

O fenômeno da franquia da regulamentação comunitária à prática brasileira

PAULO BORBA CASELLA

Advogado em São Paulo, Doutor em Direito
(USP), Professor Assistente de Direito Inter-
nacional (FADUSP)

SUMÁRIO

Introdução. I. Estado da matéria. II. Jurisprudência e prática francesa e comunitária. III. Natureza econômica e elementos do contrato. IV. Cláusulas principais do contrato. V. Riscos de mudança de enquadramento. VI. Condições de validade do contrato. VII. O regulamento comunitário. VIII. A franquia no Brasil. Conclusão.

Introdução

1. A franquia ou *franchising*, forma de licenciamento, pela qual o proprietário ou titular (*franchisor* ou franqueador) de um produto, serviço ou método obtém sua distribuição através de revendedores afiliados (*franchisee* ou franqueado), vem demonstrando sua importância e agilidade, como mecanismo contratual e estratégia de *marketing* em todo o mundo.

Curiosamente os sistemas jurídicos mostraram-se insensíveis às especificidades da modalidade contratual, não obstante a aceitação prática e mesmo o reconhecimento jurisprudencial e doutrinário do instituto.

No Brasil, dada a falta de legislação específica — excetuada a menção indireta contida no Parecer Normativo CST n.º 143/75 —, o relacionamento entre as partes contratantes é regido pelo direito das obrigações (Códigos Civil e Comercial), combinado com os dispositivos contratuais adotados pelas partes.

2. O presente estudo considera a prática e jurisprudência comunitária — à luz da prática e jurisprudência interna francesa — que precedeu a entrada em vigor da regulamentação comunitária, analisando, em seguida, o conteúdo do Regulamento da CEE, confrontando o quadro europeu com a situação existente no Brasil.

A contraposição da regulamentação comunitária e seu respaldo prático-doutrinário-jurisprudencial ao *state of the art* no Brasil, toma como eixo de indagação o questionamento da conveniência de regulamentação brasileira da matéria.

A regulamentação comunitária, vigente e aplicável nos doze países-membros da CEE, certamente se reveste de alcance maior do que seu estrito âmbito interno de aplicação. Obviamente este trabalho tem duplo escopo, porquanto, ao mesmo tempo que objetiva o estudo dar visão de conjunto da regulamentação do *franchising* no direito comunitário, deve também servir para alertar e dar informação de base para qualquer tentativa contratual entre empresas brasileiras e empresas europeias (CEE).

3. O *franchising* passa a ser mais um campo no qual a regulamentação comunitária, englobando os ordenamentos jurídicos dos doze países-membros da CEE, passa a ser a instância reguladora da matéria. Doravante é lei em matéria de franquia o regulamento comunitário, para qualquer pessoa física ou jurídica brasileira que tencione celebrar contratos com empresas europeias da Dinamarca à Grécia ou de Portugal à República Federal da Alemanha.

Impõe-se, assim, conhecer, ao menos em suas linhas mestras, a regulamentação europeia do *franchising*.

Pode, também, o debate sobre o *franchising* e a análise da recente regulamentação adotada pela CEE — depois de quase uma década de discussões e trabalhos preparatórios — servir de estímulo aos legisladores nacionais para avaliarem a conveniência, senão de regulamentação abrangente ou de aplicação necessária, ao menos de parâmetros técnicos e requisitos básicos, configurando uma espécie de código de ética, cujo objetivo maior seria reprimir e coibir abusos e distorções.

4. Desnecessário reiterar o indispensável estudo e acompanhamento, no Brasil, da evolução do direito comunitário. Fenômeno novo, de longo alcance e seríssimas implicações, o direito comunitário ainda é visto entre nós com ar de novidade ou curiosidade teórica, destituída de alcance e implicações práticas. Antes de 1992 já deveríamos estar absorvendo o conteúdo e alinhando a atividade negocial entre o Brasil e a *Europa dos Doze* pela legislação comunitária. O preço dessa ignorância pode ser muito alto, acarretando a marginalização ou total exclusão dos produtos brasileiros desse mercado de mais de 300 milhões de consumidores, com altíssimo padrão de vida.

Fica, deste modo, colocada a proposta.

1. *Estado da matéria*

5. Até o advento do *Regulamento n.º 4.087/88*, de 30 de novembro de 1988, da Comunidade Econômica Européia (CEE) (publicado no J. O. C. E., o Diário Oficial das Comunidades Européias, de 28 de dezembro de 1988, I. 359, em todas as edições) não existia regulamentação legal específica, regulando a aplicação do art. 85, parágrafo 3.º do Tratado de Roma, de 1957, em matéria de contratos de franquia.

As técnicas contratuais desenvolvidas pela prática eram, assim, reguladas pelo direito comercial geral em matéria contratual, ressalvadas especificidades e requisitos colocados pela jurisprudência comunitária e a jurisprudência interna dos países-membros.

O direito comunitário já regulara expressamente as concessões automobilísticas (*Regulamento n.º 123/85*, 12-12-1984), bem como, de modo mais amplo, os acordos de distribuição exclusiva, também, tinham sido objeto de regulamentação específica, abrangendo os contratos de concessão (*Regulamento n.º 1.983/85*, 21-6-1985).

A jurisprudência comunitária contava com *leading case* no assunto, o acórdão do caso *Pronuptia*, prolatado em 28 de janeiro de 1986 pela *Corte de Justiça da Comunidade Européia*, colocando os parâmetros básicos aplicáveis à matéria (analisados a seguir). Enquanto, por seu turno, a jurisprudência interna dos países-membros tinha igualmente enfrentado a necessidade de reconhecer, na prática, instituto teoricamente não regulamentado, consagrando, de certa forma, a especificidade de tais contratos, não obstante o fracasso de diversos esforços legislativos.

II. *A jurisprudência e prática francesa e comunitária*

6. A jurisprudência francesa, por seu turno, levando em consideração a originalidade dos contratos de concessão e franquia, já consagrara, de certa forma, sua especificidade, não obstante o fracasso de diversas tentativas de legislar nessa matéria.

Assim, a construção jurisprudencial, elaborada em matéria de contratos de distribuição, mereceu ser preservada de influências externas, suscetíveis de comprometer sua coerência jurídica e forçar reestruturação dos parâmetros vigentes da distribuição comercial.

7. Nesse sentido manifestou-se o *Ministre du Commerce* francês em 1976:

“L'état ne vise pas à procéder à des interventions qui peuvent offrir des avantages momentanés, mais qui ont l'inconvénient de figer les institutions, voire de favoriser l'inertie” (Allo-

ction au congrès du franchisage, *Bull. féd. fr. franchisage*, 1976-450).

Em matéria de franquia, o relatório de Grupo de Trabalho sobre Franquia (*rapport du groupe de travail sur la franchise*) também fez votos de ausência de regulamentação, mas, curiosamente, deixou de abordar as dificuldades que poderiam encontrar *franchiseurs* e *franchisés* em suas relações comerciais em relação aos consumidores ("La franchise", *Consommateurs Actualité* 28-10-1983).

8. Em diversas ocasiões tinham sido ensaiadas, em âmbito interno, tentativas de regulamentação, apresentadas ao Parlamento, desde a *Proposition DALADIER-CUPFER* (1956) até a *Proposition LAURIOL* (1982), não logrando, contudo, alcançar consagração legislativa, de tal forma que o *status quo* em matéria de concessão e franquia permaneceu inalterado, até o advento da norma comunitária, já referida.

9. Vale, ainda lembrar a existência de *Códigos de ética* preparados tanto pela *Fédération française de franchisage* quanto pela *Fédération européenne de franchisage* (reunindo Bélgica, França, Itália, Noruega, Países Baixos, República Federal da Alemanha, Reino Unido e Suécia) em trabalho conjunto com a Comissão da CEE.

Muito embora a validade jurídica de tais *Codes de déontologie du franchisage* seja questionável, essas normas podem ser adotadas pelas partes contratantes, desde que o contrato contenha menção expressa nesse sentido (cf. decisão do Trib. Com. de Bordeaux em 7-3-1986), estipulando ser aplicável o *Código de Ética* ao contrato celebrado entre as partes.

10. Norma técnica em matéria de *franchisage* foi elaborada e submetida à opinião pública pela *Association Française de Normalisation* (norma fr. Z 20.000, agosto 1987), frisando expressamente que tal norma não deveria revestir-se de caráter obrigatório.

11. Fenômeno curioso de recepção e integração, até mesmo a nível lingüístico, é a trajetória da franquia em França, em razão de sua crescente aceitação e aplicação.

O *franchisage* apareceu em França, há cerca de vinte e cinco anos, sob o nome de *franchising* proveniente dos Estados Unidos.

Uma Portaria Ministerial, o *Arreté* de 29 de novembro de 1973, regulando o uso de terminologia econômica e financeira, propôs a adoção do termo *franchisage*, finalmente consagrado pela prática. As partes contratantes, *franchisee* e *franchisor* foram traduzidas como *franchisé* e *franchiseur*, tornando-se, assim, de uso corrente a expressão *contrat de franchise*, sendo o termo *franchisage* normalmente reservado para denominar a operação econômica.

12. O *Arreté* de 29 de novembro de 1975 (publ. no *J. O.* francês de 5 de janeiro de 1974) define *franchisage* como

“un contrat par lequel une entreprise concède à des entreprises indépendantes, en contrepartie d'une redevance, le droit de se présenter sous sa raison sociale et sa marque pour vendre des produits ou services. Ce contrat s'accompagne généralement d'une assistance technique”.

13. *Leading case* no assunto, o acórdão *Pronuptia da Cour de Justice des Communautés européennes* (28 de janeiro de 1986) optou por enfoque mais rigoroso da franquia, segundo o qual trata-se de fórmula destinada a possibilitar que:

“une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales, accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager des capitaux propres, un ensemble de connaissances. Ce système ouvre par ailleurs à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire, l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après des longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe. Les contrats de franchise se différencient en cela des contrats de concession de vente, et de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective, qui ne comportent ni utilisation d'une même enseigne, ni application de méthodes commerciales uniformes, ni paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis”.

III. *Natureza econômica e elementos do contrato*

14. Economicamente a franquia é uma fórmula de cooperação entre empresas.

O franqueador, produtor, distribuidor ou prestador de serviços, comerciante ou não, concede o uso do nome e fornece serviços a revendedores ou prestadores de serviços independentes.

O franqueado utiliza a experiência comercial adquirida por seu parceiro contratual que fornecerá consultoria, treinamento e assistência à gestão da empresa.

A franquia possibilita ao franqueador, sem incorrer o ônus de investimentos, ou ao menos, reduzindo consideravelmente os investimentos diretos, multiplicar seus pontos de venda, empregando a mesma marca, e ampliando a rede de distribuidores.

A franquia pode ter como objeto não somente a distribuição de produtos e serviços, mas igualmente a produção de bens (denominada *franquia industrial*), podendo ser igualmente utilizada em empresas não comerciais: artesanato, agricultura, profissões liberais, atividades imobiliárias e serviços diversos.

15. A franquia, seja de distribuição ou de serviços é contrato pelo qual o distribuidor (franqueado) vende produtos ou presta serviços, utilizando a razão social e a marca do fornecedor (franqueador), aplicando *know-how* deste. Nos casos em que a franquia associe produção e distribuição de bens, fabricados pelo franqueado, segundo indicações do franqueador, e produtos vendidos com a marca deste, denomina-se *franquia de produção ou industrial*.

Quando aplicável, em determinados casos, as partes podem celebrar pré-contrato, estipulando, por exemplo, a responsabilidade do franqueado pela divulgação indevida de informações transmitidas durante a negociação.

IV. Cláusulas principais do contrato

16. Dentre outros dispositivos, é fundamental atentar para as cláusulas seguintes:

16.1 Transferência de *know-how* (*savoir-faire*)

Entendendo-se por *know-how* o conjunto de dados e informações técnicas e comerciais, abrangendo técnicas de venda e prestação de serviços, métodos de organização ou gestão de empresa, técnicas de recrutamento de pessoal etc.

Vale frisar que tais dados e informações técnicas, fruto de trabalho e experiência, responsáveis pelo sucesso comercial do franqueador, devem ser necessariamente originais e secretos. Na ausência de tais requisitos, o *savoir-faire* é inexistente, e o contrato corre o risco de ser anulado ou sujeito a enquadramento jurídico diverso (cfr., nesse sentido, diversas decisões judiciais, *apud* Memento pratique F. LEFEBURE, *Comercial: distribution, concurrence, consommation*, ed. 1987, § 1.180 ss, cfr., *ad ex.*: Trib. Aix 29 de abril de 1980 e Trib. cor. Tarbes 26 de abril de 1985, BID 1986/3, p. 57), sujeitando o franqueador a ser processado por propaganda mentirosa (*publicité trompeuse*).

Na prática, o *savoir-faire* pode ser transmitido por escrito, sob a forma de manuais (*bibles*) ou mediante estágios de treinamento e formação.

O franqueador deverá estipular sempre cláusula de confidencialidade ou resguardo de informações (*clause de secret*) proibindo ao franqueado divulgar conhecimentos a ele transmitidos. Os dispositivos relativos a con-

fidencialidade e proteção do *savoir-faire* variam conforme a natureza deste, estipulando, conforme o caso, quais funcionários do franqueado poderão ter acesso às informações, forma de conservação dos documentos, obrigação do franqueado de adotar cláusula de sigilo e resguardo de informação e cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho celebrados com seus funcionários.

16.2 *Exclusividade*

Caso as partes tencionem estabelecer regime de exclusividade, tal cláusula deve ser estipulada expressamente no contrato.

A ausência de cláusula específica não permite a presunção da intenção das partes.

16.3 *Regime de remuneração*

Na assinatura do contrato, normalmente incumbe ao franqueado fazer pagamento a título de ingresso (*droit d'entrée dans le réseau de franchise*, ou *entrance down payment*). O montante ficará sujeito a variação em razão de diversos aspectos, tais como o renome da marca, a importância e extensão da assistência fornecida pelo franqueador (assistência técnica, treinamento de pessoal etc.), a situação e extensão do território objeto do contrato, e perspectivas de rentabilidade do investimento.

Em remuneração de vantagens resultantes do contrato (licença de marca, despesas de publicidade feitas pelo franqueador etc.) o franqueado pode ficar obrigado a efetuar pagamentos periódicos, fixos ou proporcionais ao volume de negócios realizados durante o período (normalmente entre 2 e 5% do total bruto, às vezes com incidência decrescente). Pode também ser estipulado o pagamento de valores fixos, com periodicidade variável, seja mensal, trimestral, semestral ou anual.

As partes devem prever as condições e prazos para pagamento, bem como, se for o caso, a forma de exercer controle sobre o volume de negócios.

16.4 *Assistência*

O contrato deve estipular qual a natureza da assistência a ser prestada pelo franqueador ao franqueado, durante a execução do contrato.

16.5 *Marcas figurativa e mista*

O contrato deve, igualmente, estipular as condições de uso das marcas figurativa e mista do franqueador pelo franqueado, ficando este vinculado a adotar parâmetros e normas de atuação conformes ao uso da marca, visando assegurar a conservação de sua integridade comercial.

16.6 Cláusula de não-concorrência

As cláusulas de não-concorrência ou de interdição de concorrência desleal devem tão-somente restringir ao franqueado a possibilidade de vincular-se à rede de distribuição ou prestação de serviços que possa significar concorrência ao franqueador, podendo dar continuidade à sua atividade com meios próprios.

A cláusula de não-concorrência não deve ser abusiva, sob pena de nulidade, privando o franqueado da titularidade de sua clientela, quando o franqueado for o proprietário de seu fundo de comércio, ou impedindo-o de exercer sua atividade profissional.

16.7 Transferência a terceiros

Em razão da importância do *intuitu personae* no contrato de franquia, o franqueado somente poderá ceder ou transferir, a um terceiro, os direitos resultantes do contrato, caso seja expressamente autorizado a fazê-lo em cláusula contratual específica.

V. Riscos de mudanças de enquadramento

17. O franqueado normalmente exerce sua atividade como comerciante independente. No entanto, as múltiplas obrigações contratuais e a extensão do controle exercido pelo franqueador podem levar, em alguns casos, a caracterizar situação de dependência, suscetível de acarretar o reconhecimento judicial de vínculo empregatício, com todas as conseqüências e encargos sociais e previdenciários daí resultantes.

18. Para o direito trabalhista francês, por exemplo, segundo estipula o artigo L 781-1 do *Code du travail*, o vendedor e comprador estável de mercadorias será considerado como estando vinculado por contrato de trabalho quando forem satisfeitas as quatro condições seguintes:

- fornecimento exclusivo ou quase exclusivo, pelo franqueador, dos produtos revendidos pelo franqueado;
- vendas realizadas em local autorizado pelo franqueador;
- venda sob condições e métodos impostos pelo franqueador;
- venda por preços determinados pelo franqueador.

A possibilidade de eventual mudança do enquadramento jurídico de um contrato de franquia é, contudo, excepcional.

Em se tratando de franquia de prestação de serviços, a natureza do vínculo entre franqueador e franqueado somente poderá ser apreciada em função das circunstâncias fáticas específicas da franquia, passíveis de mudança ou evolução durante a execução do contrato, especialmente quando se verifique aumento do controle exercido pelo franqueador sobre o franqueado.

À guisa de exemplo, vale referir decisão da *Cour d'appel* de Paris (*arrêt* 28-4-1978), em matéria de franquia de serviços, no setor de transportes, aplicável ao caso de franqueado, pessoa física, no qual o Tribunal decidiu que uma suposta franquia constituía, na verdade, um contrato de trabalho, tendo em vista os aspectos seguintes, *verbis*:

“un prétendu contrat de franchise consenti par un commissionnaire de transport à un chauffeur routier pour l'exploitation d'un semi-remorque et des droits se rapportant à une licence de transport pour trafic routier national et international constituait en fait un contrat de travail dans les circonstances suivantes:

— Le chauffeur se trouvait transformé en voiturier, non pour son propre compte mais en réalité pour celui du soi-disant *franchiseur* qui prélevait tout le bénéfice des rotations effectuées, qui conservait la maîtrise de la gestion commerciale et technique de l'opération, procurait la clientèle et les marchandises à transporter, fixait la destination, donnait toutes instructions utiles, établissait les frêts et la facturation et qui avait le monopole des relations avec la clientèle. Le chauffeur s'était engagé à “effectuer le travail fourni avec le maximum de sérieux”, selon les instructions du franchiseur et à remettre à chaque fin de rotation à ce dernier les documents correspondants.

— Le franchiseur lui avait même reproché d'agir de son propre gré pour les retours à vide en lui rappelant qu'il lui appartenait de “respecter les instructions qui lui sont données et non de faire comme bon lui semble”.

— Le chauffeur inscrit ni au registre du commerce ni au registre des métiers.

Parece, por outro lado, improvável que um contrato de franquia venha a ser desqualificado ou reclassificado como contrato de trabalho, quando o franqueado, pessoalmente, por sua conta e risco, atua como comerciante, financia investimentos, admite e despede seus funcionários e fixa tanto a remuneração como as condições de trabalho de seu pessoal, e se compromete diretamente com a clientela.

VI. *Condições de validade do contrato, na jurisprudência comunitária*

19. As condições de validade de um contrato de franquia foram determinadas pela Corte Europeia de Justiça na sentença do caso *Prontupia* (de 28 de janeiro de 1986), já referido.

Segundo a Corte, existem três tipos de franquia:

— contrato de franquia de serviços pelo qual o franqueado oferece serviço, mediante uso do nome comercial e da marca do franqueador, e conformando-se às estipulações deste;

— contrato de franquia de *produção*, pelo qual o franqueado produz, segundo indicações do franqueador, produtos vendidos com a marca do franqueador;

— contrato de franquia de *distribuição*, pelo qual o franqueado se limita a vender determinados produtos em loja usando a marca do franqueador.

20. As obrigações restritivas, estipuladas pelo art. 85, do Tratado de Roma, não se aplicam às obrigações do franqueado, destinadas a proteger o *savoir faire* do franqueador, bem como a reputação e a integridade de sua rede de distribuição, na medida em que tais obrigações sejam indispensáveis ao bom funcionamento do contrato.

21. Acompanhando ainda a Corte Européia de Justiça, na decisão já referida, são, portanto, lícitas as cláusulas:

21.1. *Proteção do savoir-faire*

O franqueador deve estar habilitado a impedir que o *savoir faire* transferido e a assistência dispensada ao franqueado sejam transferidos, direta ou indiretamente, a concorrentes, sendo, portanto, aceitáveis:

21.1.1. *Cláusula de não-concorrência*

Proibindo ao franqueado, durante a vigência do contrato, ou após o término deste, abrir estabelecimento comercial com atividade idêntica ou semelhante à atividade contratual, em território onde pudesse fazer concorrência a integrante da rede de distribuição.

Na ausência de estipulação expressa, especificando a duração de tal obrigação, entender-se-á como “razoável” restrição relativamente curta, por período de um ou dois anos.

21.1.2. *Cláusula de aprovação prévia* (agrément)

Permitindo evitar que, em caso de cessão do estabelecimento comercial do franqueado, haja, transferência indireta de *savoir faire* a terceiros.

21.2. preservação da identidade e integridade da rede de distribuição.

Em vista desse objetivo, são válidas:

21.2.1. a obrigação de aplicar os métodos comerciais desenvolvidos pelo franqueador, e utilizar efetivamente o *savoir faire* transferido;

21.2.2. a obrigação de vender as mercadorias em local construído e decorado segundo instruções do franqueador;

21.2.3. a proibição de transferir o local do estabelecimento sem a prévia concordância do franqueador;

21.2.4. obrigação de submeter toda e qualquer publicidade ou propaganda à aprovação prévia do franqueador;

21.2.5. ressalvados certos limites, pode igualmente ser estipulada restrição quanto à venda de produtos ou prestação de serviços diversos do objeto do contrato de franquia;

21.2.6. podem ainda ser estipuladas outras exigências tais como dimensões mínimas e apresentação do estabelecimento comercial, emprego de pessoal habilitado e adequadamente treinado pelo franqueador, oferecimento de garantias mínimas aos usuários, etc.

22. No entender da Corte Europeia de Justiça, são, contudo, ilícitas as cláusulas cujo conteúdo não se destine a proteger o *know-how* do franqueador, ou a identidade e integridade da rede de distribuição, afetando a concorrência entre franqueados, tais como:

22.1. as cláusulas estipulando divisão de mercado (a problemática do *partage des marchés* vem sendo extensa e cuidadosamente estudada em direito comunitário); ou

22.2. contendo proibição de abertura de segundo estabelecimento, quando tal obrigação for imposta a todos os integrantes da rede de distribuição; ou ainda

22.3. o compromisso assumido pelo franqueador de não se estabelecer por conta própria no território dos franqueados.

22.3.1. A Corte europeia, oportunamente, ressalva que a exclusividade territorial pode ser legitimada em alguns casos:

“l'exclusivité territoriale peut être légitimée en application de l'article 85-3, car il est “possible qu'un candidat franchisé ne prendrait pas le risque de s'intégrer à la chaîne en procédant à un investissement propre, en payant un droit d'entrée relativement élevé et en s'engageant à acquitter une redevance annuelle importante, s'il ne pouvait, grâce à une certaine protection contre la concurrence du franchiseur et d'autres franchisés, espérer que son commerce puisse être rentable”.

22.4. são igualmente ilícitas as cláusulas restritivas da liberdade do franqueado em fixar seus preços (sendo, contudo, válida a indicação de parâmetros aplicáveis para determinação de preços).

VII — O regulamento comunitário

23. O Regulamento n.º 4.087/88 da Comissão da CEE, de 30 de novembro de 1988 (publicado no J.O.C.E. de 28 de dezembro de 1988, em todas as edições), regula a aplicação do artigo 85, parágrafo 3.º, do Tratado de Roma (“O Tratado”), às categorias de contratos de franquia, tendo em vista o Regulamento n.º 19/65 do Conselho da CEE (de 2 de março de

1965, relativo às categorias de contratos e práticas uniformes, com última alteração resultante do ato de adesão da Espanha e Portugal).

Conforme estipulou o *Regulamento n.º 19/65*, é competência da Comissão regulamentar as categorias de contratos de exclusividade, tendo por objeto a distribuição ou venda exclusiva de bens, bem como impondo restrições à aquisição ou utilização de direitos de propriedade industrial, ressaltando que

“os contratos de franquia consistem essencialmente em licenças de direitos de propriedade industrial ou intelectual, relativos a marcas, logotipos e *know-how*, podendo ser combinados com restrições relativas à distribuição ou comercialização de produtos.”

Em consonância com a tripartição clássica dos contratos de franquia, em função do objeto do contrato, a saber: a franquia industrial, regulando a fabricação de produtos, a franquia de distribuição, regulando a venda de produtos e a franquia de serviços, regulando a prestação de serviços.

24. Com base na experiência da Comissão foi possível definir categorias de contratos de franquia enquadrados sob a égide do art. 85, § 1.º, do Tratado, podendo, normalmente, ser consideradas como preenchendo as condições do art. 85, § 3.º, tal como no caso dos contratos de franquia para fornecimento de produtos ou serviços aos usuários finais.

Vale frisar que os contratos de franquia industrial não são abrangidos pelo *Regulamento 4.087/88*. Tais contratos, regulando as relações entre produtores, apresentam características distintas das demais modalidades de franquia, consistindo em licenças de produção com base em patentes ou *know-how* técnico, combinadas com licenças para uso de marca (Adriana C. R. CASELLA, analisou a matéria em seu artigo “Regulamentação comunitária da franquia”, palestra pronunciada em maio de 1989, em reunião conjunta das Câmaras de Comércio da Comunidade Européia, em São Paulo).

25. O *Regulamento 4.087/88* regula os contratos de franquia entre duas empresas (o franqueador e o franqueado), relativos à venda de produtos no varejo ou prestação de serviços aos usuários finais, ou mediante combinação de ambas as atividades, desenvolvendo produtos para satisfazer necessidades específicas de clientes, abrangendo também os casos em que a relação franqueador-franqueado seja completada pela intermediação de um terceiro, o franqueado principal. Ressalva a Comissão expressamente que o regulamento não abrange os contratos de franquia por atacado, “em razão da falta de experiência da Comissão nessa matéria”.

26. Os contratos de franquia, como ressalta o próprio Regulamento, trazem numerosas vantagens, a nível de mercado:

— melhorando a distribuição de produtos e a prestação de serviços, na medida em que possibilita ao franqueador estabelecer uma rede uniforme com investimentos reduzidos;

-- abrindo o mercado a novos comerciantes -- especialmente pequenas e médias empresas;

— acirrando a concorrência entre marcas, e entre grandes empresas;

— possibilitando ao comerciante independente abrir seu negócio com maior rapidez e maior possibilidade de sucesso — contando com a experiência e assistência do franqueador.

27. Para o consumidor final a franquia permite a transferência de boa parte de seus benefícios, associando as vantagens de uma rede uniformizada à presença de comerciantes pessoal e diretamente interessados no bom desenvolvimento de seu negócio. A homogeneidade da rede e a constante cooperação entre franqueador e franqueado asseguram qualidade constante aos produtos e serviços.

28. No tocante ao direito da concorrência, o Regulamento impõe diversas restrições, tanto ao *franqueador*, como ao *franqueado*, valendo ressaltar as principais:

28.1. o franqueador não pode:

— outorgar a terceiros o direito de explorar, no todo ou em parte, a franquia dentro do território do contrato;

— explorar a franquia ou comercializar os produtos ou serviços, objeto do contrato, ainda que sob outra forma;

— fornecer os produtos ou serviços a terceiros, dentro do território;

28.2. o franqueado, por seu turno, não pode:

— procurar clientes para os produtos e serviços franqueados fora do território;

— fabricar, vender ou utilizar (no caso da prestação de serviços) produtos concorrentes aos produtos franqueados.

29. O Regulamento enumera, igualmente, obrigações não restritivas da concorrência, comumente incluídas nos contratos de franquia, tais como as obrigações necessárias à proteção dos direitos de propriedade industrial ou intelectual do franqueador ou à manutenção da identidade e reputação da rede franqueada (já examinados, *supra*), abrangendo desde a obrigação de somente vender ou utilizar produtos fabricados pelo franqueador, ou terceiros por este indicados, até a proibição de aquisição de participação no capital de empresa concorrente, que possa assegurar o controle de suas atividades econômicas.

30. No tocante à proteção dos direitos de propriedade industrial ou intelectual, o Regulamento estipula diversas obrigações para as partes contratantes.

Desta forma, o franqueado é obrigado a:

- manter sigilo sobre o *know-how* que lhe for fornecido (perdurando tal obrigação mesmo após o término do contrato);
- comunicar ao franqueador toda a experiência adquirida na exploração da franquia (outorgando tanto ao franqueador como a outros franqueados licença não exclusiva referente ao *know-how* resultante de sua experiência);
- informar ao franqueador, durante a vigência do contrato, toda e qualquer contratação dos direitos licenciados;
- utilizar e manter atualizados os métodos comerciais do franqueador;
- utilizar os direitos de propriedade industrial ou intelectual licenciados.

Vale ressaltar que o franqueado não pode contestar os direitos de propriedade industrial ou intelectual do franqueador, durante a vigência do contrato.

VIII. *A franquia no Brasil*

31. A falta de regulamentação legal específica não é obstáculo a prática florescente, em rápida e vertiginosa expansão no Brasil. A situação da matéria é bem ilustrada em estudos como o de Marcelo CHERTO, *Franchising — revolução no marketing* (São Paulo, Mc Graw-Hill, 1988), ou a extensa reportagem dedicada ao tema *O vôo livre das franquias* (cover-story da revista EXAME, de 31 de maio de 1989), bem como meu artigo *Franchising — lack of specific regulation is not a hindrance to a booming practice in Brazil* (Brasília, Brazil Watch, July, 1989).

32. A situação colocada pelo *Parecer Normativo n.º 143*, da Coordenação do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal, datado de 21 de novembro de 1975, é sobremodo curiosa, porquanto regula a matéria sem fazer qualquer menção expressa a franquia. Estipula o texto ser “inedutível como custo ou despesa operacional a remuneração, fixa ou calculada sobre as vendas, paga ou creditada por uma empresa a outra, que lhe supre de estoques, e eventualmente, também lhe provê de publicidade, organização e métodos de vendas.”

ficando patente tratar-se de franquia, ainda que inominada.

33. Questiona-se a necessidade de regulamentação específica da franquia no ordenamento jurídico brasileiro. A discussão pode parecer acadêmica, porquanto a prática não se ressentia da lacuna. O contexto da Europa comunitária pode ser ilustrativo para situarmos a conveniência ou não de tal regulamentação no Brasil.

Os argumentos que poderiam ser levantados tanto pelos defensores quanto pelos opositores de regulamentação específica são relevantes e válidos. Tentando sumarizar tais prós e contras, seria oportuno observar:

— regulamentação genérica do direito das obrigações (civil e comercial), c/c bom contrato regulam adequadamente a matéria, sem necessidade de regulamentação legal específica;

— a prática já encontrou suas soluções e parâmetros;

— distorções e abusos tem as normas gerais de responsabilidade e do direito obrigacional;

— a ausência de definição permite maior flexibilidade, acompanhando as inovações técnicas e do mercado;

— doutrina e jurisprudência já absorveram a inovação;

— lei específica delimitaria com maior precisão o conteúdo da franquia, coibindo abusos e corrigindo distorções;

— "não existem dois contratos iguais de franquia" — esta frase espelha a realidade atual (o processo lento e gradual de formação de normas gerais a partir de *case law* é estranho aos países de direito codificado);

— a falta de definição legal pode limitar eventual necessidade de execução específica;

— a ausência de definição acarreta indefinição e flutuações;

— a legislação, por seu turno, incorporará a nova modalidade, acompanhando a tradição do direito comercial.

34. Não obstante as controvérsias doutrinárias, jurisprudenciais e mesmo legislativas, o fundamental é a percepção do caráter inovador e revolucionário da franquia e das vantagens que podem resultar de sua adoção: a uniformidade da prestação e a possibilidade de exercício de controle pelo franqueador, sem o ônus de implantação direta, e sua contrapartida e estímulo, a independência do franqueado, na gestão de seu próprio negócio, uma vez atendidos os requisitos do contrato. Outra vantagem, para o franqueador, são os pagamentos do franqueado, tanto para o ingresso na rede, bem como os pagamentos periódicos (mensais, trimestrais, semestrais, ou mesmo anuais, embora muito menos freqüentes), enquanto, para o franqueado, o ingresso na rede e a adoção de conjunto de técnicas comerciais e *know-how* operacional permite alcançar resultados comerciais mais rápidos e evitar os custos e desgastes resultante de "ensaios e erros".

A assistência técnica é outro elemento do contrato de grande utilidade, permitindo acompanhamento por parte do franqueador, e prevenção e correção de erros por parte do franqueado. A divulgação de produtos e serviços do franqueador, sem custos de implantação, vitalizando a competição de marcas no mercado, é outro aspecto cujo interesse vai além das partes contratantes, alcançando o mercado em geral.

35. Fran MARTINS (em seu *Contratos e obrigações comerciais*, Rio, Forense, 5.ª ed., 1977, pp. 583/596) classifica a franquia como "contrato consensual, bilateral, oneroso, de execução continuada, híbrido e atípico" (op. cit., p. 590), e ressalta:

consensual — porque se torna obrigatório pela simples manifestação de vontade das partes;

bilateral — porquanto do acordo nascem obrigações para ambas as partes, obrigando-se o franqueador a ceder o uso das marcas, bem como prestar assistência técnica e comercial ao franqueado; enquanto este, por seu turno, se obriga a pagar taxas sobre as vendas ao franqueador, manter a reputação dos produtos e/ou serviços, bem como fazer publicidade e satisfazer as demais estipulações do contato;

oneroso — a onerosidade resulta do proveito que as partes têm na franquia. O franqueado remunera o franqueador, abrangendo tanto o pagamento inicial (não necessariamente presente) bem como os pagamentos periódicos percentuais;

de execução sucessiva — as prestações são feitas continuamente;

híbrido e atípico — porquanto não se enquadra nas categorias contratuais clássicas do direito civil e comercial, podendo abranger diversas modalidades.

Conclusão

36. A tradição institucional do direito comercial nos ensina a flexibilidade e o caráter inovador da atividade mercantil. A partir das necessidades dos operadores do comércio vão sendo desenvolvidos novos mecanismos de atuação. Na mesma linha de prática consagradas pelo tempo, e por superveniente regulamentação jurídica, inclusive de caráter internacional, devemos assistir à utilização crescente da franquia como mecanismo contratual e negocial, em âmbito mundial.

Resta somente esperar que os legisladores nacionais tenham a sensibilidade da oportunidade e conveniência de regulamentação, que saiba atender adequadamente os interesses nacionais, ao mesmo tempo resguardando a indispensável autonomia contratual das partes e assegurando a operacionalidade do mecanismo comercial.