SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

O CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL E A RELAÇÃO COM O INSTITUTO DA BOA-FÉ OBJETIVA,

THE CONTRACT OF BUSINESS FRANCHISE AND RELATIONSHIP WITH THE INSTITUTE OF GOOD FAITH STRICT

Jaqueline Montenegro da Cruz [1]
Adriana Almeida Lima

Resumo

O trabalho apresenta a temática que envolve o contrato de franquia, também conhecido por franchising, com o objetivo de analisá-lo sob alguns aspectos de sua natureza jurídica e principiológica. A pesquisa demonstra que o contrato de franchising (franquia), que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, concede em principio o direito de comercializar marcas com produtos ou serviços produtos de sua propriedade industrial. A evolução não conseguiu acompanhar essa mudança. Somente com o advento do novo código Civil de 2002, que trouxe em seu bojo a função social bem como o princípio da boa-fé objetiva.

Palavras-chave: Palavras-chave: franquia,, Princípio da boa-fé objetiva, Contrato

Abstract/Resumen/Résumé

The paper presents the theme involving the franchise agreement, also known as franchising, in order to analyze it in some aspects of its legal and principled nature. Research shows that the franchise agreement (franchise), which connects a person to a company, so that, under special conditions, provides in principle the right to market brands with products or services products of their industrial property. The evolution did not follow this change. Only with the advent of the new Civil Code 2002, which brought in its wake the social function and the principle of objective good faith.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Franchise, The principle of good faith strict, Contract

[1] Professora da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO; Pós graduada em Direito Tributário

Introdução

Estabelecer a discussão acerca do tema, notoriamente no que diz respeito às o sistema de franquia e as funções da boa-fé objetiva, bem como seu reflexo na teoria contratual. A ideia real é analisar a teoria geral do contrato sob a luz do novo código civil, relacionando seus princípios, sua formalização e sua utilização no contrato de franquia comercial, bem como conceituar o contrato de franquia, ressaltando suas características complexas e sua natureza jurídica, trazendo exemplos concretos no âmbito empresarial, bem como, explorar as cláusulas exigidas pelo referido dispositivo.

A metodologia que será abordada tem como fonte os contratos de franquia e a boa-fé objetiva, de natureza comercial, verificará quais as vantagens e desvantagens econômica, bem como, as obrigações e deveres para cada um dos polos da relação e, quais sua responsabilidade civil. Para a elaboração, o método aplicado é o indutivo, aquele que, estabelece um conceito dentro de um universo, com base numa propositura geral, para então relacionar especificamente a boa-fé objetiva como princípio norteador no contrato de franquia protegendo seus celebrantes. A pesquisa adotada é a bibliográfica que, é a mais adequada, baseando-se no manuseio de obras jurídicas, internet e pesquisa em artigos científicos.

Evolução histórica e aspectos principiológicos do contrato

Historicamente, determinar a origem do contrato é uma tarefa difícil, pois sua gênese se confunde com as das civilizações mais antigas. Na história dos povos, MAIA, (2009) o estímulo mais poderoso que se manifesta é a ambição que dá energia ao caráter empreendedor e ao espírito inventivo, despertando assim, a cobiça de bens arrebatados pela força bruta.

Na visão de HOBBES (1983), em sua obra Leviatã, o homem vivia no estado de natureza, onde cada um podia usar de força para defender os seus próprios interesses. Dado a essa condição, o homem procurava buscar a paz formando sociedade num contrato social. Na concepção de Hobbes, "a transferência mútua de direitos é aquilo a que se chama contrato".

O conteúdo do contrato passou ainda, por algumas limitações após o surgimento do comunismo na Rússia e a Constituição de Weimar, na Alemanha, sem que fosse modificada sua função e utilidade, sedimentada pelo Código Napoleão. Segundo o autor WALD (2004),

> A reação do liberalismo individualista do século XIX contra as limitações impostas pelo Estado, durante a Idade Média, consagrou, assim, o postulado da liberdade dos

> homens no plano contratual. [...] Houve, na realidade, uma *mística contratual*, deixando-se ao arbitro de cada um a decisão de todas as questões econômicas, sem qualquer interferência por parte da sociedade.[1]

No Brasil o Código Civil de 1916, seguiu o modelo francês, com formato unitário, não distinguindo ato jurídico de negócio jurídico. Somente com o advento do Código de 2002 é que foi adotado, com base no sistema germânico, a corrente que diferencia o ato jurídico do negócio jurídico. Assim, o Código Civil de 2002 inovou trazendo em seu bojo a função social e os princípios norteadores, e ainda, tornou explícita a liberdade de contratar, que somente poderá ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, aplicando os princípios da boa-fé e probidade (arts. 421 e 422), o que vem garantindo um equilíbrio para a circulação de riqueza.

Com a valoração da dignidade humana, a relação jurídica vem mostrando necessidade de reavaliação em seu sentido pós-moderno. Esta dignidade está fundamentada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece como meta básica a solidariedade social e a erradicação da pobreza. Contudo, esta nova condição do direito privado, não significa dizer que este direito deixe de tratar o elemento objetivo da relação jurídica, o contrato deve ter os elementos de existência como: declaração de vontade; agente; objeto; e forma, para assim ser considerado.

O Princípio da boa-fé como norteador no contrato de franquia

Segundo CRETELLA (2002), os princípios são proposições básicas, fundamentais e típicas, as quais, condicionam as estruturações e desenvolvimentos subsequentes de uma ciência. Em razão da importância de que se revestem, os contratos devem nortear-se por uma principiologia, além de suas normas.

O princípio da boa-fé é fruto evolutivo em várias legislações estrangeiras. O Código Francês (1804) no art. 1.134 já trazia em seu bojo que as convenções deveriam seguir as normas da lei seguida da boa-fé; O Código Italiano (1942) descreve em seu art. 1.375 que "os contratos devem ser cumpridos conforme a boa-fé"; a redação do Código Civil Suíço (vigente desde 1907) se aproxima do Italiano quando dispõe que cada um exercerá seus direitos conforme a regra da boa-fé. Assim o fazem também o Código Alemão de 1900 e o Código Lusitano de 1966 que positivaram a boa-fé.

O Código Civil Brasileiro de 1916 não positivou a boa-fé como cláusula geral, sendo tratada como princípio geral do direito, e em alguns casos, como conceito jurídico indeterminado. O Novo Código Civil veio para transformar toda a relação contratual do mundo

moderno. Nesta visão clássica, se refle a principiologia do novo direito contratual. Consequentemente, temos os princípios como norteadores da obrigação contratual, estando todos ligados ao do respeito da dignidade humana (CF, art. 1º, III), com isso os contratantes ganham tutela jurídica efetivada na função social do contrato (CC, art. 421) e na justiça social (CF, art. 170). O legislador estabeleceu um critério finalístico e limitativo, ao dispor que a liberdade de contratar será exercida em razão de sua função social.

Para SAMPAIO (2004), na seara doutrinária, a boa-fé objetiva desempenha algumas funções no campo obrigacionais, como fornecer critério para a interpretação e a integração contratual, criar deveres jurídicos, anexos ou de proteção, independentemente da vontade das partes, e limitar o exercício de direitos subjetivos.

Conceito do Contrato de Franquia e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo e a aplicação da lei 8.995/94 do contrato de franquia pela luz do Código Civil para uma efetiva tutela jurisdicional sedimentada pelo princípio da boa-fé

No seu conceito o *franchising* ou franquia empresarial é uma espécie contratual que não se encontra regulamentada nas legislações de diversos países europeus, incluindo Portugal. Por isso, é um contrato juridicamente atípico, isto é, não previsto na lei, que se desenvolve ao abrigo do princípio da liberdade contratual. Embora diversas definições sejam encontradas na doutrina e na legislação comparadas, bem como as adotadas pelas associações nacionais e internacionais, todas buscam o formalismo jurídico clássico com a visão pragmática da relação comercial.

O Código de Deontologia Europeu, assim o definiu:

> O *Franchising* é um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços e/ou tecnologias, baseado numa estreita e contínua colaboração entre empresas jurídicas e financeiramente distintas e independentes, o *Franchisador* e os seus *Franchisador*, através do qual o *Franchisador* concede aos seus *Franchisador* o direito, e impõe a obrigação, de explorar uma empresa de acordo com o seu Conceito.

Na doutrina nacional, um dos pioneiros em definir *franchising* foi o autor SILVA (2004), que assim o fez: "o contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligadas por vínculo de subordinação".

A Lei 8.955/94 surgiu do Projeto de Lei nº 318/91 do Deputado Magalhães Teixeira (PSDB/SP), sancionado com veto no seu artigo 5º pelo Presidente da República. O legislador procurou estabelecer maior certeza e transparência nas relações entre as partes, bem como tipificar o contrato de Franquia. Porém, deixou a desejar no que concerne às obrigações dos

contratantes com relação a algum tipo de inadimplemento.

O art. 2º traz a definição do sistema de franquia, *in verbis*,

> 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 e 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.

Atualmente, está sendo analisado pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n° 4319/98, que propõe algumas alterações na Lei de Franquia, e foi aprovado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara. A ideia é evitar que aventureiros ingressem no mercado sem experiência no sistema, e sem condições de suporte técnico, já que a legislação não estipula prazo mínimo para que uma empresa se torne franqueadora.

Neste sentido, entendeu o TJRS, AP. Cív. 59604027 na 6ª Câmara, que os prejuízos advindos pela falta de estrutura para manutenção dos negócios são de responsabilidade da franqueadora. Contudo, as vendas efetivamente realizadas deverão ser pagas pelo franqueado à franqueadora. Outra proposta é a inclusão da Lei 8.955/94 no art. 3º sobre a regra de transferência ou sucessão; prazo de vigência do contrato de *master* franquia e renovação.

Atualmente o prazo admitido pela doutrina é de 5 (cinco) anos. Neste sentido encontra-se o entendimento do TAR, APC 194050779, da 9ª Câmara Cív. 31-5-1994, onde, embora a doutrina reconheça este prazo, nada impede que as partes convencionem outro, e até mesmo sua prorrogação, e ainda admite a denúncia do contrato por descumprimento de cláusula. O art. 5º, vetado na legislação vigente, traria outra redação, como a livre negociação sobre o imóvel destinado ao sistema de franquia, incluindo ainda nesta forma o fundo de comércio, e não estariam sujeitos aos dispostos nos arts. 21 e 51, da Lei do Inquilinato. Em linhas gerais, a matéria pretende trazer maior segurança às partes envolvidas no negócio, promovendo maior transparência na COF. Entre a nova proposta, está a prática de explicitar, já no contrato inicial da franquia, os termos de renovação da parceria.

Na análise atual da Lei de Franquias, verifica-se dois importantes aspectos: ela se tornou obsoleta em curto espaço de tempo, e o seu anteprojeto de Lei em análise no Congresso Nacional, visa apenas algumas mudanças em relação a Circular de Oferta, com o escopo de transparência da empresa franqueadora. Neste aspecto, percebe-se que no tocante a relação contratual nada acrescenta para as possíveis resoluções de conflitos.

Assim sendo, embora o sistema de franquia seja regulado pela Lei 8.955/94, esta não disciplina a relação jurídica constituída na conclusão do contrato, o que a torna modalidade de contrato atípico, considerado por vários juristas, dentre eles, STOCO (2004). As cláusulas contratuais entre franqueador e franqueado são regidas pelas cláusulas gerais dos contratos do Novo Código Civil, especificamente pelos princípios norteadores como o princípio da boa-fé.

A importância da boa-fé objetiva na fase pré-contratual com seus deveres e regime de responsabilidade.

Hodiernamente, a fase pré-contratual tem sua significância, pois anteriormente se apregoava a teoria do abuso do direito e suas limitações, quanto a execução do contrato, e o princípio da boa-fé emergiu para tutelar os futuros contratantes, assim como acontece no sistema de franquia, onde a relação começa antes da assinatura do contrato. Neste contexto temos o entendimento da jurisprudência pátria: "O CC 422 não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual. " (Jornada I STJ 25); "A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato". (Jornada III, STJ 170). Entendimento que se adéqua perfeitamente ao sistema de franquia.

O autor JABUR (2008), enfatiza que se deve atentar para o fato que os princípios norteadores deste instituto são instrumento de fundamentação para a realização de fato do direito sob o manto da equidade, de acordo com o doutrinador LOBO, (2003), entende assim como vários outros que geralmente as negociações preliminares não geram vínculos e nem obrigações, quanto menos o dever de indenizar, porém, surge a responsabilidade de reparar o dano em caráter excepcional. No sentido de oferta ou proposta, é entendimento doutrinário CRETELLA NETO, (2003). Que "a manifestação de vontade unilateral, por meio da qual uma pessoa faz conhecer sua intenção de contratar e as condições especiais do contrato", ou seja, um convite para pactuar com a outra parte.

CONCLUSÃO

O estudo realizado mostrou que o contrato passou por diversas e constantes transformações, no que diz respeito a sua estrutura, categoria, conteúdo e até mesmo por sua dimensão. A franquia como forma de distribuição de bens, assumiu no mundo moderno, indiscutível relevância no âmbito mercadológico. Verificando sua História, percebeu-se um processo evolutivo notável, de grande proporção na economia mundial, refletido na massificação do sistema, justificado

pela comodidade do franqueador em expandir o seu comercio com a contrapartida do franqueado adquirir um negócio já estruturado e de reconhecimento.

Contudo, no sistema de franquia todos podem ganhar, tanto franqueador quanto franqueado, porém como em qualquer negócio, existem cuidados básicos a serem tomados. O contrato de *franchising* engloba, de modo genérico, várias outras formas contratuais, razão pela qual é considerado híbrido ou misto por envolver: compra e venda, cessão de direitos de uso de marca, cessão de direito incorpóreos, transferência de *know-how*, além de diversas espécies de prestação de serviços, como assistência técnica, assistência administrativa e financeira, suporte de *marketing*, distribuição. A omissão na Lei de Franquia ensejou na busca constante de normas dentro da doutrina, princípios constitucionais, e ainda, o surgimento da Associação de Classe, que criou Normas Auto-Regulamentadoras e de Ética com a finalidade de harmonizar o relacionamento entre as partes contratadas, incentivando o uso da cláusula arbitral como forma de dirimir conflitos.

A boa-fé objetiva não ganhou espaço entre doutrina e jurisprudência como instituto inerente a tolher prerrogativas previstas em lei, tampouco desrespeitar o princípio da autonomia da vontade. Deveras a observância de determinadas cláusulas gerais, de deveres anexos e principalmente da conduta das partes, aliados a caso concreto, pode servir de lenitivo a quem reclama a imposição da boa-fé objetiva e sua devida aplicação na revisão ou na resolução contratual.

Com isso, tem-se maior segurança nos negócios jurídicos, fator hoje inexistente em razão da complexidade e instabilidade de nossa economia. Essa segurança reside no maior ideal de justiça social. Cabendo agora aos operadores do direito a materialização dessas novas regras jurídicas.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABF. Guia Oficial de franchising, 2009.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de, Projeto de Código Civil – As Obrigações e os Contratos, 1999, disponível em http://bdj.stj.gov.br/dspace/hade/2011/726, acesso em 10/09/2009.

BRASIL, Lei n. 9.279, de 14/05/96. Regula direitos e obrigações relativo à propriedade industrial. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/contrato/pasta_oquee, acesso dia 23/09/2009.

BRASIL. Lei n.º 8.955 de 15 dez. 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Código Comercial. São Paulo: Saraiva, 2000.

CÓDIGO DEONDOTOLOGIA EUROPEU. disponível em http://www.franchising.pt/portal/aplications/noticias/ver.aspx?id, acesso 16/10/09

CRETELLA NETO, José. Manual jurídico de franquia. São Paulo: Atlas, 2003.

HOBBES, Thomas. Leviatã ou Matéria, forma de poder de um estado eclesiástico e civil; tradução de João Paulo Monteiro e MARIA Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural,1983.

JABUR, Gilberto Haddad et al. Direito dos contratos II, São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.

LOBO, Jorge. Contrato de Franchising.Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.51

MAIA, Ana Carolina Resende de Azevedo. O Contrato e sua Eficácia, s/d, disponível em www.jfrn.gov.br/doutrina/doutrina201.doc, acesso em 02/09/2009.

PORTAL DO INPI, disponível em <http://www.inpi.gov.br/noticias/registro-de-franquias-ainda-gera-duvidas-em-empresarios/?searchterm=franquias>, acesso em 22/07/09.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. A boa-fé objetiva na relação contratual. São Paulo: Manole, 2004.

SILVA, Américo Luís Martins. Contratos comerciais. Vl. 2. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos. 16 ed. ver. ampl. e atual. de acordo com o código civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004.