

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE FRANQUIA, SOB A ÓTICA DA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA

Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade

*Graduado pela Faculdade de Direito Milton Campos,
Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos,
Advogado.*

Sumário: Introdução; 1. Conceito - Legal e Doutrinário; 2. natureza jurídica, classificação, tipos de franquia e elementos do contrato; 3. Direitos e Obrigações, 4. Vantagens na utilização de franquia; 5. Razões econômicas para a contratação; 6. Assimetria de informações; 7. A franquia vista como um contrato relacional. Conclusão

INTRODUÇÃO

Uma das grandes dificuldades da atividade de empreender um negócio diz respeito à escolha do foco da atividade a ser exercida, ao conhecimento sobre o modo de proceder (*know how*), ao estudo de demanda do público alvo, dentre outras tarefas.

Não sem razão, a maioria das pessoas que se aventura na abertura de negócio próprio em nosso país acaba sucumbindo, ainda nos primeiros anos de exercício, em função do comum desconhecimento dos mecanismos que envolvem a atividade empresária e da falta de incentivo efetivo Estatal ao empreendedorismo. Para empreender não basta possuir o fator capital. É necessário ter conhecimento profundo do negócio, como advertem os especialistas.

Empresas detentoras de produtos e marcas já consolidadas no mercado têm dificuldade de expandir seus negócios, por faltar-lhes recurso próprio e por dificuldade na

gestão de inúmeras unidades filiais.

Visando atender as demandas dos empreendedores e das empresas detentoras de produtos e marcas, desenvolveu-se nos Estados Unidos da América no final do século XIX o *franchising*, por nós conhecido como contrato de franquia.

A título de conhecimento, a empresa *Singer* foi uma das primeiras a praticar esse tipo de contrato, estabelecendo a alienação e transferência de todo o seu *know how* aos interessados (franqueados), obtendo enorme sucesso na ampliação de suas atividades e de seus lucros. Em função desse destaque, outras empresas norte americanas buscaram desenvolver negócios nesse formato, como a *General Motors* e a *Coca Cola*.

Ao longo dos anos, a utilização de franquia ganhou maior espaço nos Estados Unidos da América, onde nasceram grandes cadeias de lojas nas mais diversas áreas, como no ramo de hotelaria (*Holiday In*) e no de alimentação (*Mac Donald's*), por exemplo. Esse sucesso todo fez com que o negócio de franquia se expandisse para a Europa e para os demais continentes, sendo relevante destacar que no Brasil essa modalidade empresarial somente se consolidou a partir da década de 70.

A razão da ampliação significativa dessa modalidade de exercer atividade empresária é explicada muito bem por Maria Helena Diniz:

O franchising é vantajoso para ambas as partes, pois possibilita ao franqueado a expansão de seus negócios com baixos investimentos, e ao franqueado a oportunidade de ser seu próprio patrão, de ser dono de sua empresa, com riscos bem menores do que os enfrentados por aqueles que se aventuram no auto-empresariamento sem contar com auxílio de alguém com experiência, proprietário de uma grande marca. E, além disso, permite ao consumidor beneficiar-se da qualidade uniforme do produto ligado a uma marca conhecida e a método já experimentado.¹

Com o passar dos tempos, a utilização dessa modalidade de contrato no Brasil tornou-se cada vez mais numerosa, ocasionando muitas vezes problemas entre os contratantes, em função da complexidade da relação negocial e por faltar legislação específica sobre a questão.

Em razão disso, o Legislador Pátrio entendeu por bem estabelecer algumas regras

¹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 4. v, p. 50.

para o contrato de franquia, visando dar a esse instrumento maior transparência, publicando a Lei nº 8.955, de 15.12.1994.

No presente trabalho, far-se-á uma abordagem do conceito do contrato de franquia, de sua natureza jurídica, de algumas características, dos tipos de franquia e elementos do contrato, das obrigações e direitos das partes envolvidas, das vantagens sobre a utilização da franquia, para, posteriormente, realizar-se a interpretação econômica desse instrumento.

1 CONCEITO - LEGAL E DOUTRINÁRIO

Dispõe o art. 2º, da Lei nº 8.955/94:

Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Como se percebe, o Legislador buscou descrever as características gerais do contrato de franquia, sem, entretanto, estabelecer direitos e obrigações que devem existir na relação das partes.

Não discrepando da definição legal, os doutrinadores brasileiros tentam traçar os contornos do contrato de franquia chamando a atenção para algum ponto específico que lhes pareça mais relevante.

A propósito, Fran Martins define franquia como sendo: “o contrato que liga uma pessoa a uma empresa 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”².

Por sua vez, Nelson Abrão observa que franquia é:

um contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador), concede seu uso a outro empresário (franqueado), posicionando em nível de distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e método para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios pelo franqueado.³

A seu turno, Waldirio Bulgarelli define o contrato de franquia da seguinte maneira:

² MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 486.

³ ABRÃO, Nelson. A lei da Franquia Empresarial (n. 8.955 de 15.12.1994). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 722, p. 25-39, dez. 1995. p. 27.

Franchising é a operação pela qual um comerciante titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento de sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma percentagem calculada sobre o volume dos negócios. Repousa sobre a cláusula da exclusividade, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade.⁴

Pode-se dizer, então, que a franquia é o contrato pelo qual uma empresa (franqueador) que detém uma marca ou produto resolve ceder a outro empresário (franqueado) a licença para utilizar desse seu invento, mediante uma remuneração. Pode-se estabelecer, ainda, que o franqueador preste assistência ao franqueado (da abertura ao funcionamento do negócio) e que haja uma área de exclusividade de atuação do franqueado. Isso tudo é feito sem que haja vínculo empregatício entre franqueador e franqueado, que exerce suas atividades de forma autônoma.

⁴ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 520.

2 NATUREZA JURÍDICA, CLASSIFICAÇÃO, TIPOS DE FRANQUIA E ELEMENTOS DO CONTRATO

O contrato de franquia pode compreender a cessão da licença de uso de marca de um produto, a prestação de serviços e a distribuição de alguns bens, conforme estabelecido pelo franqueador e franqueado.

O franqueador transfere ao franqueado o direito de usar a marca e o título de estabelecimento por ele inventados, para que este último possa entregar o produto ao consumidor final. Pode ocorrer de o franqueador ajustar com o franqueado a obrigação de dar assistência técnica para o franqueado prestar o serviço objeto do contrato de franquia. Cabe ao franqueado, ademais, distribuir os produtos e serviços fornecidos pelo franqueador.

Portanto, como se verifica, o contrato de franquia se aproxima muito da concessão exclusiva, da prestação de serviços, do fornecimento, da distribuição, dentre outras figuras contratuais.

Acerca da natureza jurídica do contrato de franquia, Jorge Lobo assevera que: “o franchising é uma nova técnica de cooperação entre empresas independentes, com vistas a maximizar os resultados operacionais de ambas”⁵.

Não obstante seja um produto híbrido de outros contratos, o contrato de franquia é autônomo.⁶

Em relação à classificação da franquia, pode-se dizer que se trata de um contrato consensual, bilateral, informal, oneroso, de execução continuada e típico.

É consensual posto que a mera declaração de vontade obriga as partes; a bilateralidade assenta-se no fato de que esse contrato é formado entre franqueador e franqueado; é informal, pois a lei não exige uma forma especial, sendo utilizada a forma escrita em função de expressa previsão do art. 6º, da Lei nº 8.955/94⁷; é oneroso porque as

⁵ LOBO, Jorge. *Contrato de “franchising”*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 31.

⁶ Nesse sentido, confira-se Fran Martins. *Contratos e obrigações comerciais*, p. 490.

⁷ “Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público”.

duas partes possuem obrigação de cunho patrimonial reciprocamente uma com a outra; a execução do contrato de franquia é prolongada no tempo, sendo que as partes continuam a exercer direitos e responder por obrigações por um longo período, em regra; é típico, porque a Lei acima citada assim prevê.⁸

O contrato de franquia pode ser realizado nas seguintes modalidades: (a) distribuição de produtos, (b) de licença de fabricação ou (c) de uso de título do estabelecimento ou de serviço.

No contrato franquia de distribuição, o franqueador pode produzir os produtos a serem comercializados pelo franqueado ou pode escolher algumas empresas que deverão fabricá-los. Nesse tipo de franquia, o franqueado não pode deixar de comprar os produtos do franqueador ou de quem este indicar, devendo ainda o franqueado obrigar-se a distribuir esses produtos em seus estabelecimentos, tal como determinado pelo franqueador (Exemplo: Postos de Gasolina).

Diversamente, na franquia de licença de fabricação, o franqueador cede o método de produção e presta assistência ao franqueado, devendo este produzir os bens exatamente como orientado pelo franqueador (Exemplo: Coca-Cola).

Quanto ao contrato de franquia de uso de título do estabelecimento ou de serviço, o franqueador transfere ao franqueado a licença de uso da marca e do título de estabelecimento, para que este forneça o produto ou serviço ao consumidor final, conforme instruído pelo franqueador (A título de ilustração, cite-se o caso da rede de lanchonetes *Mac Donald's*).

Como já foi dito, a franquia possui característica de contrato cessão de licença de uso de marca e de título de estabelecimento, de distribuição, de prestação de serviços, dentre outros aspectos de modelos contratuais diversos.

⁸ Corroborando o entendimento de que se trata de contrato típico, Waldirio Bulgarelli (*Contratos mercantis*, p. 523) afirma que: “passou-se de um regime jurídico de ampla liberdade que vinha existindo até agora, para um sistema de rígida disciplina jurídica, acompanhando a tendência intervencionista estatal nos contratos”. Divergindo dessa posição, Lina Márcia Fernandes Chaves (*Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 56), desenvolve o seguinte raciocínio: “a respeito, há algum tempo, estamos a indagar: seria o contrato de franquia típico ou atípico? A dúvida se faz presente, pois a Lei 8.955, de 15.12.1994, estabelece em seu artigo 1º, que ‘os contratos de franquia são disciplinados por esta lei’. Ocorre, entretanto, que o artigo. 3º, que contém 15 incisos, e o art. 4º tratam apenas da Circular de Oferta de Franquia (COF), contrato-tipo, que será examinado oportunamente. Apenas um artigo, o 6º, estabelece a forma escrita par os contratos de franquia. Nenhum dispositivo regulamenta o seu conteúdo. Assim, sendo, concluímos que, efetivamente, o contrato de franquia não é disciplinado pela Lei 8.955, de 15.12.1994”. No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de direito comercial*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 126), diz que “trata-se de diploma legal do gênero denominado *disclosure statute* pelo direito norte-americano.ou seja, encerra normas que não regulamentam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas apenas impõe o dever de transparência nessa relação [...]. A lei brasileira sofrer franquias não confere tipicidade ao contrato”.

Porém, um dos pontos que se revela essencial no contrato de franquia é a organização empresarial, adquirida através da experiência pelo franqueador, que é cedida ao franqueado, para possibilitar que este exerça seu negócio com o mínimo de riscos possível.

Fábio Ulhoa Coelho adverte que:

o elemento indispensável à configuração do contrato é prestação de serviços de organização empresarial, ou por outra, o acesso a um conjunto de informações e conhecimentos, detidos pelo franqueador, que viabilizam a redução dos riscos na criação do estabelecimento do franqueado.⁹

O serviço de assistência quanto à organização empresarial prestado pelo franqueador desdobra-se em três espécies, como destaca o autor citado acima:

o *management*, relacionado com o sistema de controle de estoque, de custos e treinamento de pessoal; o *engineering*, pertinente à organização do espaço (layout) do estabelecimento do franqueado; e o marketing, cujo conteúdo diz respeito às técnicas de colocação do produto ou serviço junto ao consumidor, incluindo a publicidade.¹⁰

Na maioria dos contratos, o franqueador costuma fornecer ao franqueado todo o planejamento para escolha do local e construção das instalações do negócio (inclusive com auxílio na parte de projetos e *layouts*), oferecendo, também, um sistema de organização empresarial, que pode variar de organograma de pessoal, a forma de contabilidade, o controle de estoque e treinamento de pessoal. Além disso, o franqueado pode usufruir do conhecimento adquirido pelo franqueador no que diz respeito à forma de comercialização do produto ou da prestação de serviços, aproveitando-se dos resultados publicitários impactados na marca cedida pelo franqueador.

Seja qual for a maneira de realizar o contrato de franquia, a idéia principal é procurar estabelecer uma forma padronizada de comercializar produtos e serviços, para que a marca do produto ou título de estabelecimento consiga ganhar maior receptividade perante o público consumidor.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 126.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, v. 1, p. 126.

3 DIREITOS E OBRIGAÇÕES

No que diz respeito ao deveres do franqueador, podemos destacar os seguintes:

- i) prestar assessoria no momento da escolha do local e do projeto a ser utilizado na criação do estabelecimento, bem como oferecer treinamento de pessoal ao franqueado e fornecer informações sobre a organização empresarial;
- ii) ceder ao franqueado a licença do uso da marca, do produto e/ou do título de estabelecimento;
- iii) fornecer os produtos ao franqueado ou indicar empresa que o faça mediante sua orientação;
- iv) respeitar a cláusula de territorialidade, se houver;
- v) realizar a publicidade da marca, do produto ou do serviço.

Em relação aos direitos do franqueador, chama-se a atenção para os abaixo descritos:

- i) receber do franqueado a remuneração pelo uso da marca, um percentual (que costuma variar de 5% a 12%) pela comercialização dos produtos (*royalties*), gastos com publicidade, conforme previsão contratual;
- ii) fiscalizar o cumprimento dos objetivos contratuais pelo franqueado, podendo vistoriar o negócio deste quando bem entender;

Quanto aos direitos do franqueado, pode-se registrar que ele deverá:

- i) receber do franqueador assistência na escolha e construção do estabelecimento empresarial;
- ii) utilizar-se da marca, do produto ou título de estabelecimento cuja licença foi concedida pelo franqueador;
- iii) receber do franqueador todas as informações sobre o *know how* do negócio objeto da franquia;
- iv) obter do franqueador ou de empresa que este indicar os produtos para comercialização ao consumidor;
- v) não sofrer concorrência do franqueador ou de outro franqueado, quando houver cláusula

de territorialidade;

vi) beneficiar-se com os efeitos da publicidade efetivada pelo franqueador.

No que se refere às obrigações do franqueado, inúmeras cláusulas podem ser avençadas, valendo a penas destacar as seguintes:

- i) pagar a taxa inicial para aderir à rede franqueadora, se houver, o percentual ajustado sobre o montante de produto vendido (*royalties*), bem como as despesas com propaganda e divulgação da marca;
- ii) usar a marca conforme estabelecido no contrato;
- iii) adquirir os produtos comercializados somente do franqueador ou de empresas por este indicadas;
- iv) realizar a atividade franqueada com exclusividade;
- v) obedecer as orientações repassadas pelo franqueador acerca da produção, comercialização, organização empresarial e divulgação da marca, produto ou serviço;
- vi) manter sigilo absoluto sobre o *know how* do transmitido pelo franqueador;
- vii) não manter concorrência com o franqueador.

Apenas para esclarecer, tanto no que se refere aos direitos, como aos deveres do franqueador e do franqueado, este trabalho não objetivou esgotar todas as hipóteses, preocupando-se apenas em frisar algumas que são consideradas mais importantes pela doutrina.

Como destaca Fran Martins, citando Harry Krush: “There is not now, never has been, and probably never will be anything resembling a ‘standart’, or ‘average’, or ‘typical’ franchise contract”¹¹.

Em outras palavras, significa dizer que não existe um modelo de contrato de franquia, dada a sua diversidade e complexidade, razão pela qual é impossível apresentar as respectivas cláusulas padrão.

A franquia é, assim, um contrato por meio do qual o franqueado e franqueador estabelecem uma relação de cooperação mútua, visando a consolidação da marca detida pelo franqueador e o desenvolvimento econômico-financeiro do franqueado.

¹¹ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, p. 491-492.

4 VANTAGENS NA UTILIZAÇÃO DE FRANQUIA

Com a utilização da franquia, o franqueador pode obter uma rapidez maior na ampliação de seus negócios, ganhando um aumento de lucratividade considerável, sem a necessidade de majorar seus custos de produção.

Através da expansão da rede franqueadora, abrem-se outros mercados e, conseqüentemente, a marca, o produto e o título de estabelecimento, alcançam maior número de consumidores, consolidando-se cada vez mais.

Por expressa previsão legal (art. 2º, da Lei nº 8.955/94), não existe relação empregatícia entre franqueado e franqueador, fato a partir do qual se pode inferir que os empregados contratados pelo franqueado são responsabilidade exclusiva deste, não havendo que se falar em transferir ao franqueador a obrigação de quitar eventuais verbas salariais inadimplidas pelo franqueado.

Para o franqueado, fazer uso da rede franqueadora oferece inúmeros benefícios, especialmente, porque ele poderá valer-se de um negócio que já foi testado pelo franqueador e aprovado pelos consumidores.

Além disso, o franqueado receberá do franqueador toda assistência para abrir e desenvolver seu negócio, desde a escolha do local a ser construído o estabelecimento, quanto à inauguração, ao treinamento de pessoal, à organização empresarial, à publicidade, etc.

Assim, o risco de eventual insucesso do franqueado no empreendimento tende a ser menor do que em relação à atividade de abrir um negócio por conta própria.

5 RAZÕES ECONÔMICAS PARA A CONTRATAÇÃO

Como já foi demonstrado acima, franqueador e franqueado possuem interesse recíproco coletivo de estabelecer um contrato de franquia, o primeiro, visando aumentar seu negócio, sem gastar mais e, o segundo, procurando exercer uma atividade com risco de fracasso diminuído.

Se as duas partes possuem o objetivo comum de realizarem um negócio juntamente, por qual motivo deveriam elas estabelecer um contrato escrito, com alienação de direitos e obrigações?

Porque não se pode ignorar o fato de que o interesse individual do franqueador e o do franqueado são conflitantes, em grande parte da relação.

Nesse sentido, Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn esclarecem que:

Um resposta a essa questão pode ser encontrada num resultado clássico da teoria da interpretação estratégica (Teoria dos Jogos), particularmente em um problema denominado ‘dilema dos prisioneiros’. Em resumo, há casos – bastante comuns, diga-se de passagem – em que a ação na busca do interesse individual resulta em uma situação indesejável pelo coletivo. Em outras palavras, ao escolher o que é melhor para si, cada parte pode impor perdas às contrapartes, o que pode acarretar um resultado pior para todos. Há ganhos, portanto, ao limitar o comportamento das partes (em especial aquele que é mais desejado do ponto de vista individual), com o objetivo de alcançar uma situação coletivamente superior.¹²

Os mencionados autores citam a relação estabelecida no contrato de franquia como exemplo dessa confronto de interesses individuais e coletivos. Confira-se:

Ao transferir o direito de uso e usufruto de uma marca e forma todo de um negócio aos seus franqueados, o franqueador tem interesse que o produto ou serviço seja oferecido segundo padrões preestabelecidos de qualidade.

[...]

Por esse motivo, é de grande interesse do franqueador – detentor da marca e eventual prejudicado por sua perda de valor – a manutenção dos padrões de qualidade nos produtos ou serviços providos pelos franqueados.

Aos olhos do franqueado, contudo, a manutenção de um padrão de qualidade é um

¹² ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Eslevier-Campos, 2005. p. 115-116.

custo arcado, em sua maior parte, individualmente.

[...]

Na ótica do franqueado, que acarará com o custo integral de prover o padrão de qualidade e divide com o franqueador os benefícios dessa ação, níveis altos de qualidade podem implicar prejuízos. Em uma situação como essa o padrão de qualidade por ele desejado é inferior ao acordado com o franqueador.

Ao mesmo tempo, é de interesse do franqueado que o franqueador invista em propaganda, no desenvolvimento de novos produtos e em demais serviços de apoio à sua atividade, investimentos que têm o efeito de aumentar a clientela em cada ponto de venda.¹³

E concluem os referidos autores: “sem qualquer restrição ao comportamento de interesse individual ou incentivo ao comportamento de interesse coletivo, a ação esperada para ambas as partes é a não-cooperação”¹⁴.

Há ganhos, portanto, ao limitar o comportamento das partes (em especial aquele que é mais desejado do ponto de vista individual), com o objetivo de alcançar uma situação coletiva superior.

Assim, é importante dirigir o comportamento do franqueador e do franqueado visando alcançar um resultado superior do ponto de vista coletivo, fato que pode se implementar através de cláusulas contratuais específicas.

¹³ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito, economia e mercados*, p. 115-116.

¹⁴ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito, economia e mercados*, p. 118.

6 ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES

Embora seja fundamental tentar estabelecer as regras de maneira mais clara e completa possível, é importante chamar a atenção para o fato de ser impossível antever todas as possibilidades de inadimplemento contratual na ocasião da elaboração e formação do pacto, tendo em vista a assimetria de informações que envolve as partes nesse momento.

Informações fidedignas e completas sobre os produtos e serviços nem sempre estão disponíveis para ambos os agentes envolvidos na fase de negociação e formação do vínculo.

Comportamentos ou conseqüências indesejáveis podem não ser facilmente perceptíveis, *ex ante*. Muitas vezes, o agente deve observar o comportamento da outra parte, para verificar qual deve ser o desenho do contrato, visando especialmente evitar problema no cumprimento do compromisso.

Contudo, existem casos em que não se revela possível essa observação direta. Nessa hipótese, deve-se buscar outro elemento que contenha alguma informação sobre a ação que não se pode analisar.

A propósito, Décio Zylbersztajn e Raquel Sztajn trazem um exemplo dessa problemática no contrato de franquia. Confira-se:

É desejável ao franqueador que o franqueado esforce-se em promover as vendas em sua unidade e, ao mesmo tempo, ofereça um produto que atenda aos padrões de qualidade associados à marca, evitando a depreciação do seu valor. Nenhuma dessas ações é diretamente observável, o que limita a efetividade do contrato em garantir que o comportamento acordado será, de fato, realizado. A fim de induzir indiretamente o padrão de comportamento do franqueado, o contrato de franquia apresenta duas características que atendem respectivamente aos problemas de esforço de vendas e de manutenção do padrão de qualidade.

Para garantir o esforço de vendas, o contrato assegura que os ganhos do franqueado sejam diretamente proporcionais ao volume de vendas, o que é feito por meio do pagamento de uma taxa fixa (taxa de franquia). Portanto, o ganho do franqueado correspondente à sua receita líquida do pagamento dessa taxa fixa, tornando de seu interesse aumentar os esforços de venda (o que, aliás, era o interesse do franqueador). Essa característica do contrato resolve apenas parte do problema. É necessário que o franqueado tenha interesse em manter o padrão de qualidade do produto ou serviço. Para tanto, o franqueador deve atuar em duas frentes: a) aumentar o monitoramento sobre problemas de qualidade e b) transmitir ao franqueado parte dos ganhos relativos à valorização da marca, tornando-o cúmplice nessa atividade, quanto maior o fluxo de ganhos futuros que o franqueado obtém na relação de franqueamento, maior será o custo de eventualmente ter seu contrato rompido por conta de alguma evidência de insatisfação dos consumidores. Com esse

desenho contratual, promove-se o alinhamento de interesse entre as partes, o que induza o comportamento previsto contratualmente.¹⁵

Como esclarece bem a lição trazida à baila, a formatação do contrato de franquia deve tentar criar mecanismos para evitar o inadimplemento e para incentivar o bom cumprimento das obrigações pactuadas, tudo com o objetivo de suavizar o impacto dos efeitos decorrentes da assimetria de informações.

Na tentativa de evitar problemas e de encontrar soluções decorrentes da assimetria de informações dos agentes econômicos, foi desenvolvido o que se tem denominado contrato incompleto ou relacional, modelo no qual se encaixa o contrato de franquia.

¹⁵ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito, economia e mercados*, p. 125.

7 A FRANQUIA VISTA COMO UM CONTRATO RELACIONAL

Como foi dito no tópico anterior, a simetria de informação é quase sempre impossível de ser alcançada *ex ante*, nas relações contratuais complexas, diferidas no tempo e de longa duração, como ocorre na franquia.

Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi afirmam que os:

contratos são sempre incompletos, imperfeitos, passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza. Também podem ser alterados, na execução, simplesmente pela mudança da vontade dos agentes, ou em face de estes desconhecerem algum dado no momento de sua celebração, ou porque algum fato novo impediu a adesão deles ao que fora previamente combinado.¹⁶

É impensável prever todos os acontecimentos que poderão acontecer no futuro, quando da execução do contrato. Essas lacunas contratuais deverão ser preenchidas *ex post*, portanto.

Segundo os autores citados acima: “somente é possível alocar o risco com eficiência mediante a criação de incentivos ou de sanções no modelo do contrato se as partes conseguirem fazer com que, na ocasião da execução, essas cláusulas sejam validadas”¹⁷.

Como a Lei nº 8.955/94 não trata do contrato de franquia de forma pormenorizada, o legislador brasileiro, atento para essas hipóteses de incompletudes, houve por bem estabelecer três remédios no Código Civil de 2002 para tentar corrigir essas desigualdades verificadas no momento da execução dos ajustes.

Assim, no art. 317, o Legislador incorporou a teoria da imprevisão ao nosso ordenamento jurídico, antes aplicável com base na doutrina e na jurisprudência, para franquear à parte lesada o direito de discutir as cláusulas que se tornaram desiguais, em razão de fato imprevisível, visando restabelecer o equilíbrio contratual.

Igualmente, no art. 478, o Código Civil inovou ao trazer a possibilidade de resolução do contrato (ou revisão), se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa e,

¹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Eslevier-Campos, 2005. p. 117.

¹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, p. 117.

em consequência, acarretar vantagem manifestamente indevida para a outra.

Também procurou o Legislador resguardar o direito ao equilíbrio, quando introduziu no Código Civil de 2002 o instituto da lesão, no art. 157, para os casos em que o contratante se obrigue a arcar com uma prestação da qual não tenha dimensão de sua magnitude.

Importante ressaltar que todos esses remédios podem (e devem) ser invocados pelo suposto prejudicado, quando presente o requisito da boa fé objetiva (aquele dever de diligência que deve ter todo homem médio).

O que se pretende com essas medidas de salvaguardas é oferecer a possibilidade de corrigir a previsão contratual incompleta, com o afastamento dos eventos externos que possam afetar o equilíbrio da relação na ocasião da execução dos pactos.

Isso se revela essencial, na medida em que as contratações de longo prazo exigem um grau de certeza elevado. Ou seja, os grandes investimentos não se realizam sem que exista uma boa garantia de que os compromissos assumidos pelas partes poderão ser executados, no caso de descumprimento voluntário.

Porém, nem sempre esses remédios consagrados na cultura jurídica nacional serão suficientes para resolver os problemas decorrentes dos contratos incompletos.

Uma possível maneira de tentar-se resolver a questão da incompletude contratual seria através da elaboração de pactos que priorizem o processo de negociação, baseados na confiança e na solidariedade entre as partes.

A propósito, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi esclarecem:

Dizem alguns que a incompletude dos contratos apenas dá início a um processo maior oneroso de negociação, o qual, porém, se mostra mais eficiente. Vítor Goldeber celebra a teoria dos contratos relacionais - aqueles que 'ênfatizam o processo dos acordos em substituição ao seu detalhamento' -, e insiste em formas e técnicas de governança como meio de assegurar o cumprimento contratual. Para ele, os contratos comunicam determinados objetivos aos seus destinatários, com a intenção de alcançar resultados específicos, mas deve-se estar ciente de que podem surgir conflitos, em decorrência dessa incompletude.

[...]

Outro exemplo é a relação entre franqueador e franqueado: uma circular de oferta de franquia não contempla todas as relações legais possíveis entre um e outro; não apenas as responsabilidades, os direitos e os deveres são mais amplos que o texto contratual, como também os contratos se relacionam com sua negociação e adaptação futura

[...]

Nos contratos relacionais, as promessas são baseadas em salvaguardas e são ditadas por mecanismos reputacionais e por sanções informais, por aquilo que se conhece como soft law, isto é, o direito que não é direito posto e positivado, mas que muitas vezes funciona melhor que a própria lei. Por exemplo, a imprensa. Apesar de não ter a força de sanção, o uso da informação pelos meios de comunicação pode afetar (positiva ou negativamente) a credibilidade dos agentes envolvidos.¹⁸

Os contratos relacionais de franquia, em regra, são de longa duração, baseados na própria dinâmica estabelecida no curso da relação contratual.

Conforme ensina Ronaldo Porto Macedo Júnior, as principais diferenças entre esse tipo contratual e o modelo clássico são as seguintes:

Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional de longa duração em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada sua mutabilidade constante. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. A sua indeterminação ultrapassa os limites das soluções neoclássicas, como o contrato aberto, que estipulava regras definidas (ainda que mais abertas em relação à teoria clássica) para os reajustes contratuais. A própria possibilidade do estabelecimento de um 'standard' objetivo e prefixado para o reajuste tal como formalizado pela teoria neoclássica começa a se demonstrar insuficiente face o aumento expressivo do grau de contingencialidade e variação dos termos das relações contratuais. O contrato assume numa dimensão maior do que a teoria neoclássica é capaz de admitir e incorporar, uma dimensão processual, que adquire a forma de um jogo reflexionante que produtos 'in fieri' a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. Em substituição às cláusulas de reajuste, os contratos relacionais incluem termos estabelecendo processos institucionais pelos quais os termos de toca e ajuste serão especificados no curso da performance ou cumprimento contratual. Deste modo, os contratos relacionais fazem mais do que regular a torça de mercadorias e seu ajuste. Eles estabelecem o processo para cooperação inter organizacional no produto ou serviço, na produção e na estruturação da forma de gerenciamento. Assim é que em muitas contratações relacionais, como por exemplo o fornecimento entre empresas, até mesmo o sagrado princípio da instrumentalidade da empresa começa a ser questionado e se torna objeto de negociação. Empresas integradas em redes produtivas ou 'networks' num sistema de produção pós-fordista intensificam a troca de informações e começam a compartilhar livros e planilhas de custos. A divisão dos lucros passa a ser objeto de negociação entre as empresas no curso na performance contratual que as vincula. O lucro será agora menos produto da barganha entre as partes e mais o produto da mútua cooperação, dentro de novos princípios de solidariedade e onde o conceito de boa-fé passa a ter uma importância antes inexistente.¹⁹

¹⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, p. 119.

¹⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no direito brasileiro*. São Paulo, 1997. p. 07. Disponível em: <<http://168.96.200.17/ar/libros/lasa97/portomacedo.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2007.

Cláudia Lima Marques também destaca a importância dos contratos relacionais, por entender que um modelo que se baseia na confiança, na solidariedade e na cooperação dos agentes tende a ser mais eficiente na solução de conflitos ocorridos no momento da execução dos ajustes.²⁰

Vislumbrar o ajuste entre franqueador e franqueado como sendo um contrato relacional, dada a complexidade do compromisso e a flexibilidade da maneira de fornecer o produto ou de prestar o serviço, por certo, contribui para melhor compreensão do instituto e para um ganho de eficiência (econômica) maior. As cláusulas previstas na Circular de Oferta de Franquia (COF) não serão suficientes para abranger todas as situações futuras de conflito que poderão surgir. Nessas circunstâncias, a dinâmica da convivência entre os agentes deve ser pautar pela boa-fé e cooperação mútua, para que se possa alcançar um resultado coletivo positivo.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 565.

CONCLUSÃO

1. A opção pela atividade a ser exercida e o estudo envolvendo a demanda do público consumidor alvo e o *know how* do negócio constitui tarefa especialmente tormentosa para os interessados em empreender. Especialmente, num país como o nosso, em que a maioria das empresas encerram suas atividades ainda nos primeiros anos de exercício.
2. Empresas que possuem marcas já consolidadas no mercado têm dificuldade de ampliar seus negócios, dada a ausência de recurso próprio e a dificuldade na gestão de novas unidades.
3. Nesse contexto, o contrato de franquia surge como o instrumento pelo qual o detentor de uma marca ou produto (franqueador) cede o direito de uso a outrem (franqueado), prestando-lhe assistência contínua, sem vínculo empregatício, mediante o recebimento de uma remuneração.
4. O objetivo principal do contrato de franquia é procurar estabelecer uma forma padronizada de comercializar produtos e serviços, para que a marca do produto ou título de estabelecimento consiga ganhar maior receptividade perante o público consumidor.
5. A franquia é, assim, um contrato por meio do qual o franqueado e franqueador estabelecem uma relação de cooperação mútua, visando a consolidação da marca detida pelo franqueador e o desenvolvimento econômico-financeiro do franqueado, com redução de custos para o primeiro e de riscos para o segundo. Assim, resta evidente que existem muitas vantagens na utilização dessa modalidade de empreender, tanto para o franqueador, como para o franqueado.
6. A relação estabelecida entre franqueador e franqueado é complexa e a prestação objeto da franquia é flexível, razão pela qual o conflito de interesses surge como um entrave ao bom desenvolvimento do negócio. As partes tendem a agir buscando sempre o ganho individual máximo (não-cooperação), ainda que o seu comportamento seja oportunista e acarrete prejuízo ao outro agente. Por essa razão, visando garantir um resultado coletivo (agregado) maior, mostra-se interessante limitar o comportamento das partes, coordenando suas atitudes.
7. Possuir informações concernentes aos produtos e futuras ações das partes é uma condição fundamental para não haver dificuldade durante a fase de execução do contrato de

franquia. Todavia, as informações completas sobre os produtos e serviços nem sempre estão disponíveis para ambos os agentes envolvidos na negociação, no momento de formação do vínculo.

8. A legislação brasileira não conseguiu estabelecer remédio capaz de sanar com eficiência econômica todas as mazelas decorrentes dos conflitos de interesses surgidos na relação de franquia e da assimetria de informações. Uma possível maneira de tentar-se resolver esses problemas seria através da elaboração de pactos que priorizem o processo de negociação, baseados na confiança e na solidariedade entre as partes.
9. Assim, criou-se o que hoje se denomina contratos relacionais ou incompletos, que são aqueles pactos que priorizam processo de negociação entre as partes, dos contratos relacionais, baseado na confiança, na solidariedade e na cooperação dos agentes.
10. A compreensão da relação estabelecida entre franqueador e franqueado, levando-se em consideração as premissas que são próprias da dinâmica dos contratos relacionais e incompletos, tende a ser mais eficiente (do ponto de vista econômico) na solução de conflitos ocorridos no momento da execução dos ajustes.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. A lei da Franquia Empresarial (n. 8.955 de 15.12.1994). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 722, p. 25-39, dez. 1995.
- BITTAR, Carlo Alberto. *Contratos comerciais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BRASIL. Lei nº 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. *DOU*, Brasília, 16 dez. 1994.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- CHAVES, Lina Márcia Fernandes. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 4. v.
- FERNANDES, Lina Márcia Chaves. *Do contrato de franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda; SILVEIRA, Alzira Malaquias da; FERREIRA, Marina Baird. *Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. (Dicionário eletrônico, versão 3.0).
- LOBO, Jorge. *Contrato de "franchising"*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. *Contratos relacionais no direito brasileiro*. São Paulo, 1997. Disponível em: <<http://168.96.200.17/ar/libros/lasa97/portomacedo.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2007.
- MARIANI, Irineu. Franchising. In: Tópicos. *Juris Plenum*. Caxias do Sul: Ed. Plenum, 2006. v. 1, Doutrina.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Eslevier-Campos, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Eslevier-Campos, 2005.