor um padrão de conduta a ser seguido (aspecto objetivo).

Justamente por ter deixado a esfera abstrata dos princípios para se enquadrar como norma cogente é que importa destrinchar o artigo 422 do *Codex*, *in verbis*:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Apesar do código se referir apenas as fases de conclusão e execução, é cediço que o respeito à boa-fé deve ser dado desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, pois também são fases de fundamental importância.

Neste diapasão, importante destacar a importância da boa-fé na fase pré-negocial dos contratos de franquia, para tanto, vale se socorrer da experiência estrangeira demonstrada por Monserie-Bon⁴⁰, ao expor decisão da Corte de Cassação Francesa sobre a discricionariedade em contratos de distribuição.

A referida corte decidiu que os critérios adotados pelos concedentes para escolha de seus possíveis concessionários devem ser objetivos, de modo a garantir as mesmas condições aos diversos candidatos, buscando evitar discriminação entre os vários candidatos, ou seja, criou-se uma proteção aos franqueados em face de eventuais arbítrios dos franqueadores.

No Brasil, pode-se observar que essa fixação de critérios objetivos está previsto na própria Lei de Franquias, isto porque, de acordo com o inciso V do artigo 3º da Lei⁴¹, a COF deve indicar o perfil do franqueado ideal, ou seja, ao analisar a proposta o franqueado já terá condições de verificar se atende aos requisitos solicitados pelo franqueador, o que de modo reflexo requer a justificativa do franqueador em casos de não aceitação de um interessado.

Outrossim, sendo a Circular de Oferta de Franquia uma proposta, esta deve estar consoante aos ditames da boa-fé, pois a mera entrega de uma COF a um eventual interessado já consubstancia o início da fase pré-contratual. Isto porque, como dito no parágrafo anterior, é necessário que o referido instrumento preveja o perfil de um franqueado ideal, logo em caso de não aceitação injustificada de um interessado, poderá este até mesmo, com base na boa-fé e

⁴⁰ Cf. MONSERIE-BON, M. H. *La conclusion du contrat de franchise: la recherche de l'équilibre in* Revista Semestral de Direito Empresarial, n° 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁴¹ 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

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

na função social do contrato, conforme exposto anteriormente na lição de Caio Mário, requerer em juízo a celebração do contrato (limitação a liberdade de não contratar) e/ou perdas e danos.

Por fim, depreende-se que com o advento do Novo Código Civil, e a consequente consagração dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, socorrer-se da analogia às disposições do CDC para limitação de eventuais cláusulas abusivas em um contrato de franquia não se mostra mais tecnicamente adequado, pois as próprias disposições do *Codex* já fornecem o respaldo necessário a suprir eventuais lacunas da Lei n.º 8.955/94.

5. CONCLUSÃO

Em última análise, verifica-se que a identificação da disciplina jurídica aplicável aos contratos de franquia só foi possível quando analisado o contrato sob a ótica de sua função econômica, o que permitiu concluir ser este uma espécie do gênero *Contratos de Distribuição*, não se confundindo com os denominados contratos de distribuição (concessão mercantil), mesmo quando sob exclusividade.

Isto porque o contrato de franquia comporta três aspectos essenciais que o diferenciam da concessão mercantil, quais sejam o *engineering*, o *management* e o *marketing*, usufruídos pelo franqueado que, além disso, beneficia-se também da experiência do franqueador no mercado em que atua.

A comunhão de interesses econômicos entre franqueador e franqueado, é mais fortemente expressada na franquia do que na concessão mercantil, de modo a configurar uma interdependência entre as partes, e no qual o êxito do franqueado está em função da boa reputação da marca e o do franqueador na habilidade e operosidade dos seus franqueados.

Apesar de primeiramente ter analisado o contrato sob a ótica de sua função econômica, o presente estudo não deixou de observar que a atuação do jurista não pode se restringir a servir o mercado, mas atender aos anseios tanto do mercado como o da coletividade. É justamente nesta esteira, que o jurista deve ir além da função econômica, para observar a função social do contrato.

Deste modo, o estudo se esmerou na tarefa de verificar a celeuma que se apresentava em relação a aplicabilidade ou não do CDC aos contratos de franquia, é que, a despeito de ambas as partes serem empresárias, a vulnerabilidade do franqueado perante o poderio

econômico apresentado pelo franqueador, ensejou argumentos que buscavam proteção do franqueado no *novel* consumerista.

Apesar da verificada vulnerabilidade do franqueado, foi possível verificar que mesmo se adotando uma visão maximalista do conceito de consumidor, a equiparação do franqueado ao consumidor mostrou-se tão forçada que caso prospere tal argumento, restará caracterizada a vulgarização do conceito de consumidor, pois não é o franqueado o destinatário final da franquia, sendo este em determinadas franquias o próprio produtor.

Por fim, a inaplicabilidade do CDC aos contratos de franquia restou ainda mais comprovada com o advento do Novo Código Civil, isto porque as eventuais lacunas da Lei n.º 8.955/94, passaram a ser preenchidas pelo Código Civil. É que com a positivação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato tornou-se possível a limitação de cláusulas abusivas eventualmente impostas à parte mais vulnerável.

Desta forma, prevendo a lei geral – Novo Código Civil – as soluções para as eventuais lacunas contidas na lei especial – Lei n.º 8.955/94, não se vislumbra mais a necessidade de, no caso dos contratos de franquia, se socorrer da analogia às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *A lei de franquia empresarial in Revista dos Tribunais*, vol. 722, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING – ABF, *Código de ética*, Disponível em http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Codigo_de_Etica.pdf, acessado em 23.11.2011.

BARROSO, Luiz Felizardo. *A importância de um código de ética in Revista da EMERJ*, v. 3, n° 9. Rio de Janeiro: EMERJ, 2000.

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

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*, 12^a ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*, 20^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. *Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? in Revista dos Tribunais*, vol. 253, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor in Revista de Direito Renovar n° 38*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de distribuição*, 2^a Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral dos contratos: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: direito civil e empresarial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *ISS e as atividades de “Franchising” in Revista de Direito Tributário*, vol. 64, São Paulo: Ed. Malheiros, p. 242/256.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, 7^a Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MONSERIE-BON, M. H. *La conclusion du contrat de franchise: la recherche de l'équilibre* in Revista Semestral de Direito Empresarial, n° 4, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III, 11ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Contrato de franquía comercial ou de concessão de vendas* in Revista dos Tribunais, vol. 513, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Nome comercial*. São Paulo: Atlas, 1968.

STJ, REsp n° 476.428, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19.04.2005.

STJ, REsp n° 687.322, Terceira Turma, Relator Ministro Menezes Direito, julgado em 21.09.2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil – Tomo II*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 250.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 16.