

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA DABÉS LEÃO

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão; João Marcelo de Lima Assafim; Fernando Gustavo Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

Trata-se do XXIX Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - Conpedi. Esta reunião do Grupo de Trabalho no. 47, intitulado “Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência”, uma edição diferente das outras, em função do tempo que vivemos. O tempo da, antes imponderável, pandemia. O encontro ocorreu em linha, mediante o uso de plataforma digital, no mês de junho de 2020. No entanto, não falhou. Aconteceu, a tempo, e diligentemente, em função da convergência do esforço e dedicação de vários de nós, e, especialmente, do próprio CONPEDI. Tivemos, assim, apesar dos obstáculos destes tempos difíceis, a honra de coordenar este GT, mais uma vez, desde a sua r. criação, Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim com, reiterando, mais uma vez, a participação da Profa. Dra. Simone Leticia Severo e Sousa Dabés Leão, e, agora, com o Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr. Foram apresentados e debatidos, em sessão em linha, 12 (doze) trabalhos, das 14:00hr às 18:00hr. Além de integrar a publicação original do evento, as derivações dos debates deverão integrar uma obra inédita a ser concebida entre os participantes do GT (docentes, discente e egressos dos PPGDs participantes).

Os títulos dos trabalhos apresentados são: 1) Judicialização da saúde no Brasil e a regulação da saúde suplementar, 2) A atuação do INPI nos processos de nulidade e abstenção do uso de marca sob a ótica do novo CPC, 3) A internet das coisas e a proteção de dados do consumidor, 4) Algoritmos: códigos invisíveis de (in)justiça, 5) Análise da (ir) responsabilidade civil do cartel, 6) As correlações entre o tratamento jurídico da propriedade industrial sobre fármacos antirretrovirais e o desenvolvimento nacional, 7) Encontros e desencontros do franchising no Brasil: Lei no. 13.966/2019, 8) Fashion law: indústria da moda no contexto de uma sociedade capitalista global, 9) Pandemia do coronavírus e a licença compulsória pela vacina, 10) Propriedade intelectual sobre edição geminava do genoma humano: necessária atividade geminava e benefícios associados, 11) O tratamento do “sham litigation” no direito concorrencial brasileiro a luz da jurisprudência de 2018 e 12) Uma análise da inovação e avanço tecnológico de empresas nacionais sob o prisma do desenvolvimento regional.

As autoras Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão e Sabrina Nunes Borges tratam da “JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E A REGULAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR ATRAVÉS DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE”, destacando que o

setor de saúde no Brasil é formado por um sistema público, financiado pelo Estado por intermédio do SUS e por um sistema privado, denominado de saúde suplementar. Destacaram que no tange à saúde suplementar, o Estado passou a atuar como regulador dos mercados, por intermédio da ANS, concluindo que a Judicialização da Saúde, traz uma preocupação não só aos gestores do SUS, bem como aos gestores privados e operadores do Direito.

O autor Almir Garcia Fernandes apresenta “A ATUAÇÃO DO INPI NOS PROCESSOS DE NULIDADE E ABSTENÇÃO DO USO DE MARCA SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL”, com finalidade analisar questões relacionadas aos julgamentos que envolvem nulidade e abstração do uso de marcas, especialmente sobre a forma de intervenção do INPI nesses processos.

Os autores Naiara Bianchi dos Santos Silva, Mayara Christiane Lima Garcia e Bruno Bastos De Oliveira expõe sobre “A INTERNET DAS COISAS E A PROTEÇÃO DE DADOS DO CONSUMIDOR”, pontuando que possibilidade da conexão de pessoas e coisas à Internet tem resultado em exorbitante tráfego e armazenamento de dados, concluindo que para efetiva proteção dos dados imprescindível harmonizar a estrutura inflexível do sistema normativo ao dinamismo e inovação da IoT.

Em seguida, os autores Crithian Magnus De Marco, Mariana Carolina Lemes e Daniel Roxo de Paula Chiesse tratam dos “ALGORITMOS: CÓDIGOS INVISÍVEIS (D)E INJUSTIÇA”, salientando que os algoritmos servem para a discussão da opressão digital, permitindo inquirir como algoritmos tendenciosos viabilizam a perpetuação da desigualdade e novas formas de perfilamento racial, com o objetivo demonstrar a influência dos algoritmos na sociedade digital.

Os autores Paulo Marcio Reis Santos e Gabriela de Vasconcelos Sousa efetuam “ANÁLISE DA (IR)RESPONSABILIDADE CIVIL DO CARTEL EM CASOS DE PREÇOS DE PROTEÇÃO NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO”, com objetivo averiguar através do método hipotético-dedutivo se conforme a interpretação da legislação pátria existe a possibilidade de se buscar, em juízo, a indenização contra os membros de um cartel pelos danos causados por uma empresa estranha ao conluio que, diante da conspiração, aumentou o valor de seus produtos para montante superior ao que seria praticado em condições normais de concorrência.

Os autores João Batista De Souza Leão Neto e Patrícia Borba Vilar Guimarães apresentam “AS CORRELAÇÕES ENTRE O TRATAMENTO JURÍDICO DA PROPRIEDADE

INDUSTRIAL SOBRE FÁRMACOS ANTIRRETROVIRAIS E O DESENVOLVIMENTO NACIONAL”, com o intuito de analisar as correlações do tratamento jurídico da propriedade industrial sobre fármacos antirretrovirais com o desenvolvimento nacional. Adota-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo. Validaram-se as hipóteses de que: i) o tratamento jurídico das patentes dos antirretrovirais causa impactos no desenvolvimento nacional; ii) o desenvolvimento nacional deve servir como fundamento na mitigação da propriedade industrial.

Após, os autores Veronica Lagassi , Juliana de Siqueira Ferreira e Carla Izolda Fiuza Costa Marshall apontam “ENCONTROS E DESENCONTROS DO FRANCHISING NO BRASIL: LEI Nº 13.966/19”, pontuando que a franquia, como sistema pelo qual o franqueador licencia ao franqueado direito de propriedade intelectual, associado ou não ao direito de distribuição de produtos ou serviços, mediante uma contraprestação financeira pactuada pelas partes, possui aparente simplicidade reiterada na nova lei é questionável a partir das inconsistências que ela propicia ao não regular de forma objetiva os direitos mínimos das partes.

Os autores Roberto Reial Linhares e Renata Albuquerque Lima tratam do “FASHION LAW: A INDÚSTRIA DA MODA NO CONTEXTO DE UMA SOCIEDADE CAPITALISTA GLOBAL”, com o objetivo demonstrar a importância da moda na história da vida privada, seu poder de fomento na atividade empresarial e desenvolvimento socioeconômico no Brasil e no mundo, esclarecendo que, em razão de suas especificidades num cenário em constante mudança, diversas questões jurídicas surgiram para serem solucionadas. Concluem que Direito e Moda estão interligados, necessitando de um olhar jurídico mais cuidadoso e especializado na chamada economia criativa, voltada à indústria de vestuário, designers de acessórios e artigos de estética.

Os autores Caroline Regina dos Santos, Gleycyelle Pereira da Silva e Nivaldo Dos Santos, por sua vez abordam a “PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E A LICENÇA COMPULSÓRIA PELA VACINA”, destacando o tema central pandemia do coronavírus e a licença compulsória pela vacina, desenvolvido pela metodologia de revisão bibliográfica, tem como objetivo apresentar conceitos de propriedade intelectual, patente de invenção e licença compulsória, bem como tratar da pandemia do coronavírus aliada à efetivação do direito à saúde por meio da utilização da licença compulsória atendendo ao interesse social garantindo o acesso à vacina contra o COVID-19.

Os autores Gabriel Zanatta Tocchetto e Salete Oro Boff dissertam sobre “PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE EDIÇÃO GERMINATIVA NO GENOMA HUMANO: NECESSÁRIA ATIVIDADE LEGISLATIVA E BENEFÍCIOS ASSOCIADOS”,

asseverando que o trabalho falseia a hipótese de que existem importantes evidências sobre a necessidade de a Propriedade Intelectual lidar com o desafio da edição germinativa sobre o genoma humano. Têm como objetivo geral verificar a necessidade de produção legislativa sobre a Propriedade Industrial na biotecnologia CRISPR e termina por confirmar a hipótese e responder ao problema de pesquisa de forma positiva.

Os autores Amanda Cristina Paulin e Sandro Mansur Gibran discorrem sobre “TRATAMENTO DO SHAM LITIGATION NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE NO ANO DE 2018, abordando que sham litigation, tratada como “abuso do direito de petição”, é uma conduta não tipificada expressamente na Lei 12.529/2011, porém, a sua prática, impõe custos concorrente por intermédio de procedimentos judiciais ou administrativos.

Os autores Mario Sérgio Gomes Nogueira Lima e Maria De Fatima Ribeiro abordam “UMA ANÁLISE DA INOVAÇÃO E AVANÇO TECNOLÓGICO DE EMPRESAS NACIONAIS SOB O PRISMA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO REGIONAL”, com o intuito de apresentar e analisar do ponto de vista do desenvolvimento econômico a inovação e avanço tecnológico de empresas nacionais. Para isso, foram utilizados dados secundários, de caráter quantitativo, com abordagem fundamentada em pesquisas descritivas e exploratórias, conforme os dados disponíveis pela Pesquisa de Inovação (PINTEC) – nas edições 2005, 2008, 2011 e 2014 bem como na nota técnica do IPEA: “Inovação no Brasil: crescimento marginal no período recente” realizada em dezembro de 2016.

Neste momento, a saúde pública está no centro da discussão sobre reconstrução da econômica mundial. Tudo depende de uma vacina. De outro lado, na obtida a vacina (neste momento, de redação deste texto, ainda hipótese), em que pese o risco de escassez seja pela escala como pela apropriação da “invenção” ou dos “dados de testes clínicos” propriedade intelectual, de outro lado, o crescimento econômico dependerá do incentivo estatal.

A função do Estado mudou substancialmente com a pandemia. E com isso, surgem, por certo, também, riscos de toda ordem. O Estado passa a ser o interventor, mais do já era e sempre foi, a salvar a combalida saúde dos mercados nacionais. Recuperações judiciais e quebras explodem, estando claro o fato de que não se trata de uma execução concursal, mas de uma ponderação de valores – sobre um feixe complexo de contratos - que aproxima a recuperação de uma política pública de preservação da ordem econômica, pelo outro lado. De todo modo, há agentes econômicos com liquidez, dinheiro no bolso, e, outros, sem fluxo de caixa para pagar despesas correntes de custeio. Haverá uma onda de concentração estrutural dos vários mercados e, possivelmente, ambientes de mercado marcados pela escassez e sobre

preço. Haverá incremento nas compras públicas, eficiência, mas, distorção, também. Direitos exclusivos importantíssimos para os novos métodos de negócio, e, como incentivo a inovação, podem, e devem, ser estrategicamente usados para fomentar as políticas de desenvolvimento e de saúde pública, mas, podem, também, funcionar contra estas (ferindo a inovação e gerando condutas exclusionárias abusivas) em situações de abuso de direito. As políticas públicas desenhadas para gerar emprego e renda, devem, por certo, prevenir e combater distorções.

A rede internacional de computadores ganha uma dimensão extraordinária no comércio. A nova economia, além da venda de bens e serviços, gera uma série de novos métodos de negócio, em mercados com dois ou mais lados, com base na publicidade. No lugar da circulação dos jornais impressos, vem a “externalidade de rede” (o volume de usuários), “turbina” pelo uso dos dados pessoais acumulados em bases de dados cada vez maiores (dados nem sempre consentidos livre de vícios). Protegendo estas bases de dados originais, a bem do empreendedor precavido, está a propriedade intelectual (direito de autor), ainda que, no Brasil, a LGPD postergada não seja, ainda, capaz de proteger o cidadão comum do “assédio” na captura e uso dos seus dados pessoais (embora já bem, e inequivocamente, protegido pelo direito constitucional, como a imagem, a privacidade relativamente a epístola e ao lar). Quanto maior o “grande dado” (para não insistir no anglicanismo preguiçoso) maior o poder de persuasão na “nova economia”. Por certo, a complexidade da situação tende a confundir o consumidor, comumente interrompido em suas conversas privadas pelo seu rebelde, e mal educado telefone, que insiste em palpitar na marca do tênis ou no restaurante para o jantar. Mas isso não significa que ele, consumidor, não esteja protegido pelo direito positivo. Nem os empreendedores, imunes. Há discussões sobre portabilidade de dados entre algumas plataformas, notadamente as maiores. Mas um acordo de portabilidade para criar padrão tecnológico ou compatibilidades intuitivas ao consumidor e ao empresário, a princípio, será, se não sempre, essencialmente pró competitivo. “Livrai-nos” do “trancamento” dentro de uma determinada tecnologia. Mas, no caso de arranjo entre concorrentes, no mercado de inovação, mesmo em “pools” de patentes, p. ex., ao se reunir debaixo de mesmo comando associativo tecnologias substitutas anteriormente independentes, pode favorecer a formação situações de fato sobre o mercado de tecnologias, análogas à de um monopólio, ou, alternativamente, cartéis do, por hipótese, “novo padrão privado”.

Nesse momento, surgem propostas para reforma do direito positivo vigente (lege lata), e as propostas de lege ferenda convivem com interpretações que, em decorrência de cada ótica e função regulatória setorial e de mercado dos entes e órgãos estatais, podem exsurgir dispares dos vários organismos da Administração. Este é o novo desafio dos cidadãos, passando pelos gestores públicos, chegando aos empresários, e, principalmente, caindo sobre o balcão da

pesquisa científica na Academia, para quiçá, aterrissar, bem discutido e lastreado, através teses técnicas, profundas, interdisciplinares, sistemicamente examinadas e exaurientemente testadas, no âmbito do poder judiciário.

Agradecemos a brilhante participação de todos, principalmente levando-se em consideração o atual contexto da pandemia COVID/19, na expectativa que possamos nos encontrar presencialmente no próximo evento.

Finalizamos com os dizeres de Clotilde Perez, sustentando que a pandemia vai passar, vamos ter que lidar com as perdas, principalmente humanas, mas teremos a oportunidade única de responder à questão fundamental: o que queremos para as nossas vidas? E arremata:

Como em A peste de Albert Camus, ou mesmo em Decameron de Giovanni Boccaccio, o flagelo pode fazer surgir a reflexão sobre a natureza do destino, a fragilidade da condição humana e, quiçá, a solidariedade irrestrita. E, se afim for, todo esse turbilhão avassalador e destrutivo terá algum sentido. (PEREZ, 2019, p. 2)

Fernando Gustavo Knoerr

João Marcelo de Lima Assafim

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão

Nota técnica: O artigo intitulado “A judicialização da saúde no Brasil e a regulação da saúde suplementar através da Agência Nacional de Saúde”, das autoras Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão e Sabrina Nunes Borges, está publicado entre os trabalhos do GT Direitos Sociais e Políticas Públicas I.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ENCONTROS E DESENCONTROS DO FRANCHISING NO BRASIL: LEI Nº 13.966
/19.**

FRANCHISING MEETINGS AND MISMATCHES IN BRAZIL: LAW Nº 13.966/19.

Veronica Lagassi ¹
Juliana de Siqueira Ferreira ²
Carla Izolda Fiuza Costa Marshall ³

Resumo

A franquia, como sistema pelo qual o franqueador licencia ao franqueado direito de propriedade intelectual, associado ou não ao direito de distribuição de produtos ou serviços, mediante uma contraprestação financeira pactuada pelas partes, possui aparente simplicidade reiterada na nova lei é questionável a partir das inconsistências que ela propicia ao não regular de forma objetiva os direitos mínimos das partes. Assim, apresentou-se as falhas existentes na relação e que as legislações não foram capazes de elucidar. Para tanto, adotou-se o método exploratório visando aproximar a realidade fática aos dispositivos legais, além de observar a exígua bibliografia existente acerca do tema.

Palavras-chave: Franquia, Contrato empresarial, Empreendedorismo, Sistema

Abstract/Resumen/Résumé

Franchise, as system by which franchisor licenses the franchisee intellectual property right, associated or not with right to distribute products or services, through a financial consideration agreed by the parties, has apparent simplicity reiterated in the new law is questionable from the inconsistencies that it provides by not objectively regulating the minimum rights of the parties. Thus, the existing flaws in the relationship were presented and that the legislation was not able to elucidate. To this end, the exploratory method was adopted in order to bring the factual reality closer to the legal provisions, in addition to observing the small existing bibliography on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Franchise, Business contract, Entrepreneurship, System

¹ Doutora em Direito, Especialista em Direito Empresarial, Vice-Presidente da Comissão de Direito Econômico da OAB-RJ, Líder do DEPIS, além de Professora da UFRJ, do IBMEC-RJ e da FACHA-RJ.

² Especialista em Direito Tributário, Membro das Comissões de Direito Econômico e Tributário da OAB-RJ e do DEPIS grupo de Pesquisa, além de Professora do Curso de Direito da FACHA.

³ Doutora em Direito Econômico, Membro da Comissão de Direito Econômico da OAB-RJ e Líder do DEPIS (Grupo de pesquisa), além de Professora do IBMEC-RJ.

INTRODUÇÃO

Recentemente passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019, que substituiu a Lei n. 8.955/94 que assim como a primeira regulava o contrato de franquia.

De origem norte-americana, a franquia pode ser definida como sendo o sistema pelo qual o franqueador licencia ao franqueado o direito de uso de marca ou patente de sua titularidade, podendo estar associado ou não ao direito e distribuição de produtos ou serviços e ao acesso know-how obtido pelo franqueador no exercício da atividade econômica. Trata-se, portanto, de um contrato bilateral ou sinalagmático por meio do qual o franqueador -detentor da marca e do know-how – licencia seu uso ao franqueado (terceiro), mediante uma remuneração fixa e a participação nos lucros entre outras obrigações a esse último imputadas. Será bilateral porque irá atribuir direitos e obrigações para ambas as partes, sendo certo que ao franqueado resta a perspectiva ou presunção de maior submissão ante a certeza de investir em negócio já consagrado num dado segmento mercadológico. Mas, apesar da simplificada definição apresentada para resumir o contrato de franquia, o fato é que na prática esse contrato de engendra de diversas controvérsias a começar por sua definição na qual muitos autores e até mesmo a legislação pátria anteriormente em vigor (Lei n 8955/94) fazem o uso equivocado do termo “cessão” no lugar de licenciamento. O que no universo jurídico tem significado distinto, pois enquanto o primeiro representa um arrendamento temporário do uso da marca, já o segundo, ao contrário, representa a transferência de sua titularidade/propriedade, daí o uso equivocado de alguns autores como sendo sinônimos. Mas, a controvérsia deste contrato está longe de se limitar a sua definição, tratando-se deste o objeto do presente estudo. Assim, buscaremos inicialmente fazer uma análise e estudo comparado entre a Lei n. 8955/94 e a atual Lei n. 13.966/19 para a partir daí, abordarmos cláusulas polêmicas que envolvem este contrato, cuja solução não foi contemplada pela Legislação Pátria anterior e tampouco pela atual conforme passaremos a demonstrar. E para tanto, a pesquisa tomará como base as legislações pátrias acerca do tema, a pesquisa bibliográfica, bem como a análise de problemas fáticos

facilmente constatados a partir da militância na área e na pesquisa de decisões e julgados sobre o tema.

1. O Contrato de Franquia da Lei n. 8.955/94 versus a Lei n.13.966/19.

Quando concebida a Lei n. 8.955/94 tinha por objetivo basilar o de assegurar a transparência na relação entre o franqueador e franqueado decorrentes do contrato de *franchising*. E para tanto, o dispositivo legal consubstanciado em seu artigo 3º estabeleceu a obrigação pré-contratual para que o franqueador prestasse as informações necessárias ao pretendente a franqueado, para após verificação determinar ou não o interesse em ingressar na rede de franquia. O documento responsável por trazer tais informações foi denominado “Circular de oferta de franquia” ou COF, senão vejamos:

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 validade¹.

Assim, conforme se pode constatar, a Lei anterior tentou regular com clareza a fase pré-contratual na expectativa que as exigências legais trazidas no COF e, por conseguinte, refletissem a transparência do contrato. À época, a imposição legal para tal “preciosismo” no COF se justificava na imperava a

¹ BRASIL. **Lei n 8.955 (Lei de Franquia)**, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível no site: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm, acesso em 14.04.20.

insegurança jurídica que imperava nas relações deste setor. Além disso, na ocasião o país gozava de um período econômico em expressivo crescimento, decorrente da implementação do “Plano Real”. Por óbvio, esta lei não teve o cunho e tão pouco conseguiu exaurir o tema.

Neste sentido, o projeto de lei original (PL 4386/2012), tinha o intuito de alterar a Lei acima mencionada em apenas alguns pontos. Contudo, por questões políticas, a Lei n 13.966/2019 revogou a anterior, incorporou parte da jurisprudência pátria e diante do atual cenário político liberal regulamenta o sistema de franquias. Foi pontuado questões atuais para uma melhor verificação de escolha para o franqueado, contudo, embora a lei tenha trazido inovações, deixou ao largo, inúmeras outras questões que deveriam ter sido observadas.

Observa-se que os cenários político-econômico em que ambas as legislações foram promulgadas, caracterizavam-se de crescimento, mas fato que merece destaque, é que a movimentação política pretérita as mesmas, ocorreu em cenários econômicos de relativa crise, ou seja, a regulamentação e atualização legislativa contemplava uma realidade de oportunidades. No mercado em crise, necessário se faz a efetivação na mudança de modelos de negócios, formato de unidades, estratégia de ampliação de rede com formatos enxutos, ou seja, o sistema de franquias, em momentos que haja a ausência de confluência para um mesmo ponto, que no caso em tela seria o crescimento econômico juntamente a expansão das operações, apresenta estratégias e vantagens que alavancam a rentabilidade em tempos de crise.

Posto isso, ressalta-se de forma superficial, que a dinâmica estabelecida no setor de franquias encontra destaque no mercado pois de um lado encontra-se o franqueador que expande seus negócios com menor investimento próprio, fortalece a marca efetivando maior penetração no mercado, reduz custo da produção e valores pagos pelos insumos, descentraliza a gestão e do outro lado encontra-se o franqueado adentra em um negócio no qual restou reduzido erros rotineiros, com uma sedimentada e com credibilidade, utiliza o *Know how* do franqueador, o que reduz o tempo de implantação do negócio no mercado, dentre inúmeras outras vantagens.

Assim, a Lei n. 13.966/19 regulamentou o sistema de franquias e não tão somente os contratos de franquia, uma espécie de negócio jurídico, conforme a

lei revogada. A Lei em vigor, ampliou os quesitos necessários que obrigatoriamente deverão constar na Circular de Oferta de Franquia (COF), e na omissão ou vinculação de falsas informações exigidas por lei. Com base nisso, o franqueado poderá arguir a anulabilidade ou nulidade do contrato, conforme o caso, exigir a devolução de todas e quaisquer quantias pagas direta ou indiretamente ao franqueador corrigidas monetariamente.

Destaca-se ainda, de que passou a ser obrigatória a apresentação de declaração de recebimento fornecida pelo franqueador juntamente ao COF, entregue ao candidato a franqueado, que deverá além da assinatura inserir a data e hora do recebimento do instrumento contratual para que se preste como comprovante para as partes de que foi respeitado o lapso temporal de 10 (dez) dias. Lapso temporal esse, necessário para que o franqueado analise todos os documentos, não efetue pagamento a qualquer título e tome sua decisão de ingressar ou não na rede de franquias.

No tocante a necessidade de restar descrito na COF as ações judiciais relativas a franquia que questionem o sistema ou que possam comprometer a operação da franquia, ocorreu uma redução da abrangência da proteção ao franqueado. Isto porque, a Lei atual passou a dispor sobre a solução de conflitos por intermédio da arbitragem e o referido procedimento alternativo de solução de conflito tem como diretriz a “confidencialidade”, impedindo assim, o computo deste tipo de litígio. Assim, em razão da inovação legislativa e em tese, da adoção do procedimento arbitral como um método de alternativo de composição de conflito, mas que não é uma ação judicial e que conforme dito conta com o sigilo, a informação de tais litígios não constaria para análise do franqueado.

Também representou uma inovação legal, a ampliação da extensão da proteção à propriedade intelectual. Pois, a Lei revogada abrangia somente a propriedade industrial (marca e patente) e na Lei em vigor, foi abarcado a proteção ao direito autoral (programas de computadores, direito do autor e direitos conexos) e bem como o direito de produção (o franqueado poderá produzir produto, proteção ao desenho industrial).

Com o intuito de ampliar a possibilidade de pesquisa, quanto a atuação do franqueador, foi disposto na lei em vigor a necessidade da descrição da relação completa dos franqueado, lojas próprias subfranqueados e ex

franqueados que foram desligados da rede da franquia pelo período de 24 (vinte e quatro) meses. Revelou maior segurança jurídica quando determinou a necessidade de esclarecer na COF quanto a atuação territorial, se é disponibilizado a possibilidade de preferência ou exclusividade.

A lei n. 13.966/2019 descreveu a necessidade de se fazer constar a especificação de quais cursos são disponibilizados pela franqueadora, qual seu conteúdo, duração e custo.

Outra inovação .da Lei supra foi admitir a adoção deste sistema não só por empresários, mas empresa estatal ou entidade sem fins lucrativos, independentemente do segmento em que desenvolva as atividades, nos termos de seu art. 2º.

No que tange à imputação de penalidade por parte do franqueador, a Lei atual estabeleceu que se faz necessário a descrição das situações que ensejarão a aplicação de penalidades, inclusive pecuniárias. Além disso, também determinou que em havendo compra direta de produtos junto ao franqueador, este deverá consignar na COF se há quantidade mínima que deverão ser adquiridos pelo franqueado.

A Lei n. 13.966/19 inova ao destacar a necessidade de informar ao candidato a franqueado a existência de conselhos ou associações de franqueados, atribuições, poderes e mecanismos daqueles que representam os franqueados perante o franqueador. Salientou o detalhamento da abrangência territorial, do prazo de vigência da restrição e consequentes penalidades na hipótese de ser descumprimento.

Mediante a autorização legislativa, restou a possibilidade de o magistrado fixar índice diverso do estabelecido na COF, o que sobremaneira, afronta o princípio constitucional da autonomia da vontade. Talvez a inovação que foi mais esperada, qual seja, a efetiva regulamentação do sistema de franquia face a Administração Pública que teria o intuito de incentivar a criação de um ambiente concorrencial saudável, foi usurpada, posto que o artigo 6º da lei n. 13.966/2019 foi vetado.

Na hipótese de ocorrer a necessidade de haver locação ou sublocação de bem imóvel ou de maquinário pelo candidato a franqueado, os valores correspondentes aos valores dos alugueres deverão constar na COF. Por fim, fato que merece destaque, refere-se a regulamentação dos contratos de

franquia internacional, que observarão o regramento disposto no Tratado Internacional (Protocolo de Madri) no qual permite o depósito e registro da marca em mais de 120 (cento e vinte) países e o Brasil, após a adesão em 02.07.2019, desde 02.10.2019 pode atuar como Administração de Origem e Parte Contratante. Desta feita, conforme pudemos sucintamente demonstrar a Lei atual apesar de alguns erros também apresentou acertos.

2. A Permanência de Inconsistência do Sistema mesmo após o Advento da Lei n. 13.966/19.

Mas, nem só de acertos poderíamos parabenizar ao legislador. Pois, para aqueles que já atuam de alguma forma neste segmento, seja como franqueador, franqueado ou Advogado, é indubitável que as alterações advindas da ab-rogação da Lei n. 8955/94 pela Lei n. 13.966/19 conforme acima apresentado em nada contribuíram para a resolução de conflitos recorrentes e que resvalam em sua maioria no Poder Judiciário. É a partir dessa concepção que pretender-se-á abordar as principais cláusulas ou condutas que tornam ainda o sistema falho e longe do potencial de sucesso que poderia ter em solo brasileiro. Para tanto, trataremos neste capítulo de questões gerais que contribuem para a existência do problema e no capítulo seguinte apresentaremos cláusulas comuns a essa espécie de contrato e que da forma tal como são redigidas apenas servem para potencializar conflitos envolvendo as partes existentes nesta espécie de contrato.

Em primeiro lugar, para a compreensão do tema é imprescindível a desmistificação de sua definição. A franquia se define como sendo um sistema extremamente relevante e positivo para as partes envolvidas. Pois, se de um lado, temos o franqueador que expande seu negócio, amplia a visibilidade de sua marca e tudo isto sem injetar investimento. E muito ao contrário disso, há ainda em seu benefício o recebimento de royalties a partir dessa expansão. De outro lado, temos o franqueado, aspirante a empresário mas que não possui o “espírito inovador” e receia não saber lidar com as desventuras e percalços que o exercício da atividade econômica poderá lhe propiciar. E desta forma, opta pela contratação da franquia, utilizando-se de um sistema e de uma marca, que

já possui credibilidade e, já conta com uma clientela, que reconhece aquele produto ou serviço ofertado, a partir da marca utilizada.

Obviamente, que a escolha feita pelo franqueado ao optar por este sistema tem um preço. E apesar de o contrato de franquia tratar-se de um contrato sinalagmático, ou seja, que gera direitos e obrigações para ambas as partes, ele também é um contrato essencialmente de adesão e que é inevitável. Assim, apesar das várias vantagens que ele propicia para ambas as partes (-tais como: a de oferecer um plano de negócios, acesso a fornecedores já consagrados embora usualmente desconhecidos, informações sobre perfil dos consumidores, pesquisas de mercado, capacitação para o segmento escolhido, além de possibilitar a cobertura máxima de mercado-alvo, entre outros -)² a essência do contrato de franquia exige necessariamente a relação de subordinação entre elas. Daí, a essência adesiva intrínseca a esta espécie de contrato e que de forma alguma pode ser alterada, sob pena de sua desconfiguração como tal. Uma vez que, ao franqueador cabe e velar pela manutenção da identidade de seus ativos intangíveis e que são normalmente consubstanciados em uma marca e em seu *know how* naquele dado segmento mercadológico. Assim, é plausível que para a proteção da identidade que o franqueador criou naquele dado segmento mercadológico, ele crie restrições ao franqueado no intuito de evitar que esse último venha a descaracterizar ou até mesmo desconfigurar tudo aquilo que ele eventualmente levou anos para estabelecer como identidade e que pode ser traduzido como reconhecimento de seu público (cliente). Por conseguinte, a existência de subordinação por parte do franqueado é condição *sine qua non* para o bom êxito desta espécie de contrato, mas que não pode servir como fundamento para um total desequilíbrio na relação contratual existente entre as partes.

Desta feita, a Lei atual de franquia ainda que em menor grau tal como a anterior peca ao não estabelecer diretrizes contratuais mínimas, cuja ausência pode resvalar em problemas que se darão já na fase contratual. Dentre essas questões destacamos, por exemplo, a ausência de exigência legal de um

² ALVES, Evandro Peçanha. Artigo: *Empreendedorismo e Franchising é o casamento perfeito*. BETO FILHO... [et al.]. **Franchising: Aprenda com os Especialistas**. 1ª edição bilingue. Rio de Janeiro: ABF-Rio, 2013.

tempo mínimo de experiência por parte do franqueador no exercício da atividade econômica na qual ele pretende explorar a franquia. Pois, conforme dispõe a regulação de franquia basta tão somente a constituição de uma pessoa jurídica com tal fim e que tenha feito ao menos o depósito de sua marca. É justamente a partir deste tipo situação que a constituição do sistema de franquia terá tudo para dar errado. Uma porque o franqueador não terá o *know how* que promete fornecer, se não atuou com um estabelecimento próprio, independentemente de a franquia ser de produto ou de serviço, por óbvio que não terá a experiência esperada para orientar o seu franqueado na superação ou resolução de determinadas situações que somente a partir da vivência do dia a dia no cotidiano do negócio se pode propiciar. Essa parca experiência fática também poderá ser decisiva quando do auxílio para a escolha do ponto pelo franqueado. Essa pouca ou nenhuma experiência sob a chancela da Lei de Franquia é o primeiro ponto que o legislador pátrio deixou de corrigir quando da criação da Lei n. 13.966/19. Ao franqueador não basta produzir o melhor produto e pretender “franquear” a venda quando o seu *know how* é na produção, são logísticas distintas e de peculiaridades distintas. Um excelente local para produção não será necessariamente tão bom para as vendas.

Superada o que entendemos ser a principal falha legal, a legislação pátria também perdeu a oportunidade em se aprimorar ao não elencar cláusulas essenciais ou de ordem pública que poderiam propiciar ao contrato de franquia um maior equilíbrio entre as partes. Dentre as quais podemos sugerir razões de rescisão por parte do franqueado, ou ainda, que nos casos de interpretação ambígua a mesma sempre fosse em prol do franqueado, tendo em vista não ser o contrato por este elaborado. Neste último aspecto, permaneceu o franqueado na expectativa de que seja acertada eventuais decisões futuramente proferidas pelo Poder Judiciário no sentido de aplicar os artigos 423 e 424 do Código Civil. O fato é que o contrato de franquia nos moldes da legislação pátria termina por proteger em demasia ao franqueador e deixar o franqueado a sua mercê, sem qualquer poder de barganha para mitigar essa blindagem feita pelo franqueador. Tal disparidade é tamanha que alguns autores, dentre os quais Thomaz Saavedra, chegam a defender a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Para esse autor o franqueado

independentemente do equilíbrio ou desequilíbrio do contrato seria a parte vulnerável e exposta aos riscos diante da natureza adesiva que possui o contrato de franquia. O que para o mesmo tornaria plenamente justificável a aplicação da Lei n. 8078/90³.

No entanto, apesar da razoabilidade do argumento do autor supra não podemos com ele concordar ante a natureza essencialmente empresarial deste contrato e que necessariamente vai acarretar na presunção de paridade entre as partes ainda que a essência adesiva desse contrato a ela se imponha. É justamente esse o principal argumento para defendamos o estabelecimento legal de um regramento mínimo, mas impositivo as partes de direitos e obrigações mútuas e não apenas pró-franqueador bastante comum nesta modalidade de contrato.

Assim, sem dúvida alguma, a Lei n. 13.966/19 não deveria apenas inovar ao possibilitar o acesso ao sistema de franquia por parte da Administração Pública e sim, regular preventivamente a relação contratual existente entre franqueador e franqueado de modo a criar um ambiente de desenvolvimento desta relação de forma mais equilibrada, coadunado assim seus interesses. De igual modo, o legislador pátrio perdeu a oportunidade de com a nova legislação resolver questões que já vinham sendo resolvidas “via Poder Judiciário”, agindo mais uma vez de forma preventiva e de modo a reduzir litígios judiciais. Isso sem mensurar, a desnecessidade de interferência de um Poder Legislativo sobre o outro conforme vem ocorrendo neste caso ante a parca regulação deste contrato.

Ainda sob a análise do aspecto negativo de vigência dessa nova lei, faltou ao legislador dispor sobre questões que reforçassem a vigilância permanente sobre os três pilares que sustentam a franquia, a saber: *perfil adequado do candidato a franqueado, ponto comercial bem avaliado e um conceito de negócio diferenciado para o qual haja demanda efetiva*⁴.

³ SAAVEDRA, Thomaz. **Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005. Pg. 17.

⁴ GAMA, Rogério. Artigo: *Franqueador & Franqueado: construindo o relacionamento desde o primeiro encontro*. BETO FILHO... [et al.]. **Franchising: Aprenda com os Especialistas**. 1ª edição bilingue. Rio de Janeiro: ABF-Rio, 2013. P.135.

Como ponto positivo a Lei n.13.966/19 trouxe clareza ao dispor exigindo do franqueador maior transparência quando da elaboração da informações existentes na Circular de Oferta (COF). Dentre essas informações, entendemos ser de grande relevância as que irão abordar uma eventual sucessão no negócio, as delimitações para não concorrência e a especificação de todos valores a serem despendidos pelo franqueado⁵. Esse último, que é tema de litígios no Judiciário e que a partir da vigência desta Lei deverá deixar de ser ou ao menos, reduzirá o quantitativo de demandas.

3. Das Cláusulas inadmissíveis face aos Princípios da Boa-fé, Probidade, Função Social e Intervenção Mínima.

Conforme demonstrado é da essência do contrato de franquia a natureza de contrato de adesão, mas que de forma alguma deve ser utilizada para justificar a aplicação da Lei n. 8078/90 por inexistir relação de consumo entre as partes. A franquia trata-se de um sistema dependente da “adesão” para a sua sobrevivência e perenidade da identidade do negócio diante do público consumidor. Motivo pelo qual, as disposições contratuais que regulam a exploração do negócio por parte do franqueado devam ser rígidas. Por outro lado, isso não deve justificar a rigidez acerca de todo o contrato ou ainda, cláusulas que prevejam tão somente multa ou causas de rescisão exclusivamente em favor do franqueador. Serão cláusulas como essas as que apresentaremos agora e que devem ser reformuladas com base nos princípios contratuais positivados no Código Civil de 2002, ainda que a partir da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019). Dentre as quais temos:

a) Cláusulas que retiram do franqueador a responsabilidade no tocante ao suporte e orientação durante o período de implantação do negócio.

O sistema de franquia existe justamente porque existem pessoas que desejam empreender, mas receiam não saber. Assim, a contratação da

⁵ VUONO, Natasha De. Artigo: *Nova Lei de Franquias, Lei n. 13.966/19*. **Migalhas**. Publicado em 26.02.2020. Disponível no site: <https://www.migalhas.com.br/depeso/320824/nova-lei-de-franquias-lei-13966-19>, acesso em 11.04.2020.

franquia tem como principal atrativo para estes indivíduos o fato de poderem contar com o apoio, orientação e amparo a ser feito por parte do franqueador. Desta feita, a exclusão de responsabilidade por parte do franqueador no que tange a prestar o suporte ao franqueado já no início da atividade representa uma quebra de confiança, algo que é imprescindível para a continuidade e êxito deste contrato.

b) Cláusula de Exclusividade X Cláusula de Territorialidade.

Também é motivo de observância por parte do franqueado se o seu contrato prevê exclusividade no que tange ao território no qual sua franquia se localiza ou ainda, se existe apenas ‘cláusula de territorialidade’. Pois, neste último caso, assiste apenas ao franqueado o direito de prioridade em caso de abertura de nova franquia em seu território. Contudo, tal direito não o protege da situação de “canibalismo” entre franqueados, tendo em vista que nem sempre ele terá condições ou será efetivamente interessante ter um novo estabelecimento naquela mesma localidade.

c)Cláusula de prestação de Suporte.

De igual modo ao item “a”, a ausência de prestação de suporte ou de clareza daquilo que ele representa pode gerar incontáveis situações de desgaste na relação existente entre as partes. Não se pode olvidar que, via de regra, o franqueado é leigo ou no mínimo inexperiente, gerando a presunção de que optou por este sistema justamente contando com o suporte a ser dado pelo franqueador. Tal fato não pode de forma alguma ser ignorado.

d)Cláusula de cobrança de Taxa para Fundo de Publicidade.

Não basta a previsão desta cláusula e por conseguinte, a imputação de obrigação de pagar ao franqueado. Deve haver como contrapartida a clareza e a divulgação da forma como é gasta tal taxa.

e)O Cláusula de proibição de alteração do quadro social.

A relação contratual deve ser restrita ao franqueador e franqueado, não nos parece razoável disposições que prevejam como cláusula de rescisão contratual a simples alteração do quadro social da pessoa do franqueado. Até

entendemos plausível a previsão de que apenas possa ser administrador a pessoa que fez treinamento com o franqueador nos casos em que eles existam, mas interferir na autonomia e independência contratual da pessoa jurídica do franqueador ao nosso ver fere ao Princípio da Autonomia Patrimonial e ao instituto da personalidade jurídica.

f)Cláusula que obriga ao franqueado a renunciar a qualquer tipo de indenização referente ao fundo de comércio.

Também não nos parece razoável ou quiçá legal que o franqueado renuncie a qualquer tipo de indenização referente ao fundo de comércio. Neste sentido, convém lembrar, que ainda que o estabelecimento tenha sido constituído nas bases sólidas de um *trade dress* e marca de propriedade do franqueador o custeio para sua constituição, bem como a sua exploração foram feitos exclusivamente por parte do franqueado. Logo, a existência de tal previsão contratual representa uma afronta ao dispositivo legal do art. 884 do Código Civil que veda o enriquecimento sem causa. Reforça ainda este entendimento a disposição do art. 424 do Código Civil, a saber: “*Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*”. Portanto, entendemos tais cláusulas nulas de pleno direito.

g)Cláusula que obriga o franqueado a arcar com imposto de responsabilidade do franqueador.

De igual modo, a transferência da obrigação de pagar impostos correlatos à atividade desempenhada pelo franqueador ao franqueado é, sem dúvida alguma, outro caso de cláusula nula pelo fato de reverberar em enriquecimento sem causa por parte do franqueador em prejuízo de seu franqueado. Além de sua previsão não se coadunar com o dever de probidade e boa-fé assumidos ainda na fase pré-contratual pelas partes.

h)Cláusula que permite ao franqueador dar como automaticamente extinto o contrato, independentemente de aviso ou notificação.

Tal cláusula está geralmente ligada a hipótese de o franqueado pedir recuperação judicial ou entrar com processo de liquidação, fazendo com que a

previsão desta cláusula não seja razoável com vistas ao que prega a própria Lei n. 11.101/05 em seu art. 47 que trata da preservação da empresa.

i)Cláusula de Intervenção “*manu militari*”.

Outra fonte de enriquecimento sem causa por parte do franqueador, essa cláusula prevê que no caso de descumprimento do contrato pode o franqueador não só rescindi-lo, mas assumir ao estabelecimento empresarial de seu franqueado, tomando-lhe a posse e propriedade. E, mais uma vez, reiteramos não só gera enriquecimento sem causa como também deve ser considerada nula, nos termos do art. 424 do Código Civil.

j) Cláusula que repassa ao franqueado os custos de assistência técnica, que deveriam ser cobertos pelos royalties.

Tal qual a transferência de pagamento de imposto do franqueador ao franqueado é, sem dúvida alguma, outro caso de cláusula nula pelo fato de reverberar em enriquecimento sem causa por parte do franqueador em prejuízo de seu franqueado. Além de sua previsão também não se coadunar com o dever de probidade e boa-fé assumidos ainda na fase pré-contratual pelas partes.

l)Cláusula de não concorrência.

Entendemos pela plausibilidade da previsão por parte do franqueador de não concorrência, mas desde que esta cláusula não seja eterna e que não deva ser observada nos casos de rescisão contratual “por culpa exclusiva do franqueador”. Pois, neste último caso a vedação representaria uma forma de premiação ao franqueador que descumpriu o contrato.

Além de todas as questões acima enfrentadas, deve o franqueador ser claro ao apresentar a perspectiva de rentabilidade do negócio ao pretendo franqueado, deixando claro inclusive os eventuais mas previsíveis riscos do negócio. Bem como deve dispor minuciosamente como serão cobrados os royalties e demais taxas contratuais previstas nos casos em que o franqueado não atinja já desde o início o ponto de equilíbrio. Assim, caso a política da franqueadora não seja a de isentar ao franqueado nesta situação a disposição

contratual deve ser clara neste sentido, até porque o franqueador tem como justificativa a de que sua remuneração é proporcional aos ganhos e se não há ganhos, ela se torna a mínima já que o risco desse negócio é do franqueado e não sua.

CONCLUSÃO

Conforme visto ao longo deste artigo a substituição da Lei n. 8.955/94 pela Lei n.13.966/19, apesar de apresentar novidades significativas ao contrato de franquia, também perdeu a oportunidade de sanar preventivamente algumas questões que se apresentam de forma reiterada nas contendas surgidas entre as partes desta espécie de contrato. Ao longo deste trabalho, buscamos apresentar as questões mais corriqueiras, mas que sem dúvida alguma promovem o desequilíbrio entre as partes contratantes. Como vimos, apesar de vulnerável não é possível defender a aplicação do Código de Defesa do Consumidor como forma de remediar tal estado de vulnerabilidade por parte do franqueado. Por outro lado, entendemos ser perfeitamente possível a interpretação contratual mais favorável a este elo mais fraco do contrato com base na utilização dos princípios norteadores dos contratos e em especial, dos contratos empresariais. Lamentavelmente, esta se refere a única solução criada a partir das disposições legais. É de suma importância que tenhamos a conscientização de associações como, por exemplo, a ABF (Associação Brasileira do Franchising) no sentido de se dedicarem ao estudo e elaboração de cláusulas contratuais mais equitativas e em menor grau apenas pró-franqueador. Pois, desta forma será possível a instituição da cultura da franquia como sendo algo extremamente positivo para ambas as partes e por conseguinte, à sociedade.

REFERÊNCIAS

-ALVES, Evandro Peçanha. Artigo: *Empreendedorismo e Franchising é o casamento perfeito*. BETO FILHO... [et al.]. **Franchising: Aprenda com os Especialistas**. 1ª edição bilingue. Rio de Janeiro: ABF-Rio, 2013.

- BARROSO, Luiz Felizardo. **Conveniência & Franchising: o canal do varejo contemporâneo de Postos de Serviços**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005;
- BETO FILHO... [et al.]. **Franchising: Aprenda com os Especialistas**. 1ª edição bilingue. Rio de Janeiro: ABF-Rio, 2013;
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016;
- _____. **Lei nº 13.966 (Nova Lei de Franquia)**, de 26 de dezembro de 2019, que dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Disponível no site: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13966.htm#art9>, acesso em: 28/03/2020;
- _____. **Lei nº 8.955 (Lei de Franquia)**, de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível no site: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>, acesso em: 28/03/2020;
- _____. **Lei nº 10.406 (Código Civil Brasileiro)**, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível no site: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>, acesso em: 28/03/2020;
- _____. **Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)**, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm, acesso em: 28/03/20;
- _____. **Lei nº 6. 279/79**, de 28 de novembro de 1979, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6729.htm, acesso em: 28/03/20;
- _____. **Lei n. 13.874 (Lei da Liberdade Econômica)**, de 20 de setembro de 2019, que Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado e altera diversas Leis. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm, acesso em 12.04/20.
- _____. **Lei nº 8.132/90**, de 26 de dezembro de 1990, que

altera a redação dos arts. 2º, 5º, 6º, 8º, 13 e 28, revoga o art. 14, da Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, e dá outras providências. Disponível no site:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8132.htm#art1>, acesso em: 28/03/20;

-CRETELLA NETO, José. **Manual Jurídico do Franchising**. São Paulo: Editora Atlas, 2003;

-GAMA, Rogério. Artigo: *Franqueador & Franqueado: construindo o relacionamento desde o primeiro encontro*. BETO FILHO... [et al.]. **Franchising: Aprenda com os Especialistas**. 1ª edição bilingue. Rio de Janeiro: ABF-Rio, 2013;

-INPI. **Manual de Marcas**. Disponível no site: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/11_Protocolo_de_Madri#112-Pedidos-internacionais-originados-no-Brasil, acesso em 13/04/20;

-Portal SEBRAE. **FRANQUIAS**. Disponível no endereço eletrônico: https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/franquias_portal_sebrae.pdf, acesso em: 13/04/20;

-ROSA, Fernanda Carvalho Frustockl La. SILVA, Silvio Bitencourt da. Artigo: *A Delimitação e a Proteção Jurídica do know-How nos Contratos de Franquia*. ASSAFIM, João Marcelo de Lima ... [et al.] (coord). **Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência** [Recurso eletrônico on-line] – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

-SAAVEDRA, Thomaz. **Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005;

-VUONO, Natasha De. Artigo: *Nova Lei de Franquias, Lei n. 13.966/19*. **Migalhas**. Publicado em 26.02.2020. Disponível no site: <https://www.migalhas.com.br/depeso/320824/nova-lei-de-franquias-lei-13966-19>, acesso em 11.04.2020.

