

CARACTERÍSTICAS CONTRATUAIS DA FRANQUIA EMPRESARIAL

Rogério Alvaro Serra de Castro

O contrato de franquia empresarial pode ser classificado como negócio jurídico **bilateral** e **comutativo**, **atípico** e **misto**, **intuitu personae**, **por adesão**, **de duração**, **consensual** e **não solene**.

É um negócio jurídico **bilateral**, isto é, ato jurídico que cria, extingue ou modifica obrigações de conteúdo patrimonial, cujos efeitos são suportados pelas partes. O contrato bilateral também é designado sinalagmático, que significa contrato com reciprocidade. Nos contratos bilaterais como os de franquia, ambas as partes ocupam simultaneamente a dupla posição de credores e devedores.

A exceção de contrato não cumprido ou de inadimplemento é consagrada pelo art. 1.092 do CCB: 'Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação, pela qual se obrigou, pode a parte a quem incumbe fazer a prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la'.

Nos contratos bilaterais há presunção de existência de condição resolutiva prevista no parágrafo único do citado art. 1.092 do CCB: 'À parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos'. Nestes casos, existe a necessidade de interpelação do contratante inadimplente, na forma do art. 119, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Relativamente aos riscos, nos termos do art. 1.057 do CCB, nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa em qualquer de sua graduação (lata, leve, ou levíssima).

Além de bilateral, o contrato de franquia empresarial é também **comutativo**, subdivisão dos contratos onerosos. 'São contratos comutativos os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores.

Assim, o franqueador, no geral dos casos, se compromete a ceder a marca, fornecer mercadorias ou técnicas para a prestação dos serviços, tecnologia, fórmulas industriais, treinamento, apoio gerencial continuado, etc., beneficiando-se do pequeno investimento realizado para, agilmente, distribuir e comercializar seus produtos e/ou serviços. Já o franqueado beneficia-se de uma marca de prestígio, produtos e/ou serviços testados e aprovados pelos consumidores, redução substancial dos riscos e contínuo apoio empresarial.

Poderá o franqueado, em contrapartida, suportar uma taxa de filiação na rede e o pagamento contínuo de *royalties* pelos serviços fornecidos pelo franqueador.

No *franchising* o contrato envolve diversas transações com objetivos diferentes. Com isto não se afirma que existam diversos contratos e que se devam aplicar as respectivas regras isoladamente. Bem ao contrário, há de se inferir do escopo primacial a franquia do negócio, com todos os seus elementos acessórios.

Os elementos de que o operador do direito se valerá serão, sem dúvida, a unidade do interesse econômico ou conexão contratual necessária (derivada da lei), além dos demais princípios gerais que informam o jurídico.

A tipicidade do ajuste decorre da finalidade contratual. O elemento causa é o preponderante. Nos contratos típicos ou nominados, sua fisionomia possui disciplina legislativa, ao passo que nos **atípicos** ou inominados, como é o caso da franquia, embora possuindo designação específica, carecem de disciplina singular.

A franquia envolve a união ou junção contratual sem descaracterizar sua natureza de contrato **misto**. Algumas vezes, ocorre junção de instrumentos contratuais. Nesta união contratual poderão ocorrer duas formas de fisionomias: união com dependência e união alternativa. Em ambas prepondera a unidade do interesse econômico. Um contrato subordinado não sobrevive sem o contrato principal (união com dependência). As franquias da marca e/ou produto e/ou serviço serão os elementos primaciais, restando o fornecimento, a assistência técnica, os suportes de *know-how*, entre outros elementos subordinados, atuando como acessórios.

É muito comum, após o decurso de alguns anos da celebração do contrato, a irresignação do franqueado contra algumas das cláusulas do negócio. Todavia, depois de adquirir o *know-how* fornecido muitas vezes gratuitamente pelo franqueador, passa o franqueado a questionar a validade de cláusulas que designa 'abusivas' ou que 'impedem a livre concorrência'. Vale lembrar que através do pagamento de *royalties* contínuos é que o franqueador, após longo tempo, irá parcialmente recuperar seus custos e investimentos na elaboração, manutenção, melhorias, etc., do produto ou serviço oferecido ao mercado através da rede de franquia. Nestes casos, deve o operador do direito sopesar as vantagens e desvantagens conferidas pelas cláusulas reputadas 'excessivas', desde a contratação, sob pena de se cometerem enormes injustiças ao tentar-se reduzi-las ou torná-las inválidas.

No sistema da franquia empresarial, em qualquer de suas formas, o contrato apresenta-se eminentemente personalista, considerando as pessoas dos contratantes como elemento determinante de sua conclusão. As características pessoais do franqueado é que determinam o motivo de sua aceitação ou eleição pelo franqueador, e vice-versa.

A negociação da franquia é precedida de variadas análises recíprocas por parte dos contratantes em relação aos diversos pontos que envolvem o negócio. O franqueado interessa-se pela aquisição da franquia na medida em que o franqueador seja titular de uma boa marca, bom produto ou serviço. Tenha idoneidade financeira e meios de fornecer os contínuos suportes operacionais que o sistema exige.

Por outro lado, o franqueador analisará detidamente a pessoa do franqueado, principalmente por ser este que ostentará a marca da rede perante o mercado, bem como apresentará a imagem do franqueador perante terceiros. Muitos franqueadores, dependendo do ramo da atividade desenvolvida, formulam exigências quanto à pessoa do franqueado, tais como ser proprietário ou adquirente de imóvel para instalação do negócio, determinado capital inicial, experiência em certo ramo de atividade ou ainda características especialíssimas, como exigência de co-participação ativa do cônjuge na operação do negócio. No entanto, uma exigência é retirada na maioria dos contratos em *franchising*: A operação do negócio pelo próprio franqueado, sem possibilidade de representação através de gerentes.

Caracteriza-se por se **intuitu personae** pois importa aos contratantes que as obrigações ajustadas sejam cumpridas pessoalmente, pelo menos no que diz respeito ao franqueado. A pessoa do contratante é o elemento causal do negócio. É contrato pessoal pois o integram elementos subjetivos tais como confiança, experiência ou habilidade própria do contratante em fazer alguma coisa.

Para correto tratamento do assunto se há de distinguir o franqueado como pessoa física ou jurídica. Se física, como exigido em muitas redes de *franchising*, a principal consequência concerne à extinção do ajuste por morte do contratante, pois os sucessores não poderão, via de regra, executar prestações que eram personalíssimas. O contrato deverá, para segurança da relação, prevenir a hipótese apresentando a solução pretendida pelas partes.

Se jurídica a pessoa franqueada, desimportará o falecimento de algum dos sócios se outros puderem seguir com o empreendimento. Entretanto, a característica de ser pessoal o *franchise*, tanto realizado por pessoas físicas ou jurídicas, acarreta a intransmissibilidade das obrigações. Assim, não poderá ser cedido, o que não impede a realização de um novo contrato entre o franqueador e o pretendente a cessionário, se for o caso.

A ocorrência do erro em franchising não é incomum. Nos prospectos de informação para oferecimento de franquia e captação de candidatos a franqueados, uma extensa lista de serviços e suportes operacionais são oferecidas pelo franqueador. Acaso não cumpridas as ofertas ou mesmo inexistentes, poderá o franqueado alegar o induzimento de erro na contratação para aquisição da franquia (art. 88 do CCB).

Como forma de evitarem-se tais discussões nos contratos de franquia empresarial, é conveniente a inclusão de cláusulas com períodos de prova ou

de experiência. Nestes períodos as partes novamente se analisam mutuamente no que se refere às qualidades pessoais da outra, certificando-se do acerto da contratação. A vantagem dessa técnica reside na supressão da invocação do erro como vício de consentimento, tornando assim mais rígido o contrato.

Relativamente à possibilidade de o franqueado pessoa física vir a constituir pessoa jurídica para atuação no mercado, seria de se cogitar de cláusula estabelecendo a necessidade de aprovação por parte do franqueador, tanto do contrato social, como do número e identidade dos sócios. Também a necessidade de aprovação do franqueador para, sendo jurídica a pessoa franqueada, substituição ou ingresso de sócios, cessão de cotas sociais a terceiros ou mudanças na gerência da sociedade.

Não se poderia juridicamente esperar de um franqueador, que submeta sua marca, tecnologia, prestígio e imagem ao mercado através de qualquer pessoa, não escolhida sob rígidos critérios e pessoais avaliações.

Considera-se um contrato de **adesão** aquele negócio jurídico bilateral, caracterizado como expressão da autonomia privada, apresentando cláusulas gerais, uniformes e abstratas. Orlando Gomes define contrato de adesão como 'o negócio no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusula formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas'.

Apresenta-se como um pacto **por adesão** e não um ajuste de adesão. A diferença é significativa, Qual seja naquele o consentimento se manifesta pela aceitação total das cláusulas contratuais estabelecidas pela outra parte, ditadas apenas para um contrato. Já os contratos de adesão, rigorosamente, destinam-se a uma série contínua de relações jurídicas que poderão repetir, até mesmo, com o próprio contratante, a exemplo do que acontece ao passageiros na utilização dos serviços de transportes coletivos.

O fenômeno da contratação por adesão apresenta dois momentos cronologicamente diversos. Num primeiro momento, o franqueador elabora um sistema para rede de franquia, redigindo cláusulas contratuais abstratas que irão reger o conteúdo das relações contratuais que pretende concluir, de forma uniforme, com os candidatos à franquia.

O que caracteriza essencialmente um contrato como de adesão é a uniformidade e abstratividade do conteúdo das cláusulas pré-estabelecidas. Tais condições gerais aplicam-se a uma série teoricamente infinita de contratos. A idéia de contratualidade pela adesão é meramente formal e se aperfeiçoa com o consentimento livre do aderente.

O processo técnico idôneo indispensável a emprestar força vinculante ao negócio é a aceitação do franqueado aderente. É ato típico de autonomia privada. As condições gerais do contrato, pré-estabelecidas pelo franqueador, consistem em uma proposta perfeita, quando aceita pelo franqueado aderente,

em nada se distinguindo do mecanismo tradicional que preside a formação clássica dos contratos.

As prestações a que se obrigam os contratantes perduram no tempo, por prazo determinado, sendo, destarte, classificado como **contrato de duração**.

Dentre a variedade de contratos de franquia encontráveis em nosso país, podemos reduzi-los, de modo geral, quanto ao prazo, em quatro categorias: a) por prazo determinado, sem possibilidade de rescisão unilateral, exceto nos casos de infração contratual; b) por prazo determinado breve e prorrogação tácita por tempo indeterminado; c) por tempo determinado, sem possibilidade de rescisão unilateral, exceto por infração contratual, estabelecendo-se ainda o regime e forma de renovação do contrato por novo período determinado; d) por prazo indeterminado, com possibilidade de rescisão unilateral, mediante pré-aviso.

Por ora, cumpre salientar a importância do prazo determinado na franquia empresarial, por assegurar ao franqueado a estabilidade e certeza de recuperação do capital investido, possibilitando ainda a projeção de lucros. É bastante incomum em *franchising* contratos por tempo indeterminado desde a formação. Por outro lado, prazos determinados breves são utilizados pelos franqueadores como meio de estímulo aos franqueados para maior esforço e desempenho para eventual renovação ou recondução da franquia.

A renovação compulsória, no silêncio do contrato, como solução de dissídio judicial, não parece o caminho acertado. A renovação de franquia empresarial somente poderá ocorrer quando estipulada no contrato e cumpridos os requisitos pelo franqueado, ou então por proposta e desejo do franqueador. As partes contratantes no *franchising* são pessoas juridicamente independentes e que devem avaliar com precisão a área de suas obrigações.

Poderá qualquer das partes quando excessivamente onerada, ou mesmo através do órgão judiciário competente, resilir ou reajustar as prestações. Cumpre ainda referir, como efeito dos contratos de duração e perfeitamente aplicáveis à franquia, que a prescrição da ação de rescisão contratual por infração corre do evento ou eventos que ocasionaram o descumprimento do contrato.

Todavia, a título de remate, pode-se afirmar que relativamente à sua formação é **consensual** e **não solene**. Contrato consensual não é aquele em que ocorre o consenso (o consenso é necessário em todos os contratos), mas aquele pelo qual o consenso, sempre necessário, é também suficiente. Não se exige qualquer solenidade ou formalidade no consentimento exarado pelas partes. A diferença entre o contrato consensual e o solene radica em que no primeiro a forma é livre, ao passo que, no segundo, a forma é prefixada pela lei. A forma ou solenidade deve ter origem legal, sendo, portanto, um problema de política legislativa.

O contrato de franquia empresarial, na maior parte dos casos, é realizado sob a forma escrita e particular. Isto decorre da multiplicidade de obrigações que encerra e, naturalmente, pelo instrumento disciplinar, elementos fundamentais do negócio. Contudo, nada obriga os contratantes de franquia empresarial traduzirem uma operação de extrema cooperação baseada em muita confiança em meras folhas de papel.

Outra advertência que a prática tem consagrado no *franchising*, principalmente nos países-membros da Comunidade Econômica Européia, é a declaração expressa de aceitação, por parte do franqueado, de cláusulas contratuais como, por exemplo: obrigação de o franqueado adquirir produtos exclusivamente do franqueador ou de fornecedor por ele indicado; território limitado de atuação do franqueado; prazo de não-concorrência após cessar o contrato de franquia, impossibilitando, durante certo tempo, ao franqueado, atividades semelhantes ou idênticas àquelas franqueadas; garantia de responsabilidade exclusiva e apenas do franqueado por ato ou fato danosos causados a terceiros, ocasionados pela atividade franqueada; permissão de fiscalização da atividade franqueada através de preposto ou pessoa indicada pelo franqueador, além da preempção do franqueador para aquisição do estoque e do próprio ponto de negócio franqueado quando do término ou rescisão do contrato, entre outras.

Aconselha-se, no contrato particular escrito, após a firma das partes e testemunhas de estilo, todos voltem a assinar após as cláusulas especiais exemplificadas supra e que oferecem sempre maior probabilidade de contendas. A adesão expressa a tais cláusulas reforça o conhecimento e aceitação das partes ao seu exato enunciado, dificultando-se alegações de desconhecimento, descuido, ou mesmo por constarem de redação já impressa.

Advogado. Membro do IAB.

*** O texto publicado não reflete necessariamente o posicionamento do IAB**