

FRANCHISING

Denis Borges Barbosa (Setembro 2002)

Franchising	1
Noção de franquia.....	2
O que é aviamento?	3
Estruturas confederais de alocações de risco.....	4
Conteúdo complexo dos serviços de <i>franchising</i>	6
Jurisprudência: distinção de licença de marcas e franquia	7
Jurisprudência: distribuição de produtos não é essencial para a franquia	8
Jurisprudência: devem-se <i>royalties</i> sempre	8
Concessão de vendas, <i>Know-How</i> e <i>franchising</i>	9
A objeção ao <i>franchising</i>	11
Definição legal de <i>franchising</i>	11
Jurisprudência: Franchising e cláusula de quarentena.....	12
Jurisprudência: eficácia da cláusula de exclusividade.....	12
Mais definição do contrato	13
Jurisprudência: Franquia e efetividade de prestação	13
A questão confederal	13
Jurisprudência: franquia não é relação de consumo	15
Jurisprudência – sem circular de franquia não há contrato	15
Jurisprudência – não há franquia quando o franqueador paga ao franqueado.....	16
As modalidades de <i>franchising</i>	16
Franquia e direito da concorrência	17
Tying in	19
Jurisprudência: franquia por si não justifica compra casada.....	20
Cláusulas de exclusividade.....	21
Condições de licitude das cláusulas em direito privado	22
Aplicação da legislação de defesa da concorrência.....	22
Averbação no INPI	23

O problema tributário do <i>franchising</i>	24
Tratamento do franchising perante IRPJ: anos 70.....	24
Problema do IRPJ após a Lei de Franquia.....	27
Legislação Tributária: IRPJ	28
CIDE.....	28
ISS	28
Jurisprudência Administrativa: ISS sobre franquia.....	29
Bibliografia sobre Franchising	29

Noção de franquia

Diz o Houaiss, até que com uma surpreendente precisão em matéria jurídica:

[Franquia] - relação comercial em que uma pessoa física ou jurídica (o *franqueador*), titular de marca registrada, patente ou registro de propriedade industrial, concede a outra (o *franqueado*) licença para a utilização (em atividade de comércio, indústria ou serviços) de sua marca, bem como de seu processo de produção, seus produtos e/ou seu sistema de negócios, mediante o pagamento de *royalties* e o cumprimento de determinadas condições;

Mas o que o dicionário não enfatiza é que o *franchising* ou franquia é um tipo de negócio jurídico de fundo tecnológico ¹, que importa na padronização do aviamento ² de várias empresas independentes entre si, não necessariamente vinculadas por laços societários diretos ou indiretos. A peculiaridade do *franchising* está na multiplicação da rede, o que o torna distinto de um contrato de *know how* somado a uma licença de patentes.

O empresário X conseguiu uma boa fórmula empresarial, principalmente de venda; para expandir seu próprio negócio, sem porte de capital monetário, contrata com outras pessoas a reprodução de sua fórmula, normalmente amparada no uso de signos distintivos (marcas, etc, .) do franqueador contra o pagamento de uma importância habitualmente relacionada com o volume de negócios.

Assim, o hotel X, que aperfeiçoou os seus serviços a ponto de padronizar desde o treinamento dos bell boys até a instalação elétrica nos quartos, repassa tal experiência a métodos a terceiros independentes empresários de seu ramo. Esta *organização*, embora sem aparência na contabilidade, é um ativo essencial da empresa ³.

¹ A tecnologia, aí, não é necessariamente *técnica*, no sentido do direito das patentes: não importará na *mudança dos estados da natureza*. Como veremos, é predominantemente um *know how* organizacional e comercial.

² Oscar Barreto Filho, Oscar Barreto Filho, Teoria do Estabelecimento Comercial, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 169: aviamento é "o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento *in concreto* a aptidão de produzir lucros". Vide também J.X Carvalho de Mendonça, Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Freitas Bastos, 1959, vol. V. no. 17. Vivante, Trattato di diritto commerciale, 3o. vol., 3a. ed., no. 840.

³ Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Comercial, volume 1, ed. Saraiva 1999.: "Ao organizar o estabelecimento, o empresário agrega aos bens reunidos um sobrevalor. Isto é, enquanto esses bens permanecem articulados em função da empresa, o conjunto alcança, no mercado, um valor superior à simples soma de cada um deles em separado. (...) Claro que a desarticulação de bens essenciais - cuja identificação varia enormemente, de acordo com o tipo de atividade

O que é aviamento?

Um armazém de secos e molhados às antigas, comparado com um supermercado, mostram-se semelhantes, enquanto empresas voltadas para um mesmo mercado, disputando a mesma clientela. Apenas os diferencia o aviamento, que é também caracterizado como a “idéia organizativa” da empresa ⁴.

O armazém, com seus balcões de pinho enebados, o charque e o bacalhau pendurados em ganchos, caixeiros lentos e dono de grandes bigodes, configura um conceito mais pessoal e mais defensivo de comercialização. Em oposição, há a fórmula na qual o cliente escolhe sozinho a mercadoria nas prateleiras, sem intervenção dos vendedores, livre do balcão; isto, somado com o pagamento à saída, caracteriza um estilo de *aviar* a seção de vendas que, impessoal e sedutor, revolucionou o comércio de bens de consumo não duráveis.

Aviamento é, assim, o conjunto de elementos imateriais (não financeiros) de uma empresa, o modelo que organiza os seus elementos humanos e físicos numa estrutura destinada a produzir o lucro. Sem o aviamento, os balcões, o estoque e o pessoal de uma sapataria seriam um conjunto desorganizado incapaz de gerar receita, quanto mais lucro.

O aviamento é a parte imaterial da empresa. Como precisou o Tribunal de Alçada Cível de SP (AI 159.034 - 9ª Câm. - Rel. Juiz JOAQUIM DE OLIVEIRA - J. 8.6.83, in JTA (RT) 84/364), “o fundo de comércio é identificável pela reunião de dois elementos fundamentais, sendo um deles formal, com a tarefa de “organizar e coordenar os diversos elementos do fundo, podendo definir-se a *idéia abstrata da exploração comercial*”, enquanto o outro, de caráter material, consistente “no conjunto de bens e valores corpóreos e incorpóreos, indispensáveis à exploração”.

Para que possibilite ter alguma vantagem comparativa na concorrência, o aviamento presume algum tipo de criação de imagem, de eficácia, ou de outra técnica. Por tal razão, disse o Supremo Tribunal Federal (Recurso extraordinário:28353. Ministro Afranio Costa j. 1952/08/25. Segunda turma. Publicações: ADJ data-14-01-57 pg-00123 Ementário do STF vol-00234-02 pg-00422) que no fundo de comércio é indispensável o elemento criador. Por isso esse “fundo” não se confunde com o fundo minerário, o potencial de exploração de uma jazida de onde é extraído o minério em estado natural; no direito francês, onde tal fundo minerário é previsto, ele se caracteriza como fundo civil, cuja duração está inflexivelmente subordinado a exaustão da jazida. O fundo de comércio é renovável.

desenvolvida, e o seu porte - faz desaparecer o estabelecimento e o sobrevalor que gerava. Se o industrial desenvolveu uma tecnologia especial, responsável pelo sucesso do empreendimento, a cessão do know how pode significar a acentuada desvalorização do parque fabril. (...) Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica. A proteção jurídica do estabelecimento empresarial visa à preservação do investimento realizado na organização da empresa."

⁴ Oscar Barreto Filho (ob. cit., p. 171) : "mera abstração falar do aviamento como coisa ou elemento existente por si próprio, independente do estabelecimento. O aviamento existe *no* estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem *na* pessoa humana, a velocidade *no* automóvel, a fertilidade *no* solo, constituindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem. O aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento, e, portanto, não pode constituir em si e por si objeto autônomo de direitos, suscetível de ser alienado, ou dado em garantia" Apesar da afirmação do autor, está claro que o *franchising* é uma cessão de fertilidade e beleza, ou pelo menos da aparência comercializável desses predicados.

Segundo esta definição, toda empresa tem aviamento. É o valor do aviamento - sua complexidade, eficácia, capacidade de adaptação - que vai diferenciar uma empresa no mercado, fixando sua posição na concorrência. Nesta perspectiva tão genérica, pode-se certamente questionar a validade prática da noção de aviamento.

Mas ao se considerar uma noção derivada, a de “elementos do aviamento”, o sentido pragmático avulta. Segundo os autores de direito comercial, o aviamento é a soma da tecnologia administrativa e industrial, da marca, dos direitos de monopólio, do ponto comercial ⁵, enfim de um conjunto de elementos intangíveis, cada um dos quais voltados à conquista ou manutenção da clientela.

A noção de que um método de vendas - armazém ou supermercados - integre o aviamento é fácil de aprender; menos simples é perceber que a estrutura administrativa também é parte da “idéia organizativa” ⁶. Tanto legal quanto economicamente, isto denota a nova importância dos elementos do aviamento como bem jurídico, autônomo em face dos elementos imateriais da empresa, *inclusive com mercado próprio*. O mercado do aviamento...

O comércio de tecnologia, o comércio de marcas, até o comércio do aviamento inteiro através do sistema de *franchising* são fenômenos relativamente recentes a se somar ao velho traspasse de ponto, como negócios típicos de clientela.

Como um bem de uso, o aviamento representa a capacidade de entrar num mercado, nele manter-se ou mesmo de adiantar-se à concorrência, captando maior clientela do que seria a probabilidade estatística de um empresário sem clientela.

Estruturas confederais de alocações de risco

O *franchising* se põe como um sistema de multiplicação de uma mesma organização empresarial de produção, vendas ou serviços sob responsabilidade de vários empresários autônomos. É o uso inventivo da licença de signos distintivos (marcas, *trade dress*), complementada pela padronização administrativa, organizacional e, em certos casos, tecnológico, das unidades técnicas de produção de empresas independentes.

Nessas estruturas, os franqueados arcarão com *o risco do seu próprio negócio*, mas prestarão serviços idênticos ao do titular da experiência adquirida inicialmente, de forma que, para o consumidor, pareça ser a mesma empresa; esta impressão é fortalecida pelo fato de todos os prestadores do mesmo serviço, etc. usarem a mesma marca.

A relação entre concedente e concessionário (franqueador e franqueado) se constrói tão estreitamente que pouco falta para se completar a unidade empresarial: o contrato via de regra inclui obrigação de exclusividade recíproca, da parte do franqueado só vender os produtos, ou prestar os serviços constantes do escopo contratual; da parte do franqueador

⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo -: Estabelecimento comercial. Recurso: AI 205787. CCIV 5. 17/02/94, - Avaliação em processo de arrolamento de bens - inclusão do ponto comercial na avaliação do fundo de comércio Adm - valor econômico do local de negócio - O ponto ou local de negócio insere-se entre os elementos e imateriais da fazenda mercantil, representando valor econômico e um dos fatores de aviamento.

⁶ Ainda mais difícil é reconhecer à tecnologia industrial- tão mitificada como deusa da modernidade - o modesto status de parte da concepção empresarial, a mui reduzida tarefa de arrumar o galpão, dispor as máquinas, organizar o trabalho e comprar os insumos certos. No entanto, quase todas as definições de tecnologia enfatizam seu aspecto de organização de conhecimentos e habilidades, para o fim da produção econômica.

de só fornecer os produtos ou autorizar o uso da marca para o franqueado, no espaço geográfico avençado, ou, pelo menos, de lhe dar preferência.

Não fosse pela independência de assunção de risco empresarial (de resto algo relativo), a unidade se completaria; e ter-se-ia uma única empresa exercida por várias pessoas naturais ou jurídicas diversas, mesmo sem vínculo societário. Como diz Jean Guyenot, constituiu-se numa estrutura empresarial *de caráter confederal*.⁷

Numa análise de risco, costuma-se apontar as seguintes características da franquia como favoráveis ao franqueado⁸:

Perspectiva de Sucesso de um negócio já experimentado

O planejamento, pesquisas e aperfeiçoamentos ficam sob a responsabilidade do franqueador.

Já há conhecimento do mercado específico.

Imagem consolidada no mercado, ou signos visuais e *trade dress* refinado para conquistar um mercado novo

Economia de escala em compras de maiores volumes e custos de propaganda e promoções.

Maiores facilidades de acesso a créditos.

Retorno mais rápido, do que nos negócios independentes.

Independência Jurídica (a estrutura confederal)

De outro lado, apontam-se desvantagens específicas do modelo:

Controle Externo (auditorias) por parte do franqueador.

Limitação da Autonomia, do mercado e da criatividade do franqueado.

O contrato é de longa duração

Há um custo da Aquisição da Franquia (taxas), com riscos de não cumprimento das cláusulas contratuais.

A escolha de qual seja o franqueador pode ser equivocada.

O ponto pode pertencer ao franqueador

O ponto de vista do Estado, como promotor de investimento, fica aparente nesta análise do MDIC⁹:

As vantagens da franquia para fortalecer a economia decorrem da melhor estruturação da atividade empresarial quando ligada a uma rede cujo negócio já se encontra testado e reconhecido no mercado. Do ponto de vista fiscal, ainda que indiretamente, essa atividade força a uma maior transparência no faturamento das empresas, aumentando a base de cálculo para fins de apuração de impostos.

O pequeno empresário associa-se, assim, a uma rede estruturada e com marca já testada no mercado e recebe serviços de apoio e assistência na condução da operação. Embora, como em qualquer outro negócio, haja risco para o empresário, o fato de existir uma rede reduza

⁷ Jean Guyenot: "Qu'est-ce que le franchising?" Dunod. 1973, p. 22.

⁸ Sebrae, em <http://www.sebrae.com.br/Novo_Site/portugues/inf_empresariais/ie_fr_vr_c.htm>

⁹ Em <http://www.mdic.gov.br/progacoes/desenvolvimento/franquia.html>.

as chances de insucesso e as dificuldades que esse pequeno empresário teria se tivesse abrindo um negócio novo, partindo do zero

Conteúdo complexo dos serviços de *franchising*

Fábio Konder Comparato, escrevendo na década de 70', enfatizava a multiplicidade de prestações no *franchising* ¹⁰:

Esse elemento de prestação de serviços do franqueador ao franqueado é claramente distinto da simples licença de utilização de marca ou outro sinal distintivo. Ele comporta, na verdade, três aspectos vulgarmente caracterizados pelas expressões *engineering*, *management* e *marketing*. O franqueador, antes de mais nada, pode planejar a própria montagem material do negócio do franqueado (local e instalações). Ademais, ele costuma fornecer também ao franqueado um esquema completo de organização empresarial, desde o organograma de pessoal até a própria contabilidade e a política de estoques, com apoio em sistemas computacionais, como, por exemplo, um sistema integrado de estoques e compras. Acessoriamente, o franqueador porá à disposição do seu co—contratante o acesso ao seu equipamento de processamento de dados e um financiamento para a aquisição ou a reforma de suas instalações. Finalmente, quanto ao marketing, informações e instruções precisas serão dadas para o desenvolvimento das vendas ou da prestação dos serviços do franqueado ao público. O franqueado poderá, assim, usufruir de uma experiência acumulada do franqueador, no mercado em questão, quanto aos sistemas de vendas e serviços (sucesso ou insucesso de promoções especiais, vendas a crédito ou descontos, por exemplo). Gozará, ademais, dos efeitos de uma publicidade largamente montada em torno da marca ou sinais de propaganda, cuja utilização lhe foi concedida.

Sem dúvida se teria, assim, a licença de uso de signos distintivos, e outros serviços. Qual a natureza destes? No PNCST 143/75 (já não mais em vigor), tratando de *franchising*, o fisco estabeleceu distinção entre a licença de direitos de propriedade industrial e a assistência técnica (leia-se, *know how*), sendo esta “serviços de consultoria e/ou assessoramento envolvendo conhecimentos especializados de quem os presta em cada campo de ação”. De outro lado, os serviços de publicidade, organização e métodos de venda não seriam “assistência técnica”.

Mas seria o *Franchising* uma soma de contratos, ou um contrato complexo? Diz Marçal Justen Filho ¹¹:

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

Incumbe a ambas as partes a execução de inúmeras obrigações de fazer. Isso torna inviável a dissociação de obrigações de fazer, para fins de identificação de "prestação de serviço". É impossível, aliás, definir quem presta serviço a quem, no âmbito do contrato de franquia, tal como é inviável apontar remuneração correspondente à prática de um dever específico. ... Por decorrência e relativamente ao conjunto de atividades desenvolvidas pelas partes, em cumprimento aos plexos de deveres de fazer e de não fazer, previstos no contrato de franquia,

10 Fábio Konder Comparato, *Ensaaios e Pareceres*, vol. I, pp. 372 e ss.

11 ISS e as atividades de Franchising, *Revista de Direito Tributário*, vol. 64, págs. 242/256

não se caracteriza prestação de serviços. Nem o franqueado presta serviços ao franqueador, nem vice-versa."

Data vênia do eminente autor, há certamente um conteúdo de prestação de serviços no *franchising*, e os tribunais, como se verá, responsabilizam o franqueador pela falta de fornecimento do aviamento.

Muitas discussões foram suscitadas, no passado, sobre a confusão do *franchising* de distribuição de produtos (não o de serviços) e a concessão de vendas. Distingue-se o *franchising* da simples concessão de vendas:

- a) porque a base do negócio jurídico de *franchising* é a cessão de uso dos signos distintivos;
- b) porque, no *franchising*, há sempre uma certa padronização do aviamento;
- c) porque o conceito de *franchising* admite que o franqueador seja também produtor de bens ou serviços, e não simples revendedor.

A franquia (como a concessão) vem acompanhada, habitualmente, de uma forma qualquer de exclusividade mútua: o franqueador só prestará os serviços, fabricará os produtos ou comercializará os mesmos sob a marca ou nome do franqueador; este, por sua vez, só fornecerá os produtos, permitirá o uso das marcas ou nomes, ou fornecerá as informações ao franqueado, na área e pelo prazo acordado. Como se verá, suscitam-se objeções relevantes a esse tipo de cláusula, à luz do direito comum e da legislação antitruste.

Jurisprudência: distinção de licença de marcas e franquia

> Tribunal de Justiça do DF

5ª TURMA CÍVEL APC - APELAÇÃO CÍVEL, 52.337/99 – EMENTA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – UTILIZAÇÃO DE MARCA COMERCIAL – AUTORIZAÇÃO DA AUTORA – DESNECESSIDADE DE CONTRATO DE FRANQUIA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA.(...) 2. Atestado que o representante legal da autora autorizou a utilização da marca comercial da mesma pela ré, não procede o pedido de indenização a esse título, sendo despicienda a existência do contrato de franquia a legitimar o referido uso.3. Recurso improvido. Unânime.

Voto - A Senhora Desembargadora ADELITH DE CARVALHO LOPES - Relatora. (...) Sabe-se que a franquia (*franchising*) tem por fim a exploração de uma marca ou produto com a assistência técnica do franqueador. Em outras palavras, além da concessão da franquia, deve o franqueador prestar também assistência técnica ao franqueado. Pode consistir ela na mera assistência técnica em relação ao bom funcionamento de aparelhos, quando os objetos comercializados forem dessa natureza – marcas especiais de rádios, televisões, refrigeradores – até a colaboração na publicidade para maior venda dos produtos; pode também a assistência ser financeira, mediante o fornecimento de certas garantias, ou a assistência contábil, relativa à adoção de certa espécie de escrituração a ser observada pelo franqueado.

Sabe-se, igualmente, que uma das características da franquia (*franchising*) é a independência do franqueado, ou seja, sua autonomia como empresário, não ligado, assim, por um vínculo empregatício com o franqueador. Por isso, não é a empresa franqueada (*franchisee*) uma sucursal do franqueador (*franchisor*).

Não se ignora, também, que a franquia tem por escopo, em relação ao franqueador, uma rede de distribuição de produtos ou de serviços em condições pouco onerosas para o franqueador. Desse modo, têm-se que o contrato de franquia compreende uma prestação de serviços e uma

distribuição de certos produtos, de acordo com as normas convencionadas. Bom, feitas essas breves considerações, passo à análise da questão de fundo.

Ao que se verifica da cláusula quinta do contrato social da autora-apelante (fls. 43/44), “a gerência e administração da sociedade, bem como o uso da razão social, caberá ao sócio MAURO MARTINS BORBA, que assinará todos e quaisquer documentos da sociedade, representando-a ativa e passiva, judicial ou extrajudicialmente...”

Pois bem, de posse dos poderes estatutários que lhe foram conferidos pela autora, MAURO MARTINS BORBA, sócio majoritário da mesma, autorizou à ré, de quem também era sócio, o uso das marcas “Bolinho de Bacalhau-Rio”, “Churrasquinho de Gato”, “Comeu, Morreu de Felicidade” e “Sorveteria Buffet”, conforme consta da cláusula primeira do contrato social de fl. 14/16.

Assim sendo, observa-se que ao ser fundada a ré, o sócio majoritário da autora, pretendia, apenas, expandir os seus promissores negócios, e se a ela emprestou seus conhecimentos técnicos, fê-lo na qualidade de sócio, ou seja, na qualidade de um dos donos da mesma e não como mero orientador ou assistente técnico. Vê-se, portanto, que não houve nenhuma avença no sentido da autora prestar qualquer assistência ou orientação comercial à ré, e muito menos a intenção de distribuir produtos seus. Daí, confrontando-se esses fatos com as características da franquia, objeto das breves considerações supra, verifica-se, sem menor esforço de raciocínio, que entre as duas empresas contrato de franquia não houve, quer escrito quer verbal. Dessa forma, em nada socorre à apelante a repetitiva alegação de que, com a apelada, de boa-fé, entabulara contrato dessa natureza. (...)

Jurisprudência: distribuição de produtos não é essencial para a franquia

> Tribunal de Justiça do RS

Embargos infringentes 70002655561, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Ementa: Embargos Infringentes. Pedido de falência. (...) Contrato de **franquia** empresarial. Falência requerida pelo franqueador. Possibilidade. Não sendo a venda do produto essencial ao contrato de que se trata, se ela ocorre essa relação e puramente comercial, sujeitando-se o comprador a execução individual ou coletiva, neste ultimo caso pela possibilidade de pedido de falência, ate por que a exceção não se presume e a lei n. 8955/94, silenciou totalmente a respeito. Não esta em jogo o contrato de **franquia**, mas relação decorrente da **franquia**, que ate poderia não existir, uma relação de compra e venda de mercadoria.

Jurisprudência: devem-se royalties sempre

> Tribunal de Justiça do DF

Segunda Turma Cível, APC - Apelação Cível, Nº. Processo

1998.01.1.020789-7, Apelantes RESTPAR ALIMENTOS LTDA. (1º APTE) E KI-SABOR COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (2º APTE) Apelados: OS MESMOS. Relator Des. JAIR SOARES - EMENTA - AÇÃO DE COBRANÇA. FORNECIMENTO DE MERCADORIAS. USO DE MARCA. INTERVENÇÃO NO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS.1 - Se as mercadorias foram entregues no estabelecimento no período em que o fornecedor, realizando "intervenção", geria o negócio, mas não prestou contas de sua gestão, indevido o pagamento, eis que o fornecimento se fez no interesse desse.2 - Mesmo no período em que o fornecedor estava à frente do negócio, devido, na forma do contrato, o pagamento pela utilização comercial de marca.3 - Contas de período de gestão do fornecedor devem ser exigidas em ação de prestação de contas.4 - Provida em parte a apelação da autora. Não provida a apelação da ré.

VOTO -Conheço de ambos recursos. A primeira apelante, autora da ação, por força de contrato que celebrou com CPA - Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, tornou-se cessionária de todos os direitos e obrigações dos contratos de franquia, firmados com terceiros por essa, relativamente à marca Giraffas (fls. 12/22). Na qualidade de cessionária tem, pois, legitimidade ativa para cobrar créditos decorrentes do contrato de franquia que a cedente

mantinha com a ré (fls. 23/37). Afirmou a autora que a ré deixou de pagar, além dos royalties de abril/95 a dezembro/97, produtos que adquiriu, conforme notas fiscais que apresentou e valores relacionados na inicial. Ocorre, no entanto, que, ao intervir no estabelecimento da ré, as mercadorias que forneceu a ela interessava, vez que comercializava com essas mercadorias. Como não prestou contas do período de intervenção, não pode pretender pagamento de mercadorias que forneceu, pouco importado tenha apresentado notas fiscais dessas mercadorias, atestando o recebimento.

Sem relevância, por conseguinte, que a ré, na contestação, não tenha impugnado a alegação de entrega das mercadorias, porquanto, mesmo não se questionando que foram essas entregues, porque houve intervenção da autora no estabelecimento, as mercadorias entraram no interesse dessa que, além do mais, não prestou contas de sua gestão.

Não provou a ré, contudo, que pagou os royalties. E a exceção non adimpleti contractus que fez - alegação de que a autora deixou de lhe prestar assistência técnica e de publicidade - não restou provada, ônus que lhe cabia (CPC, ART. 333, II). Além do mais, tratando-se de contrato de franquia, que envolve marca e uso dessa, royalties são devidos pela utilização comercial da marca - no caso, "girafas", que ocorreu até dezembro de 1997, fato não impugnado na contestação. E mesmo no momento de intervenção da autora na administração da ré, os royalties, de 4% (quatro por cento) sobre o valor bruto do faturamento da ré, devem ser pagos, posto que utilizada a marca na comercialização dos produtos.

Concessão de vendas, *Know-How* e *franchising*

A distinção entre as obrigações de repasse de *know how* e aquelas que resultam das concessões comerciais é difícil, mormente quando a concessão se refere à prestação de serviços.

Está claro que não nos referimos às modalidades de concessão de vendas que se limitam a simples distribuição de produtos, com uso de marca e vínculo de exclusividade. A confusão com o contrato de *know how* é possível quando, aderindo à distribuição, existe uma modalidade qualquer de reorganização de aviamento da concessionária; e a confusão se torna quase inevitável quando o concessionário é, ele mesmo, produtor de bens ou prestador de serviços.

Pode-se conceber a existência de uma parcela de comerciabilidade em todo o *know how*, função que é da reditibilidade de um conhecimento técnico. Mas se pode conceber, também, um *know how* comercial puro, sob a forma de métodos de construir um aviamento, sob o abrigo de segredo de empresa; algo que mesmo Magnin, que dedica seu livro às modalidades industriais do *know how*, não deixa de reconhecer fazendo suas as considerações de Mousseron:

“Les connaissances techniques ne se cantonnent pas aux plans industriel et documentaire. Elles obtiennent une importance de plus en plus grande en matière de gestion des entreprises (...). Des entrepreneurs placés devant des problèmes résolus avant eux souhaiteraient connaître les solutions ainsi dégagées, sans en avoir supportés les mêmes frais et, surtout, les mêmes délais”.

Os elementos de *know how* comercial estão implícitos naquele segmento classificado por Magnin como “conhecimentos da ordem empírica”. A escolha de determinados fornecedores de matéria-prima, ou adequação de um produto ao mercado, aos gostos de clientela, são parcela essencial da atividade empresarial, objeto da produção. Onde não há produção de bens materiais ou onde a produção independe de aporte especial de conhecimentos técnicos, o *know how* transmitido se distancia da “arte de fabricação” (com

a conotação que lhe é própria, o ambiente de máquinas, equipamentos, energia em alta tensão e fumaça) para chegar a uma “arte de produção”, mais lata e mais capitalista.

Na modalidade de contrato que se tem denominado de “franchising” as características do *know how* comercial se mostram mais evidentes:

“L’inventeur d’un produit ou d’un service nouveau, le promoteur d’une idée originale vont tester ce produit ou cette idée dans leur entreprise personnelle. Ils vont mettre au point des méthodes de production, de promotion. Lorsque la mise au point est terminée, et que la commercialisation s’avère être un succès l’inventeur va devenir le promoteur de son système et s’efforce de céder ses connaissances techniques et commerciales, ce que l’on appelle son *know how*, à des franchisés - ceux ci bénéficieront de l’expérience accumulée ¹².”

Na franquia existe, normalmente, um repasse de *know how* organizacional, de conhecimentos técnicos industriais, e de técnicas de promoção, mas necessariamente acoplado ao uso de marcas, expressões de propaganda, nomes comerciais, títulos de estabelecimento ou outros elementos distintivos (uniformes idênticos, pinturas idênticas das fachadas, etc.) ¹³. Não só existe transferência de aviamento estático, como, através de vínculos diversos (unificação de publicidade, e centralização de reservas, no caso de hotéis e agências de locação de veículos, etc.) uma estratégia empresarial centralizada.

Existe também algum repasse de conhecimentos técnicos nos ajustes de concessão de vendas simples, onde o concessionário se compromete a prestar assistência técnica, reparos, acompanhamento de operação, montagem, treinamento de usuário. Mas, está claro, é algo muito diverso do que acontece nos contratos de “franchising”, ainda quando exista autorização de signos distintos e alguma forma de exclusividade.

O que se tem, na franquia, é o caso limite da cessão de aviamento, uma industrialização da própria “arte de reprodução”, que no contrato de *know how* é pactuada como uma operação artesanal, casual. As técnicas empresariais e produtivas, elas mesmas, se transformam em bens de troca em larga escala. Os elementos associativos que se notam na maior parte dos contratos de *know how* e que são responsáveis pelo seu aspecto de permanência, acham-se na espécie enfatizados ao seu limite extremo.

Para todos os efeitos de uma análise do alcance das práticas restritivas em contratos de *know how*, não se pode deixar de considerar o caso específico dos acordos de “franchising”, pelas óbvias possibilidades de concentração de poder econômico que tais arranjos importam. Mas se pode ensaiar uma distinção entre as obrigações de *know how*, típicas, e as que resultam das franquias.

Em primeiro lugar, o *know how* deriva boa parte de seu valor econômico do sigilo das informações que encerra; a franquia, embora ocasionalmente resulte em transferência de dados sigilosos, o mais das vezes se vale dos direitos de propriedade industrial sobre signos distintos (marcas, nomes, títulos, propaganda, *trade dress*) para assegurar a proteção de seu valor econômico, consistindo as informações transferidas de elementos de domínio e disponibilidade pública.

12 G. Teston apud. R. Fabre, op. cit. p. 208.

13 Fabio Konder comparato: Franquia e concessão de venda..., in Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial. Forense 1978, p. 372 e ss. Fran Martins. Op. cit., p. 583. Orlando Gomes. Op. cit., p. 575. Ruy Barbosa Nogueira: Direito Tributário Aplicado. Forense, EDUC, SP, 1976, V. II, p. 16. Waldírio Bulgarelli: Contratos Comerciais. Atlas, 1979, p. 514.

Em segundo lugar, como já se expôs, o conteúdo associativo dos contratos de *know how* é menor; embora podendo importar em comunicação recíproca e contínua de aquisições e experiências tecnológicas, não chega nunca a centralização de opções empresariais e de posicionamentos mercadológicos. Os vínculos são mais de colaboração do que de integração, e nunca uma relação confederativa.

A objeção ao *franchising*

A franquia tem inúmeros entusiastas e detratores; uma crítica de suas vantagens e perigos, que aliás não é objeto deste capítulo, pode ser encontrada em Fábio Konder Comparato, ao qual remetemos o leitor.

A grande objeção ao *franchising* usado em escala internacional é que ele representa uma forma de remuneração que, se de um lado não dá origem ao efetivo investimento de capital de risco, de outro raramente ou quase nunca representam uma transferência real de tecnologia. A simples diminuição da margem de risco do empresário independente operando no país, através da padronização organizacional, não compensa de forma alguma a sua absoluta dependência de fontes externas e a correlativa esterilidade tecnológica.

Raciocínios como este levaram à uma rejeição inicial do contrato entre nós. Assim é que, na década de 70', o fisco pronunciou-se pela assimilação do *franchising* à sua forma básica, a licença de marca¹⁴. No caso específico do *franchising* para o setor hoteleiro, o INPI chegou a restringir as contratações em geral e a negar averbação aos acordos prevendo quaisquer pagamentos percentuais.¹⁵

Outra objeção suscitada é o da possibilidade de infrações às leis da concorrência, tema que se verá mais adiante..

No momento, após a Lei de 1994, essa modalidade contratual parece bem estabelecida no Brasil. Temos o terceiro lugar mundial em número de franquias, superado apenas pelos EUA e Japão.

Definição legal de *franchising*

O art. 2º, da Lei nº 8.955/94, define o contrato de franquia do modo seguinte:

"Franquia empresarial é o sistema pelo qual o 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".

Assim, existe como essência legal do contrato o *uso de marca ou de patente*. Entendemos que é errônea essa concepção. Patente dificilmente haverá; e não só marcas constituem a espinha dorsal da franquia. Em muitos casos, sê-lo-á o *trade dress*¹⁶. A lei igualmente

14 PNCST 143 e 186/77.

15 AN 56/81.

¹⁶ Two Pesos, Inc. V. Taco Cabana, Inc., 505 U.S. 763 (1992) "[T]rade dress" is the total image of the business. Taco Cabana's trade dress may include the shape and general appearance of the exterior of the restaurant, the identifying sign, the interior kitchen floor plan, the decor, the menu, the equipment used to serve

estabelece como dever de transparência, imposto ao franqueador, o de esclarecer a situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado por ele.

O segundo elemento do contrato é o que a lei define como “direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços”. Certamente não é *distribuição* a noção adequada. Nas hipóteses em que o franqueado é produtor, não há distribuição, mas produção com auxílio dos signos distintivos, e com base nos serviços auxiliares prestados pelo franqueador.

O que existe, quase sempre, é a exclusividade total ou parcial, em termos geográficos. Não de necessariamente de distribuição, mas de exercício da atividade com os signos distintivos, e com apoio nos serviços da franquia. As implicações dessa exclusividade para o direito da concorrência vai ser examinada abaixo.

A lei impõe ao franqueado tornar claro se é ou não garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz. Além disso, o franqueador deve fixar nas condições da franquia se o franqueado pode ou não realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações. Também é necessário ficar explícito se é ou não possível ao franqueado a implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador, após o término da franquia (exclusividade *post mortem*...).

Jurisprudência: Franchising e cláusula de quarentena

> Tribunal de Justiça do RS

Ementa: apelação cível. Contrato de franquia. "cláusula de quarentena". Viabilidade jurídica. Boa-fé. E perfeitamente viável a previsão de período de "quarentena", imposto ao franqueado, logo após a resolução do negócio jurídico de franquia. No caso concreto, o período previsto e de um ano, com estabelecimento de multa para a hipótese de infração a regra. Apelação desprovida. (Apc n.º 597023191, sexta câmara cível, TJRS, relator: Des. Antônio Janyr dall'Agnol Junior, julgado em 18/03/1997)

Jurisprudência: eficácia da cláusula de exclusividade

> Tribunal de Justiça do DF

APELAÇÃO CÍVEL APC5197499 DF, Registro do Acórdão Número : 123780, Data de Julgamento : 06/12/1999, Órgão Julgador : 3ª Turma Cível, Relator : JERONYMO DE SOUZA, Publicação no DJU: 18/04/2000 Pág. : 38. Ementa - processo civil. Contratos de franquia.(...) . Contratos de franquia. Falta de pagamento das taxas e royalties avençados. Inadimplência. Rescisão contratual. Juros de mora. Taxas de 0,5% ao dia. Exorbitância. Decreto nº 22.626/33 (lei de usura). Art. 1.062 do código civil. Aplicação. Perdas e danos. Uso indevido de marca registrada. Cabimento. 1. Incensurável a r. Sentença monocrática que condenou os apelantes ao pagamento das taxas de franquia e dos royalties, que não foram

food, the servers' uniforms, and other features reflecting on the total image of the restaurant. 1 App. 83-84. The Court of Appeals accepted this definition and quoted from Blue Bell Bio-Medical v. Cin-Bad, Inc., 864 F.2d 1253, 1256 (CA5 1989): "The `trade dress' of a product is essentially its total image and overall appearance." See 932 F.2d 1113, 1118 (CA5 1991). It "involves the total image of a product, and may include features such as size, shape, color or color combinations, texture, graphics, or even particular sales techniques." John H. Harland Co. v. Clarke Checks, Inc., 711 F.2d 966, 980 (CA11 1983). Restatement (Third) of Unfair Competition 16, Comment a (Tent. Draft No. 2, Mar. 23, 1990).

pagos à apelada, em razão dos contratos de franquia existentes entre as partes, tendo, também, condenado os mesmos ao pagamento de todos os valores havidos como penalidades previstas nos ajustes, inclusive os juros de mora. É que os próprios franqueados, ora apelantes, reconhecem ter descumprido a avença, por não efetuar o repasse das mencionadas taxas e dos royalties devidos à franqueadora, tanto é que o inconformismo dos mesmos se restringe às taxas dos juros impostas e à condenação em perdas e danos. 2. Todos os termos constantes dos pactos foram estabelecidos de acordo com a vontade dos interessados, razão pela qual devem os contratantes realizar todas as prestações a que se obrigaram, cabendo, no entanto, ao magistrado coibir manifestos abusos porventura verificados. (...) 5. É pertinente a condenação dos apelantes em perdas e danos, porquanto a apelada estava impedida de contratar novas franquias, em vista da exclusividade garantida contratualmente aos apelantes, os quais, mesmo notificados a respeito do inadimplemento da avença, continuaram a explorar comercialmente a marca da apelada, ao mesmo tempo em que persistiram em não efetuar os repasses das taxas e dos royalties devidos àquela. Em consequência, impõe-se a aplicação das regras inscritas nos artigos 159 e 1.059 do código civil, que autorizam a reparação pretendida. Apelação parcialmente provida.

Mais definição do contrato

O terceiro elemento é o de “direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador”. Está aí indicado a transferência da *idéia organizativa* a que nos referimos inicialmente. Trata-se de *know how* não industrial. A lei também determina, sempre como um dever de clareza, e sem impor qualquer regra obrigatória num ou noutro sentido, que o franqueador esclareça a situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a *know how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia.

A lei não define (entre tantas e opulentas omissões) qual o *conteúdo* das obrigações do franqueador, além dos deveres pré-contratuais de *disclosure* e de isonomia entre franqueados. Mas a doutrina e os tribunais entendem que há um dever substantivo – o de contribuir efetivamente para o aumento do aviamento do franqueado e para a diminuição dos riscos do negócio.

Jurisprudência: Franquia e efetividade de prestação

"Franchising – franquia não formatada – falta de estrutura para manutenção dos negócios – responsabilidade da empresa franqueadora pelos prejuízos disso advindos aos franqueados – reconvenção – as vendas efetivamente realizadas devem ser remuneradas ao franqueador, compensando-se os valores – A franquia exige, para que se desenvolva o negócio a contento, a estrutura básica necessária. Provada a inexistência dessa estrutura, é a franqueadora responsável pelos prejuízos decorrentes. As vendas efetivamente realizadas, porém, devem ser remuneradas à franqueadora." (TJRS – AC 596040527 – 6ª C. Cív. – Rel. Des. Jorge Alcebíades Perrone de Oliveira – J. 24.09.96)"

A questão confederal

A lei não prescreve mas a prática tem revelado a conveniência de criação de conselhos de franqueados, no que fica ainda mais evidente a vocação confederal das cadeias de franquia. Sem tais estruturas de representação de interesses, e considerando o poder óbvio do franqueador perante sua cadeia, a lei tomou medidas para assegurar *transparência* das regras do jogo da franquia, e de igualdade entre todos franqueados.

Em uma série de relações empresariais, em que existam cadeias de agentes, seja em teia vertical (por exemplo, fabricantes e distribuidores) seja em rede horizontal (titular da franquia e franqueados) o Direito procura reequilibrar a relação de poder entre os

partícipes da cadeia. Tal se dá, por exemplo, na Lei 6.729/79, que regula a concessão de venda de veículos automotivos, e entre os representantes comerciais, através da Lei nº 4.886/65, modificada pela Lei nº 8.420/92¹⁷, normas que – como nas relações de trabalho ou de consumo – tentam proteger a parte tida por hipossuficiente.¹⁸

É com esse propósito que a Lei 8955/94 regula as relações entre franqueador e franqueado, desde as negociações preliminares, até a conclusão do contrato de franquia. O elemento mais conspícuo da lei é o seu artigo 3º que trata da obrigatoriedade do franqueador em fornecer ao potencial franqueado a Circular de Oferta de Franquia.

Tal circular tem função similar aos editais das licitações públicas, estabelecendo relações transparentes entre franqueador e franqueado, e isonômicas entre esses. O interessado na franquia tem, segundo a lei, que receber a circular pelo menos "10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia, ou ainda, do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado..." (art. 4º).

Pela Lei de Franquia, a circular deverá declarar e responsabilizar-se pelas seguintes informações:

histórico resumido, forma societária, nome completo e razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, para que o candidato tenha referências suficientes sobre o franqueador;

os balanços e demonstrações financeiras do franqueador relativos aos dois últimos exercícios. Se a franqueadora tiver menos de dois anos de existência, os demonstrativos serão apresentados desde sua constituição;

relacionar todas as pendências judiciais que envolvam o franqueador, as empresas controladoras e titulares das marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, que possam impedir a realização ou o bom andamento da franquia;

descrição detalhada da franquia, do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

¹⁷ Mas franquia não é representação comercial. Vide TRF da 1ª Região, AMS 2000.01.00.022282-0 /GO; APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA, JUIZ ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, QUARTA TURMA, DJ 02 /10 /2001 P.190. EMENTA - TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 9.317/96, ART. 9º, INCISO XIII. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE-SIMPLES. EMPRESA FRANQUEADA DOS CORREIOS E TELÉGRAFOS. 1. O art. 9º, inciso XIII, da Lei nº 9.317/96, não se apresenta eivado de inconstitucionalidade, uma vez que não estabelece tratamento desigual para contribuintes que se encontram na mesma situação. Precedentes do eg. Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal. 2. Não há equivalência entre as atividades desenvolvidas pelas empresas franqueadoras de serviços de correios e telégrafos com as empresas de representação comercial. Assim, não se encontrando as empresas franqueadas dos correios arroladas no art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96, não devem as mesmas serem excluídas do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. Precedente deste Tribunal Regional Federal. 3. Apelação e remessa oficial improvidas.

¹⁸ 11.07.02 - Valor Econômico, Henrique Gomes Batista - São Paulo. O contrato entre empresas e seus representantes comerciais não pode estabelecer para as firmas de representação a responsabilidade pelo pagamento de créditos de terceiros ao adquirirem produtos ou serviços da empresa representada. Esta foi a decisão da Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. A decisão dos desembargadores do tribunal reforça uma tendência histórica de priorizar as empresas representantes em sua relação com as representadas, inclusive com a definição de hipossuficientes na relação. Este movimento legal deverá ser ainda mais valorizado com a entrada em vigor do novo Código Civil.

perfil do franqueado ideal, onde serão detalhadas a experiência, nível de escolaridade e outras características que serão consideradas obrigatórias ou, ao menos, preferenciais, conforme critérios adotados pelo franqueador;

requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;

descrição detalhada do investimento inicial necessário à implantação da franquia, taxas de filiação ou caução, e ainda valor e custos estimados das instalações, equipamentos e estoque inicial;

informações precisas quanto a taxas periódicas (royalties, aluguéis, seguro etc.) e demais valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador, ou a terceiros por este indicados;

relação completa de todos os franqueados (nome, endereço e telefone...), subfranqueados e subfranqueadores, bem como os que se desligaram da rede nos últimos 12 (doze) meses;

modelo do contrato de franquia a ser firmado.

O mesmo requisito de transparência da lei faz com que a Circular e o contrato de franquia sejam elaborados em linguagem clara, acessível e precisa.

Jurisprudência: franquia não é relação de consumo

> Tribunal de Justiça do DF

Quinta Turma Cível, AGI – Agravo de Instrumento 2001 00 2 005083-3, STAR CLEAN LTDA E MARIA AUXILIADORA DA COSTA NETTO ESTRELLA, 5 À SEC DO BRASIL COMERCIAL LTDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO Ementa – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – CONTRATOS DE FRANQUIA – PESSOA JURÍDICA. 1 – O foro de eleição há que prevalecer quando os contratos envolvem pessoas jurídicas e inexistente qualquer vício de vontade. 2 – Recurso conhecido e improvido. Unânime.

Voto - Dos elementos constantes dos autos, verifica-se que foram celebrados contratos de franquia e subfranquia, envolvendo as partes. Em todos, foi eleito o foro da cidade de São Paulo, para dirimir quaisquer dúvidas ou controvérsias oriundas dos referidos contratos.

O ponto nodal, tendo em vista os termos da inicial, consiste em saber se os contratos de franquia se assimilam aos contratos de adesão e se o foro de eleição deve prevalecer ou não.

Em primeiro lugar, cabe destacar que os contratos envolvem pessoas jurídicas. Nestas circunstâncias, não se aplicam ao presente caso o Código de Defesa do Consumidor. Em segundo, presume-se que as partes tenham livremente aceitado as cláusulas contratuais. Assim, há que prevalecer o foro de eleição, desde que inexistente qualquer vício de vontade, sequer apontado.

Jurisprudência – sem circular de franquia não há contrato

> Tribunal de Justiça do DF

Primeira Turma Cível, APC - Apelação Cível, Nº. Processo 53089/99, Apelante DISK INFORMAÇÃO DO BRASIL LTDA. Apelada JANE MARQUES DA SILVA. EMENTA. DIREITO COMERCIAL. CONTRATO DE FRANQUIA. INVALIDADE DO CONTRATO. ENTREGA DA CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA. É inválido o contrato quando não observado o decêndio para entrega da Circular de Oferta de Franquia ao franqueado. Lei 8.955/94, parágrafo único do art. 4o . Recurso improvido.

VOTO - A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Relatora Presentes os pressupostos, conheço da apelação. As partes firmaram pré-contrato mediante recibo de compra de duas franquias da empresa Disk Informações para o Estado de Santa Catarina e Mato Grosso. No dia da assinatura do contrato definitivo, a compradora desiste porque outras

dificuldades do negócio lhe foram expostas e, segundo vem alegar em Juízo, não lhe foi apresentada a documentação exigida pela Lei das Franquias.

Esta segunda alegação em nada favorece à apelada, pois, se não estava devidamente informada, seja porque não pôde, seja porque não recebeu a documentação exigida, não deveria ter emitido sua vontade de conclusão do negócio e nem efetuado o pagamento integral à vista. A emissão de vontade livre, naquela situação, lhe impõe os ônus da contratação nas condições que conhecia ao tempo da vontade expressada.

Mas a apelante, conforme se verifica na documentação dos autos, realmente não entregou a documentação que a lei lhe exige para alienar a franquia criada.

Dispõe o parágrafo único do art. 4o da Lei 8.955/94 sobre a invalidade do contrato quando a Circular de Oferta de Franquia não foi entregue ao franqueado no mínimo dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia.

Diante da clareza da norma e dos fatos demonstrados nos autos, outro fundamento não há para modificar a solução dada pela r. sentença apelada.

Conhecida e improvida. Unânime.

Jurisprudência – não há franquia quando o franqueador paga ao franqueado

> Tribunal de Justiça do RS,

2ª Câmara Cível, Reexame Necessário n. 599146693, Relatora Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza.

“Com efeito, o agente ‘é mero intermediário, realizando negócios sem vínculo de subordinação hierárquica para a empresa tendo a sua remuneração baseada nas negociações feitas’. (Fran Martins, in “Contratos e Obrigações Mercantis”, Ed. Forense, 1993, 3ª Edição, p. 357).

Também não se cogita de contrato de franquia, nem de subconcessão de serviço público, já que nestes a remuneração advém da exploração do negócio, enquanto, aqui, a impetrante é paga pela ECT, e não pelos usuários do serviço postal. O contrato em apreço é, na verdade, contrato de prestação de serviços cuja atividades envolve a execução de atividades veiculadas a um serviço público de caráter econômico. A impetrante é, portanto, mero instrumento da ECT na execução material de parte do serviço público que lhe foi outorgado pela lei e que faz parte do fenômeno que tem sido chamado de privatização ou terceirização dos serviços públicos

As modalidades de *franchising*

A Lei da Franquia não estabelece o conteúdo dos contratos, que ficam livres à criatividade do mercado.

E é o mercado que tem distinguido – quanto à natureza das prestações do franqueado - o *franchising* de distribuição (quando o franqueador produz ou adquire produtos de terceiros e os distribui para a rede) do *franchising* de produção (quando é o franqueado produz as mercadorias); o *franchising* de serviços (quando o franqueado oferece ao mercado a prestação de particulares serviços criados, experimentados e realizados de forma idêntica pelo franqueador) do *franchising* industrial (quando o franqueado, além de usar a marca, toma do franqueador também a fórmula para fabricação do produto).

Quanto ao *conteúdo* da concessão que faz o franqueador, se distinguem o *franchising* não exclusivo – o franqueado recebe marca e produto sem exclusividade de território; o exclusivo, sendo que em certos casos ele poderá reparti-lo em frações menores – subfranquias em face do franqueado-mestre -, num encadeamento sucessivo que parece

com a concessão mercantil; o *franchising* de conversão, no qual o empresário já operante no setor adota a franquia); e o que se reputa ser a franquia em estado puro (denominada BFF), quando o franqueado recebe treinamento, promoções, mercado, às vezes serviços de apoio como reservas de hóspedes, propaganda centralizada, etc, e até fornecimento de equipamentos.

Ilustrando a multiplicidade de formas que o mercado inventa, ainda se notam franquias mistas, onde o contrato prevê ao mesmo tempo serviços e produtos ou indústria e produtos; a chamada franquia *corner*, no interior de um shopping ou de locais com grande volume de movimento; a franquia associativa, na qual o franqueador tem uma participação no capital do franqueado e vice-versa; a franquia multimarca, quando a cadeia como um todo comercializa sob parâmetros uniformes serviços ou produtos distintos; existe até mesmo a franquia de desenvolvimento de área, em que é o franqueador que toma os serviços de alguém para que este desenvolva os pontos de venda a serem posteriormente franqueados a terceiros.

O “tipo” é simplesmente livre.

Franquia e direito da concorrência

Ajuste entre concorrentes (sendo ou não o franqueado um concorrente efetivo no mercado relevante) as franquias tem, em tese, todo o risco de se transformarem em objeto de preocupação das autoridades antitruste. É alegado que com a Lei da Franquia os temores manifestados anteriormente teriam perdido o fundamento. É o que nota Nuno Tomas P. Carvalho ¹⁹:

À recente entrada em vigor da Lei no. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre os contratos de franquia, pode ter causado a falsa impressão de que esses tipos de contrato estão imunes às imposições antitruste. Com efeito, o art. 30. da lei, ao elencar as informações obrigatoriamente inseridas na Circular de Oferta de Franquia, menciona a divisão territorial (inciso X), as aquisições subordinadas (inciso XI), e o pacto de não-concorrência (inciso XIV).

Poderia parecer, portanto, que o legislador estaria convalidando previamente qualquer cláusula que se incluísse em contrato de franquia, tendo aquelas três figuras como conteúdo.

Entretanto, essas três referências normativas não devem nem podem ser consideradas como “certificados de imunização” dos contratos de franquia contra os rigores da legislação antitruste. E isso por uma razão muito simples: as limitações antitruste decorrem de um imperativo de defesa da livre concorrência, expresso no § 4o. do art. 173 da Constituição Federal (A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”). Ora, não existe nenhum outro dispositivo na Constituição que possa servir de ressalva a esse imperativo, ao qual, portanto, os acordos de franquia, bem como qualquer outro tipo de associação empresarial, estão submetidos. Qualquer diploma legal que tentasse outra solução seria inconstitucional.

¹⁹ Os contratos de Franquia e o direito antitruste, Revista da ABPI, no. 14 (1995).

A verdade é que nosso órgão antitruste até agora se despreocupou com o *franchising*²⁰. Fora a breve referência no Ato de Concentração nº 08012.0000212/02-30, e que foi requerente a Companhia Brasileira de Bebidas PepsiCo, Inc., a única menção que fez o CADE ao fenômeno está no Processo Administrativo Nº 148/94, Representante: Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo - Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo, Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. - IAG (KIBON) e tendo como Relator o Conselheiro Leônidas R. Xausa:

15. Há que se destacar, ainda, a importância da concorrência inter-marcas neste segmento, isto é, a concorrência com o mesmo tipo de produto, que embora não seja homogêneo apresenta alto grau de substituíbilidade, entre as várias marcas (Ex: sorvete de creme da Kibon, Yopa, Gellato, etc.). A concorrência intramarcas, por sua vez, tem um absoluto paralelismo com figura do franchising.

Não necessariamente comportamentos semelhantes entre as empresas que distribuem o produtos no mercado produzem distorções ou causam afronta à concorrência. Como exemplo, podemos citar as redes de fast food. Sobre acordos de franquia, a legislação da concorrência da Comunidade Econômica Européia entende que:

" Os acordos de franquia, tal como definidos no presente regulamento, melhoram normalmente a distribuição de produtos e/ou a prestação de serviços visto darem aos franqueadores a possibilidade de estabelecerem uma rede uniforme com investimentos limitados, fato que pode fomentar a entrada de novos concorrentes no mercado, especialmente no caso de pequenas e médias empresas, aumentando, deste modo, a concorrência entre marcas (grifo meu);"²¹

17. De resto, no que diz com a tradição norte americana em tema de franchising, é igualmente idêntica à defendida neste voto, conforme informação transmitida por Ms. Mary Lou (...), ex-componente do Federal Trade Commission, por ocasião de seminário de Defesa da Concorrência realizado em Campos de Jordão, ano findo.

Tal indiferença poderia até mesmo justificar o comentário expresso na Ata da Reunião Conjunta das Comissões de Direito da Concorrência e de Franquia e Transferência de Tecnologia da ABPI, de 18 de Agosto de 2001, segundo a qual “a relação franqueador/franqueador, em si, não é de concorrência”; como se não fosse exatamente esse o problema.

A verdade é que não somente há uma relação *de importância para a concorrência* entre franqueados, como na maior parte dos casos, entre esses e o franqueador. Se não há concorrência entre eles, é porque a franquia, considerada como *forma confederal*, eliminou tal concorrência. Aliás, pode-se supor que o sistema da franquia *agrava* ao contrário de eliminar o risco de lesão à lei antitruste.

²⁰ Até agora também não se suscitou a questão da sujeição das convenções de categoria e de marca da indústria automobilística aos parâmetros da Lei 8.884/93. No entanto, é razoável supor-se que o regime especial, de fundo legal, das concessões de revenda de veículos automotivos, no que representa um instrumento de conciliação coletiva entre interesses contrastantes, sitos em posições verticalmente divergentes, pacificando, ao invés de agravar, o efeito de uma posição dominante num mercado circunscrito pela marca, não vá merecer, enquanto tal, rejeição do CADE. Os eventuais aspectos do impacto do sistema de formação de preços perante o consumidor poderá merecer, possivelmente, alguma ponderação perante a legislação específica.

²¹ [Nota do original] Regulamento (CEE) nº 4087/88 da Comissão de 30 de novembro de 1988. In Direito da Concorrência nas Comunidades Européias; Volume IA, Regras Aplicáveis às Empresas; 1994; pag. 192.

Acompanhemos a exposição de Nuno Tomas:

Afinal, a McDonalds será provavelmente uma pequena empresa no mercado de bares, hotéis e restaurantes. Além disso, não se cogitaria, em principio, de falar em cerceamento da liberdade de escolha do franqueado se, no fim das contas, ele está querendo iniciar uma atividade empresarial com capitais próprios. Ainda em princípio, se ele não gostasse da subordinação, poderia instalar-se por conta própria.

Assim, em geral, as franquias, normalmente instaladas em setores pulverizados, estariam livres do teste da posição dominante. Isto, porém, não é o que ocorreria:

Mas a posição dominante dos franqueadores não se mede assim, conforme decidiu o Supremo Tribunal dos Estados Unidos em *Fortner Enterprises v. United States Steel Corp.*³⁹⁴ U.S. 495 (1969). A posição dominante do franqueador afere-se em termos absolutos, isto é, referidos ao universo da própria franquia. Para isso, a verificação que se faz é se o franqueador conseguiu impor a cláusula de subordinação a um apreciável número de franqueados. Se muitos deles, digamos, mais de 20 por cento, viram-se constringidos e cederam às pressões do franqueador do Burger King para adquirir os copos, pratos, talheres, carne etc. dos fornecedores por este designados. Então o franqueador ocupa uma posição dominante²².

Tying in

O que certamente impressiona na análise antitruste do *franchising* são as cláusulas que vinculam o franqueado a manter determinados fornecedores ou fontes. Se houver uma *posição dominante* no mercado, a vinculação *sob subordinação* resultaria em ilícito.

Explica Nuno Tomas:

Em primeiro lugar, é preciso que haja uma nítida separação entre o produto ou o serviço que o comprador ou consumidor quer adquirir (chamado produto ou serviço subordinante) e o

²² Muito embora sempre me incline ao magistério de Nuno Tomas, um dos mais sólidos e minuciosos entre nossos autores de propriedade intelectual, não posso deixar de notar minha incapacidade de ler as repercussões que ele tira desse caso na Suprema Corte. Ao contrário, vejo que os autores mais recentes (por exemplo, Warren Grimes em *Franchise antitrust claims: the vacuum in federal leadership*, encontrado em <http://www.antitrustinstitute.org/recent/46.cfm>, visitado em 19/09/02, nota o seguinte: “a number of recent lower court decisions have summarily dismissed antitrust claims against franchisor abuses. Some courts have reasoned that because a franchisor has no market power over a franchisee before the franchise contract is signed, post-contractual competitive abuses should be governed exclusively by contract law. As Judge Becker wrote in a 1997 dissent, if this theory is accepted, “the franchisor/franchisee relationship is rendered virtually immune from antitrust scrutiny.” (...) the Supreme Court implicitly and correctly recognized (for example in *FTC v. Texaco* (1968)) that franchisors can exercise market power over franchisees. In 1992, the Court provided a more refined basis for the economic analysis of franchisor market power in *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services*, a case involving an original equipment supplier's market power over purchases of aftermarket products and services. The supplier's market power can arise from a buyer's pre-purchase information deficiencies and post-purchase lock-in. The pre-contract information problems confronting many franchisees far surpass any difficulties confronting the buyers of Kodak's micrographic equipment. After signing the franchise contract, franchisees may be locked in by substantial sunk investment and subjugated by the franchisor's ability to impose costs or confer benefits. Although Kodak offered a sound paradigm for determining a franchisor's market power, many post-Kodak lower court decisions have rejected this paradigm. Some decisions interpret Kodak narrowly and insist that the franchisor's market power be assessed before the franchisee signs the franchise contract. This approach has found support in a strand of academic literature (compare Benjamin Klein's article with my article in Volume 67, No. 2 of the *Antitrust Law Journal*). Com a mesma postura, veja-se o artigo de maio de 2002, de Arthur I. Cantor, *Tying, Exclusive Dealing And Franchising Issues* <<http://www.wrf.com/db30/cgi-bin/pubs/cantor.PDF>>

produto ou o serviço cuja aquisição o vendedor ou prestador impõe do comprador (chamado produto ou serviço subordinado). sob pena de não lhe vender o primeiro. Onde a separação não for nítida ou onde as eficiências econômicas se impuserem de tal modo que a separação não se justifique, não há subordinação. Por exemplo, quando se adquire um automóvel, ele vem já com o limpador de pára-brisa instalado, apesar de a montadora do automóvel não fabricar o limpador. Entretanto, o comprador não poderá alegar subordinação, pois a eficiência econômica na montagem do veículo (desde o preço do limpador, desenhado, especificado e adquirido em grandes quantidades pela montadora, até o custo do transporte e montagem) justifica que o limpador não seja considerado um produto separado do automóvel. Outro exemplo ainda mais nítido é o do par de sapatos. Para uma pessoa só com um pé direito, poderá parecer que a obrigação de comprar também sapato esquerdo é uma subordinação. Imagine-se, entretanto, as ineficiências que resultariam para as lojas de sapatos se lhes fosse imposto vender os sapatos direito e esquerdo em separado. Justifica-se, assim, que os sapatos direito e esquerdo formem um único produto: o par de sapatos.

A literatura estrangeira realmente fixa a questão do *tie in* como uma das mais relevantes em matéria de franchising. Havendo poder dominante, e subordinação, ainda assim poderia ser aceitável a cláusula de vendas casadas se houver uma justificativa razoável para a inclusão. A mais relevante dessas justificativas é a de que não seria *prático* convencionar coisa diversa. Sempre Nuno Tomas:

No que respeita a utilização do argumento num caso específico de franquia, a primeira decisão foi Siegel v. Chicken Delight, Inc. 311 F.Supp. 847 (N.D. Cal. 1970). O franqueador alegou que a designação de fontes de fornecimento para a rede de franqueados de fast-food era a melhor maneira de se conseguir a uniformidade e a garantia de qualidade quanto aos produtos de papel, molhos e insumos de cozinha. Quanto aos produtos de papel, o tribunal entendeu que outros fornecedores poderiam facilmente atender às especificações da Chicken Delight. Quanto aos insumos de cozinha, o tribunal parece ter concluído que não seria praticável para o franqueador estabelecer as especificações (entretanto, verificou-se que de uma lista de seis fornecedores, o franqueador só tinha interesses societários em um deles e que os outros concorriam livremente quanto aos preços).

A mesma solução da praticabilidade foi adotada pela Comissão das Comunidades Europeias. no Regulamento (CEE) 4087 88, de 30 de novembro de 1988. Dispõe o art. 3º., 1. b, do Regulamento que as proibições do art. 85 do Tratado de Roma relativo a acordos anticompetitivos não se aplicam à obrigação de o franqueado vender ou utilizar na operação da franquia “produtos fabricados apenas pelo franqueador ou por terceiros designados por ele, quando não for possível, na prática, em razão da natureza dos produtos que são objeto da franquia, a elaboração de especificações objetivas de qualidade.

Jurisprudência: franquia por si não justifica compra casada

> Vara Federal do Distrito Norte da Califórnia

Siegel v. Chicken Delight, Inc. 311 F.Supp. 847 (N.D. Cal. 1970)

(...) C. Justification

Chicken Delight maintains that, even if its contractual arrangements are held to constitute a tying arrangement, it was not an unreasonable restraint under the Sherman Act. Three different bases for justification are urged.

First, Chicken Delight contends that the arrangement was a reasonable device for measuring and collecting revenue. There is no authority for justifying a tying arrangement on this ground. Unquestionably, there exist feasible alternative methods of compensation for the franchise licenses, including royalties based on sales volume or fees computed per unit of

time, which would neither involve tie-ins nor have undesirable anticompetitive consequences²³.

(...) The third justification Chicken Delight offers is the "marketing identity" purpose, the franchisor's preservation of the distinctiveness, uniformity and quality of its product. In the case of a trade-mark this purpose cannot be lightly dismissed. Not only protection of the franchisor's goodwill is involved. The licensor owes an affirmative duty to the public to assure that in the hands of his licensee the trade-mark continues to represent that which it purports to represent. For a licensor, through relaxation of quality control, to permit inferior-products to be presented to the public under his licensed mark might well constitute a misuse of the mark. 15 U.S.C. §§ 1055, 1127; See Note, "Quality Control and the Antitrust Laws in Trade-mark Licensing," supra.

However, to recognize that such a duty exists is not to say that every means of meeting it is justified. Restraint of trade can be justified only in the absence of less restrictive alternatives. In cases such as this, where the alternative of specification is available,⁹ the language used in *Standard Oil Co. v. United States*, supra, 337 U.S. at 306, 69 S.Ct. at 1058, 93 L.Ed. 1371, in our view states the proper test, applicable in the case of trade-marks as well as in other cases:

"* * * the protection of the good will of the manufacturer of the tying device-fails in the usual situation because specification of the type and quality of the product to be used in connection with the tying device is protection enough. * * * The only situation, indeed, in which the protection of good will may necessitate the use of tying clauses is where specifications for a substitute would be so detailed that they could not practicably be supplied." *Accord, International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131, 138-140, 56 S.Ct. 701, 80 L.Ed. 1085 (1936).

The District Court found factual issues to exist as to whether effective quality control could be achieved by specification in the case of the cooking machinery and the dip and spice mixes. These questions were given to the jury under instructions; and the jury, in response to special interrogatories, found against Chicken Delight.

As to the paper packaging, the court ruled as matter of law that no justification existed. It stated, 311 F. Supp. at page 851:

"Defendants' showing on paper packaging is nothing more than a recitation of the need for distinctive packaging to be used uniformly by all franchisees in identifying the hot foods. This was not contested. However, the admissions in evidence clearly demonstrate that the tied packaging was easily specifiable. In fact, the only specifications required were printing and color. Moreover, defendants have admitted that any competent manufacturer of like products could consistently and satisfactorily manufacture the packaging products if defendants furnished specifications. Those suppliers could have sold to the franchisees through normal channels of distribution."

We agree. One cannot immunize a tie-in from the antitrust laws by simply stamping a trade-mark symbol on the tied product-at least where the tied product is not itself the product represented by the mark.

Cláusulas de exclusividade

A outra grande questão em matéria de franquia são as cláusulas de exclusividade. São elas o que Pontes de Miranda classifica como "de não permitir concorrência", pela qual um comprador, vendedor, locador ou locatário se comprometem a só receber de ou só dar a uma determinada pessoa, com exclusão de seus concorrentes.

²³ It bears noting that Chicken Delight's competitors in the fast food franchising business did not find it necessary to use tie-ins.

Diz Rubem Requião, citando Ripert ²⁴:

“Ora, dessa forma, desde que a exclusividade seja concedida tendo em vista a organização das vendas para proporcionar maior garantia e comodidade aos consumidores, sobretudo no que diz respeito aos serviços de atendimento pós-venda, sendo em suma isenta da idéia de fraudar a liberdade do comércio, é ela legítima, e nesse sentido se têm inclinado os autores e, de forma mais acentuada atualmente, a jurisprudência francesa.”

Condições de licitude das cláusulas em direito privado

Rubem Requião, de outro lado, também estabelece o limite razoável das restrições à concorrência. O critério para precisar a licitude de tais acordos, dizia ele, é, *em primeiro lugar*, determinar em que proporção o exercício da concorrência pode causar dano ao outorgado. Em outras palavras, em que proporção tal disposição é necessária para proteger o interesse do beneficiário, sem ferir o da outra parte (e, no plano do direito antitruste, os interesses da defesa da concorrência como um todo). É o balanço de interesses que determina a licitude.

Todas estas considerações possibilitam configurar os requisitos de validade e uma cláusula ou pacto em restrição à concorrência, na perspectiva do direito comum. As restrições devem ser limitadas no tempo, espaço e objeto, para subsistirem tão somente na proporção em que forem úteis, necessárias, para proteger um interesse legítimo do beneficiário. Assim sendo, tais cláusulas e pontos teriam uma função acessória, de garantir o ajuste principal, cujo propósito não é afetar diretamente a concorrência.

Em resumo, as restrições para serem válidas:

- a) devem ser limitadas no tempo, na extensão, no espaço e no objeto, na proporção necessária para proteger o interesse do beneficiário;
- b) devem ser subsidiárias a outro negócio jurídico, cujo propósito principal não é a limitação da concorrência;
- c) devem ser examinadas à luz dos benefícios que dela eventualmente decorram a comunidade;
- d) não podem ser contrárias à lei, nem ferir o legítimo interesse de terceiros.

Porém depreende-se naturalmente mais um requisito: a limitação à concorrência não pode ser, por outra razão, contrária à lei, ou lesiva ao direito de terceiros. Neste último passo, já se está na fronteira entre as disposições do direito comum e os imperativos do direito antitruste.

Aplicação da legislação de defesa da concorrência

A Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990, em seu Art. 4o., I a) e II, considera como crime contra a ordem econômica abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante ajuste ou acordo de empresas, assim como formar acordo, convênio, ajuste ou aliança, visando o controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas.

Também neste caso se aplicará o exame da razoabilidade da restrição, levando em conta, por exemplo, a ampliação eventual do mercado ou o desenvolvimento da tecnologia ²⁵.

²⁴ Aspectos Modernos do Direito Comercial, Saraiva, 1977, p.133.

No âmbito da atuação administrativa do Ministério da Justiça e do CADE, há que lembrar-se também a Lei 8.884 de 11 de junho de 1993, que, em seu art. 20 § 2o. considera ser *posição dominante* a da empresa que domina mais de 20% de um mercado, e abuso a fixação de acordo com competidor para fixar preços, dividir mercados, limitar o acesso a novas empresas, regular mercados, etc. Independe de culpa a punição dos envolvidos, e é sujeito à sanção não só a causação de efeitos anti-concorrenciais mesmo não visados, mas mesmo as hipótese em que, havendo o objetivo, não sejam os efeitos alcançados.

Note-se que, pela Lei 8.884/94, em seu art. 54²⁶, acordos firmados entre competidores ou outras pessoas, que de outra forma possam resultar na dominação do mercado relevante de bens e serviços, devem ser autorizados pelo CADE²⁷. A autorização será deferida se o acordo:

- tiver por objetivo aumentar a produtividade, ou melhorar a qualidade de bens e serviços, ou propiciar a qualidade de bens ou serviço; e, além disto,
- os benefícios resultantes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; e
- não implique na eliminação de parte substancial do mercado relevante; e
- sejam observados os limites de restrição à concorrência estritamente necessários para atingir os seus objetivos.

Mesmo no caso em que as quatro condições não sejam atendidas, poderá haver a autorização se forem satisfeitas três delas (por exemplo, seja eliminada a concorrência numa parte substancial do mercado), mas não sejam prejudicados os consumidores e seja atendido motivo preponderante da economia nacional e do bem comum. A autorização pressupõe o estabelecimento de um compromisso de desempenho qualitativo e quantitativo pelo CADE (art. 58).

Coisa diversa, porém, são os acordos especificamente entre concorrentes, ainda que tendo efeito no sistema de distribuição. Se o *efeito* desse acordo (ainda que não seu propósito) é fixar preços, dividir mercados, limitar o acesso a novas empresas, regular mercados, etc., e se um dos parceiros detém mais do que os 20% a que se reporta a Lei 8.884/93, obriga-se o registro segundo o art. 54 da Lei.

Averbação no INPI

O art. 211 do CPI/96 estabelece a averbação no INPI como *condição para oponibilidade* de um contrato de franquia perante terceiros. Segundo o próprio INPI, a averbação é facultativa para contratos internos e necessária para os contratos cujos franqueadores são domiciliados no exterior e estabelecem pagamentos.

²⁵ Sodré Filho e Lionel Zaclis, Comentários à Legislação Antitruste, Atlas, 1992, p. 33.

²⁶ Aperfeiçoando um mecanismo já constante da Lei 4.137/62, em seu art. 75.

²⁷ O pedido é necessário, por disposição expressa da lei, sempre que houver *concentração econômica*, através de *agrupamento societário* e qualquer dos participantes tiver faturamento anual superior a 100.000 UFIR ou participação no mercado igual ou maior de 30%. Mas qualquer outro caso de acordos entre concorrentes ou não, que tenham o efeito de limitar a concorrência ou dominar os mercados está sujeito à autorização.

O problema tributário do *franchising*

A questão tributária do *franchising* compreende três problemas principais: o da dedutibilidade dos pagamentos ao franqueador, o do ISS, e o do CIDE.

Tratamento do *franchising* perante IRPJ: anos 70

Ruy Barbosa Nogueira, em parecer datado de maio de 1975, analisou a questão do *franchising* de vendas, no qual a franqueadora supre de estoques a franqueada, prestando-lhe uma série de serviços adicionais. Segundo o tributarista, haveria, em primeiro lugar, o dever de averbar tais contratos no INPI, embora não por razões fiscais; se não fosse feita a averbação, ainda assim as importâncias pagas, se necessárias e usuais, se não importassem em aplicação de capital nem distribuição disfarçada de lucros, todas seriam dedutíveis, mesmo além dos limites da 436/58 ou além do prazo do art. 12 § 3º da Lei 4.131/62, desde que referentes a contratos internos.

Continuava Ruy Barbosa Nogueira afirmando que quando, como no caso, não havia vinculação societária de nenhuma natureza entre franqueado e franqueador, não se aplicariam as regras relativas à distribuição disfarçada de lucros (preocupação relevante na época). Porém, segundo sua análise, conforme as características das relações econômicas entre as partes, poderia haver o caso de interdependência sob a legislação do IPI.

Pouco depois deste parecer, a Receita Federal editou o PNCST 143/75, que, no entender de Comparato e Bulgarelli, praticamente extinguiu em sua vigência com a possibilidade de se utilizar o *franchising* na sua modalidade de vendas (embora não na de serviços). Acompanhemos o resumo feito por Comparato, na época, do teor do parecer:

“A consulta, respondida pela Coordenadoria do Sistema de Tributação dizia respeito à dedutibilidade, com custo ou despesa operacional, da remuneração, fixa ou percentual sobre vendas, “paga ou creditada por uma empresa a outra, que lhe supre de estoque, e, eventualmente, também lhe provê de publicidade, organização, métodos de vendas, etc. e se tais gastos são classificáveis como *royalties* ou despesas de assistência técnica ou administrativa.”

Segundo o entendimento da Coordenadoria, a única prestação de serviços que se poderia vislumbrar, na espécie, seria o fato de que “a empresa suprida teria à sua disposição, em última análise, os estoques da próprios, justificando-se o pagamento de certa quantia em razão dessa circunstância, e que poderia caracterizar tais despesas como necessárias às atividades da empresa suprida”.

Mas o Poder Normativo afasta, peremptoriamente, essa interpretação, por três razões.

Em primeiro lugar, porque tratar-se-ia, no caso, não propriamente de remuneração de serviços, mas de uma “quantia adicional no preço das mercadorias adquiridas” por uma empresa da outra, sem que esse *plus* venha expresso na fatura ou nota fiscal, com a conseqüente incorreção do cálculo do ICM. (O Parecer omitiu aí, inexplicavelmente, qualquer alusão à contribuição ao PIS, que, a seguir-se esse raciocínio, seria, da mesma forma, incorretamente calculado). Tal procedimento, segundo a Coordenadoria do Sistema de Tributação, representaria um ato simulado, passível de anulação no interesse da Fazenda, *ex vi* disposto no art. 105 do Código Civil. De qualquer forma, tratando-se de preço (“adicional”) de compra e venda de mercadorias, não haveria por que classificá-la como *royalty* ou despesa de assistência técnica.

Em segundo lugar, adverte o mencionado Parecer Normativo, essa prática mercantil seria, em princípio, uma manifestação de abuso de poder econômico, na medida em que uma empresa é compelida a se abastecer de mercadorias apenas junto a certos fornecedores.

Finalmente, assevera dito Parecer, “a prestação de serviços de publicidade, organização, métodos de vendas, etc., no caso em análise, seria apenas uma decorrência do pacto principal estabelecido entre as contratantes (de compra de mercadorias), caracterizando-se tal atividade mais como manifestação dos interesses da empresa suprida das mercadorias, do que, propriamente da empresa suprida”.

Note-se, em primeiro lugar, que o raciocínio do Parecer só se aplica aos casos em que há suprimento de estoques pela franqueadora; ficam fora de seu alcance as modalidades de *franchising* em que não há trocas físicas, como no caso do *franchising* de produção, ou de prestação de serviços.

Em segundo lugar, cumpre sublinhar a fragilidade do raciocínio tributário do parecerista; ao dizer que não cabe dedutibilidade do imposto de renda porque poderia haver elisão ou evasão fiscal quanto ao ICM, ou porque poderia existir abuso do poder econômico quanto ao tipo negocial adotado, a lógica é bem pobre. O primeiro argumento, que se estriba no não cumprimento dos níveis de preços tabelados, é logo desfeito pelo próprio parecerista, ao conceber que “apenas haveria deferimento da arrecadação”, pois “os preços do consumidor seriam os de mercado”; resta, diz ele, a possibilidade de deslocamento de parcela do poder tributante de um estado para outro.

Ora, dir-se-ia com Ruy Barbosa Nogueira, a eventual diminuição que pudesse haver num estágio na arrecadação do ICM (coisa de resto duvidosa) seria ao menos em parte compensada pela incidência no ISS, embora também as preocupações a respeito de tal tributo fujam à área da Renda Federal. O certo, porém, é que o *franchising*, habitualmente, é um esquema que por suas características favorece o consumo local e não o interestadual.

De outro lado, ainda se em todos os casos e inapelavelmente, houvesse abuso do poder econômico (o seu resultado imediato, aliás, seria, o preço monopolista, que favorece a arrecadação do IRPJ) em lugar nenhum se prevê a indedutibilidade como sanção de inconstitucionalidade (o preceito lesado, na época, seria o art. 160, V da Emenda 1, hoje, o do art. 170 da CF/88). Vide, porém, o PNCST 9/76.

O Parecer também negava a dedutibilidade dos montantes relativos ao *franchising*, pois este não seria assistência técnica, etc., nem pagamento de comissão; ainda que tal seja, o que se deveria discutir é a necessidade e usualidade do dispêndio, e não sua classificação. As despesas eram dedutíveis ou não segundo os parâmetros do RIR (exatamente a necessidade e a usualidade) e não segundo sua tipificação, embora conforme o tipo se possa prever critérios adicionais para a dedutibilidade.

Mas deixemos o parecer. Restaram após ele intactos, como já se disse, os *franchisings* de produção ou prestação de serviços; mesmo quanto a estes existia certa opinião contrária da Receita, expressa no PNCST 186/77. Segundo este, “a dedução de despesas que se destinem, expressa ou implicitamente, à enumeração pelo uso ou exploração de marcas e patentes ou pela assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes está sujeita aos requisitos e limitações previstas nos arts. 176, 177 e 178 do RIR/75” (232, 233 e 234 do RIR/80).

O raciocínio deste segundo parecer era que os limites tributários de tecnologia atingem, principalmente, aqueles casos em que a transferência se perfaz através de negócio jurídico de cessão, de direitos de marcas e patentes ou de contratos de assistência técnica, etc.; no

entanto, haveria casos em que o negócio jurídico complexo de tecnologia inclui contratos de licenças gratuitas e acordos referentes a auxílio na comercialização, tais como pesquisas de mercado, publicidade, relações públicas, assistência técnica a clientes, informações sobre lançamentos de novos produtos, etc., intercâmbio de informações comerciais, etc.

Quando, diz tal ato da Receita, a existência do negócio jurídico e a obtenção dos referidos efeitos econômicos e financeiros não possam se sustentar nas atividades de auxílio à comercialização mas sim na utilização das marcas e patentes, ou da assistência técnica, os limites e condições das licenças e ou da assistência técnica seriam aplicáveis. O parecer ainda observava que “contratos deste tipo” não podem “oferecer condições de apreciação da necessidade dos dispêndios para o desenvolvimento das atividades operacionais da empresa contratante”, o que abriria margem até à sua indedutibilidade integral.

Vê-se, assim, que até a superveniência da legislação específica, a dedutibilidade das importâncias relativas ao *franchising* era tida pela Receita como sendo igual a dos objetos de propriedade industrial ou a da assistência técnica, como se vê da transcrição de alguma das suas conclusões:

“4.3.1 - O tratamento tributário não é diferenciado (a) em razão da situação do domicílio do beneficiário dos rendimentos para efeito de observância dos preceitos que exigem prévia averbação dos atos e contratos no Instituto Nacional da Propriedade industrial, --- (b) na hipótese em que o acordo de licença ou autorização de uso dos direitos de patentes e marcas não estipule remuneração distinta ou expressa, face aos termos dos arts. 30, 90 e 126 do Código da Propriedade Industrial, etc. último artigo combinado com o 2º e seu parágrafo único da Lei 5.648, de 11.12.70.

4.3.2 - Quando o beneficiário for domiciliado no exterior, o contrato deve estar previamente registrado também no Banco Central do Brasil, e, tratando-se da assistência técnica e semelhantes, em qualquer hipótese os pagamentos devem corresponder à efetiva prestação dos serviços.

4.3.3 - Os limites e requisitos estabelecidos no art. 177 e §§ 1º e 2º do RIR/75, para dedutibilidade dos dispêndios relativos à remuneração de tecnologia, aplicam-se, indistintamente, quer quando os beneficiários são domiciliados no país, quer no exterior.

4.3.4 - Por fim, cabe lembrar que a contratante somente poderá deduzir os gastos que se compreendem nos valores resultantes da aplicação dos coeficientes fixados por ato do Ministro da Fazenda (variáveis segundo o grau de essencialidade), indiferentemente do título pelo qual tenha sido pagos à contratada, nos termos do já referido Parecer Normativo CST 230/71.”

Enquanto vigoraram as conclusões do parecer, desta forma, se o pagamento se fazia com base em faturamento ou índice similar, por serviços técnicos ou “de auxílio à comercialização”, o fisco concluiria que seriam aplicáveis ao *franchising* os limites e condições pertinentes aos contratos de tecnologia.

A Receita tinha sua razão. Os limites e condições relativos ao *royalties* e à assistência técnica, na verdade, têm o propósito de controlar os pagamentos relativos à cessão de ativos intangíveis não monetários; a tecnologia, no caso, é uma noção vasta que atinge mais longe do que a “técnica”, pois abrange a área “científica, administrativa etc.”, e neste “etc.” está a assistência comercial, desde que formulada como percentual de receita, faturamento, etc.

Problema do IRPJ após a Lei de Franquia

Com a lei 8.955/94, a questão pareceria superada. Consagrou-se nela o *franchising* como um contrato próprio e específico, o modelo da reprodução em massa de um aviamento através de uma estrutura empresarial confederal.

Nada, no entanto, alterou o entendimento do Fisco. Como narra Luiz Henrique do Amaral, escrevendo em 1999²⁸, e notando que depois da Lei da Franquia e do disposto no art. 211 do CPI/96, a franquia passa a ser um contrato típico²⁹:

Trata-se de um conjunto típico, global, monolítico, isto é, um pacote que não pode ser dissecado amputado do todo, para buscar um dos elementos constantes do acordo, aliás aquele mais prejudicial ao contribuinte, para aplicar a regra restritiva dessa parte sobre a totalidade do negócio.

Ora, como contrato típico não pode estar sujeito a limites fiscais fixados para outras modalidades de negócios. A licença de marcas é mera autorização de uso do sinal distintivo, sem qualquer fornecimento de produto, apoio pré-operacional, supervisão, introdução de controles contábeis e comerciais, marketing cooperado, propaganda uniforme, serviços técnicos de implantação e funcionamento, etc. Essa interpretação restritiva ignora a realidade negocial e importa um excesso lesivo ao contribuinte, criando um peso fiscal insustentável, sobretudo aos pequenos e médios empresários que se vêm em uma situação extremamente iníqua. Podem deduzir como despesa operacional o “cafezinho” servido aos clientes, os brindes istribuídos sem gerar negócios, mas vêm taxadas como lucros as despesas de remuneração pela franquia, sem a qual teriam de fechar as portas.

O Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 2, de 22 de fevereiro de 2002. DOU de 26.2.2002, que “Dispõe sobre a dedutibilidade das remunerações pagas por franqueado a franqueador da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas” ressuscitou o entendimento dos pareceres dos anos 70’, com uma distinção de sutileza escolástica.

Diz o novo ato da receita que “a remuneração paga pelo franqueado ao franqueador é dedutível da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas, aplicando-se, cumulativamente, os limites percentuais previstos nas Portarias específicas do Ministro da Fazenda, *para cada tipo de royalty contratado*, classificando-os segundo as subdivisões daqueles atos administrativos”.

À dedutibilidade fica sujeita ao limite máximo de cinco por cento previsto no art. 12 da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, e no art. 6º do Decreto-lei n.º 1.730, de 17 de dezembro de 1979.

Assim, não é mais limitado em 1% o *franchising*, eis que o Ato distingue a possibilidade de *mais de um tipo* de royalty (e, acreditamos, de assistência técnica). Aliás, é essa a única interpretação possível à vista do limite de 5%, que só poderia ser atingido caso houvesse outras naturezas contratuais no conjunto complexo. Uma, ou trezentas marcas, ficariam todas limitadas aos um por cento da Portaria MF 436/58.

²⁸ Revisão da Lei da Franquia: novos desafios, Revista da ABPI, no. 39 (1999)

²⁹ No que, aliás, temos que discordar. Após definir – muito inadequadamente – o que é franquia, a lei apenas cria normas de proteção aos franqueados. Isso não é tipificar o contrato, senão classificá-lo como potencialmente lesivo aos hipossuficientes.

Embora o ganho para os franqueados fosse marginal, aparentemente o Ato foi recebido com certa satisfação, ainda que só pela superação das incertezas.

Legislação Tributária: IRPJ

Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 2, de 22 de fevereiro de 2002. DOU de 26.2.2002

Dispõe sobre a dedutibilidade das remunerações pagas por franqueado a franqueador da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF n.º 259, de 24 de agosto de 2001, e tendo em vista o disposto nos arts. 352 a 355 do Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda (RIR, de 1999), e o que consta do processo n.º 10168.000885/2002-68, declara:

Artigo único. A remuneração paga pelo franqueado ao franqueador é dedutível da base de cálculo do imposto de renda das pessoas jurídicas, aplicando-se, cumulativamente, os limites percentuais previstos nas Portarias específicas do Ministro da Fazenda, para cada tipo de royalty contratado, classificando-os segundo as subdivisões daqueles atos administrativos.

Parágrafo único. À dedutibilidade prevista no caput aplica-se o limite máximo de cinco por cento previsto no art. 12 da Lei n.º 4.131, de 3 de setembro de 1962, e no art. 6º do Decreto-lei n.º 1.730, de 17 de dezembro de 1979.

EVERARDO MACIEL

CIDE

ISS

Muito embora não haja previsão específica de ISS sobre o pagamento das taxas e os valores de *franchising* feitos pelos franqueados, os municípios entendem que é uma modalidade de pagamento de locação de bens móveis, para efeitos de tributação do ISS. Vide, por exemplo, a lei do Rio de Janeiro:

DECRETO Nº 10.514 DE 08 DE OUTUBRO DE 1991

Art. 146 - Considera-se locação de bens móveis incorpóreos, para fins de tributação pelo ISS:

I - a cessão parcial de direitos de uso e gozo de propriedade industrial, artística ou literária, inclusive franquias ("franchise"), marcas, patentes, programas de computador ("software") e outros;

Coisa diversa são os serviços de agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquias (*franchise*), esses sim objeto de previsão específica na lista anexa à lei complementar nacional³⁰

Quanto à primeira hipótese, tal pretensão tem sido repelida geralmente com base em carência de listagem na relação da lei complementar e, mais recentemente, com base na decisão do STF que questionou a constitucionalidade da incidência do tributo sobre locação de móveis.

³⁰ Da lei carioca: Art. 8º - O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviços de: (Lei nº 1.194 de 30.12.87 - publicação de 31.12.87) (...) XLVIII - agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquias (franchise) e de faturação (factoring); (Lei nº 2.277 de 28.12.94 - republicação D.O.RIO 20.06.95.)

Jurisprudência Administrativa: ISS sobre franquia

> Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro

Equiparam-se, para fins de tributação do ISS, os valores recebidos a título de royalties e taxas de franquias à locação de bens móveis, hipótese de incidência prevista no inciso LXXIX da Lista de Serviços. Recurso Voluntário improvido. Decisão unânime. Ac. nº 6075 de 21/10/1999 Recs. Volunt. e Ex-Off nº 4465

Os contratos de franquia caracterizam serviços de locação de bens móveis previstos no inciso LIV da Lista de Serviços contida na Lei nº 206/80, inciso LII do art. 8º da Lei nº 691/84 em sua redação original e LXXIX do art. 8º da Lei nº 691/84 na redação que lhe deu a lei nº 1194/87 e assim como os serviços de assistência técnica -mercadológica a eles referentes são tributáveis a alíquota de 5% (cinco por cento). Recurso improvido. Decisão por maioria. Ac. nº 3370 de 18/11/1993 Rec. Volunt. nº 2014

Bibliografia sobre Franchising

Amaral, Luiz Henrique do, Revisão da Lei de Franquia: Novos Desafios, Revista da ABPI, Nº 39 - Mar./Abr. 1999.

Barreto, Aires F. ISS - não incidência sobre franquia, Revista de Direito Tributário, v. 64, p. 216-221

BARROSO, L. F. "Não é fácil ser franqueado". O Globo. Rio de Janeiro, 16/02/96. Caderno Boa Chance, p. 20.

Barroso, Luiz Felizardo, Quais os cuidados que deve tomar um candidato a uma franquia estrangeira que esteja ingressando no país? Revista da ABPI, N 11 P 71 A 72 Mar/Jun. 1994.

Barroso, Luiz Felizardo, Quais os cuidados que deve tomar um candidato a uma franquia estrangeira que esteja ingressando no país? Revista da ABPI, N 11 P 71 A 72 Mar/Jun. 1994.

Cardoso de Almeida Cruz, Glória. Franchising, 2ª ed., Forense, p. 19-20

Carvalho, Nuno Tomaz P. de, Os Contratos De Franquia e o Direito Antitruste, , Revista da ABPI Nº 14 - Jan./Fev. - 1995

CHERTO, M. R. Franchising: revolução no marketing. São Paulo: McGraw-Hill, 1988.

CHERTO, M. R., RIZZO, M. Como comprar sua franquia passo a passo. São Paulo: Ed. McGraw-Hill, 1991. 146 p.

Cherto, Marcelo. Quem tem medo de Franchising? São Paulo: Cherto, 1996. 2 ed.

Cherto, Marcelo. Rizzo, Marcus. Franchising na prática. São Paulo: Makron, 1995.

Coelho, Fábio Ulhoa, Considerações Sobre A Lei Da Franquia. Revista da ABPI Nº 16 - Mai./Jun. - 1995

D'ERCOLE, R. "O Boticário amplia ganhos das lojas". Revista do Franchising. Rio de Janeiro: Editora Globo, Ano 4, nº 22, 1997, p. 33.

DAHAB, S. Entendendo Franchising. Salvador: Casa da Qualidade, 1996.

Ferrier, Didier, La Franchise Internationale, Revista da ABPI, Nº 19 - Nov./Dez. - 1995
Amaral, Luiz Henrique do, Revisão da Lei de Franquia: Novos Desafios, Revista da ABPI, Nº 39 - Mar./Abr. 1999.

FILHO, A. S. Franchising: aspectos jurídicos e contratuais. São Paulo: Atlas, 1993.

JAGGI, Marlene. "O fenômeno Boticário". [S.L.: S. N.].

LEITE, R. C. Franchising: na criação de novos negócios. São Paulo: Editora Atlas, 1991, 173 p.

SCHNEIDER, A. A. Franchising: da prática a teoria. São Paulo: Ed. Maltese, 1991. 112 p.

Simão Filho, Adalberto. Franchising, 3ª ed., atlas, 1998, p. 36-42

LEI Nº 8.955, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1994.

Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Os contratos de franquia empresarial são disciplinados por esta lei.

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;

II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;

III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

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

VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;

VII - especificações quanto ao:

a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;

b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e

c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties);

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;

X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e

b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;

XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores;

XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:

a) supervisão de rede;

b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;

c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;

d) treinamento dos funcionários do franqueado;

e) manuais de franquia;

f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e

g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;

XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e

b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

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

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

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos.

Art. 5º (VETADO).

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.

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

Art. 8º O disposto nesta lei aplica-se aos sistemas de franquia instalados e operados no território nacional.

Art. 9º Para os fins desta lei, o termo franqueador, quando utilizado em qualquer de seus dispositivos, serve também para designar o subfranqueador, da mesma forma que as disposições que se refiram ao franqueado aplicam-se ao subfranqueado.

Art. 10. Esta lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 15 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO
Ciro Ferreira Gomes