

48. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO PREVENTIVO E CONTRATO DE FRANQUIA¹

Fernando Guilhon Castro²

Lídia Carolina Delage Fonseca³

Igor Magalhães Queiroz⁴

Palavras-chaves: contrato de franquia; consultoria jurídica; direito preventivo.

O presente trabalho tem como escopo a apresentação do serviço de consultoria jurídica personalizada oferecido pela Colucci Consultoria Jurídica Júnior, empresa júnior da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como forma de prevenção de conflitos no âmbito do contrato de franquia e suas peculiaridades.

O Direito é corriqueiramente visto como um remédio, visto que é empregado para solucionar um litígio já existente. Todavia, tal perspectiva tem sofrido alterações devido, principalmente, à sobrecarga do Poder Judiciário, o que implica longa duração dos processos e, por conseguinte, longa espera para se obter alguma solução. Neste contexto, surge o Direito Preventivo, atuando não como um remédio, mas sim como uma vacina a fim de prevenir conflitos.

Tal concepção preventiva do Direito norteia o trabalho desenvolvido pela Colucci Consultoria Jurídica Júnior. Trata-se, pois, de uma associação civil construída e gerenciada por alunos da graduação que se comprometem a prestar consultoria e

¹ Trabalho realizado no âmbito de atuação da empresa júnior Colucci Consultoria Jurídica Júnior, projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. O projeto contou imprescindível colaboração apoio do então Diretor de Projetos da Colucci, Gevalmir Facioli Carneiro, a quem faz-se aqui menção honrosa.

² Docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e professor orientador da Colucci Consultoria Jurídica Júnior.

³ Graduanda da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e ex-membro da Colucci Consultoria Jurídica Júnior.

⁴ Graduando da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e ex-membro da Colucci Consultoria Jurídica Júnior.

assessoria jurídica para empresas. A Colucci aplica o Direito Preventivo ao estudar quais os meios mais adequados de se evitar problemas no Judiciário (assessoria) e ao prestar esclarecimentos sobre a interpretação e a aplicação de leis (consultoria).

Um dos serviços prestados pela empresa júnior consiste na elaboração de pareceres. Parecer jurídico é um documento que contém informações técnicas sobre determinado tema que gera dúvidas no cliente. Portanto, o parecer é uma orientação fundamentada na doutrina, na jurisprudência e na lei, e que aponta o melhor caminho legal a ser seguido pelo empresário frente a uma decisão importante que ele terá que tomar.

No ano de 2016, a Colucci Júnior foi contratada para a elaboração de um parecer a respeito da cláusula de não concorrência em um contrato de franquias. Tal serviço demandou por parte dos membros responsáveis um estudo detalhado sobre franchising. Os marcos teóricos escolhidos foram Alberto Lopes Rosa e Enzo Baiocchi. O projeto envolveu ainda a análise da Lei nº8955/94 (Lei de Franquias) e pesquisas na jurisprudência pátria.

Segundo artigo 2º da Lei nº8955/94, franquia empresarial é o sistema pelo qual franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

O contrato de franquia é bilateral e consensual (depende de vontade mútua para alterações), oneroso (envolve valores patrimoniais), formal e solene (disciplinado em lei). Por conseguinte, é uma manifestação de vontade de ambas as partes de firmar vínculo empresarial de forma tal que o franqueado usará das técnicas de negócios e conhecimento cedidos pela franqueadora, bem como sua marca, sem que haja vínculo empregatício (trabalhista) ou direitos reais (de propriedade intelectual ou industrial) sobre os produtos e processos. Os Tribunais Superiores entendem franquia como um contrato autônomo e complexo, ou seja, não se trata de uma simples fusão de vários contratos, mas sim de um sistema (conforme a letra da lei).

Insta dizer que o legislador de 1994 mostrou-se claramente favorável ao franqueador, deixando à sua discricionariedade a determinação de diversos termos a ser contratados, entre eles o disposto no Art. 3º, inciso XIV, alíneas “a” e “b”.

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: (...) 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;(grifo nosso)

Em outras palavras, cabe ao franqueador dispor sobre a situação do franqueado após o fim do contrato, observando as disposições da lei vigente.

No âmbito doutrinário, Alberto Lopes Rosa afirma existir um “desequilíbrio congênito” na relação entre franqueador e franqueado. Isso ocorre em virtude de, em regra, aquele deter posição econômica superior a este, de forma que o franqueado se submete a regras contratuais impostas pelo franqueador, como a cláusula temporal de não concorrência, objeto de análise do parecer contratado. Pode-se, então, notar que o franqueado detém uma “autonomia relativa”, nos termos de Enzo Baiocchi.

Para melhor compreender o vínculo existente na franquia, os alunos valeram-se da hermenêutica constitucional, buscando, através da interpretação sistemática do Direito, conhecer melhor o contexto em que essa relação está inserida. Notou-se que o advento da Carta Magna de 1988 e a consequente força normativa adquirida pelos direitos fundamentais (tanto individuais quanto coletivos) implicaram uma mudança de olhar sobre o Direito Contratual. Se antes vigorava, principalmente, a função econômica dos contratos e a autonomia das partes; atualmente, preocupa-se com a função social do contrato (art. 421, Código Civil) e com a observância da boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil). Dessa maneira, os contratos, ainda que

oriundos de uma relação privada, devem observar os interesses da sociedade como um todo, atentando para seus reflexos no corpo social.

No que tange à boa-fé objetiva, é necessário destacar primeiramente a diferença entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. A primeira consiste-se em normas de conduta que, por sua vez, configuram deveres laterais, como o dever de informar verificado já na fase pré-contratual de elaboração do Circular de Oferta de Franquia (COF); enquanto a segunda relaciona-se com a própria ética, com a boa-fé íntima, com a conduta proba e pessoal, sempre balizada no ordenamento jurídico

Sendo assim, embora em uma relação desarmoniosa, o franqueado beneficia-se do “engineering, do management e do marketing” (ALBERTO LOPES ROSA) providos pelo franqueador, devendo considerar a função econômica aliada à função social do contrato e também o princípio da boa-fé objetiva. Em outras palavras, o franqueado recebe o “produto subordinante” (marca e know-how licenciados) e o “produto subordinado” (insumos indispensáveis à operação de franquia) do franqueador, aproveitando-se da consolidação no mercado já alcançada pela marca (ENZO BAIOCCHI, 2008).

Entende-se, portanto, que mesmo havendo aparente desequilíbrio entre as partes contratantes, a doutrina julga esta uma relação de benefício para ambas, invocando princípios norteadores como boa-fé objetiva e a função econômica e social do contrato.

Quanto ao entendimento jurisprudencial, verifica-se que, embora não uníssono, ele é consistente no que diz respeito ao descumprimento da cláusula de não concorrência no contrato de franquia. Havendo lastro probatório suficiente que ligue a atividade comercial do franqueado àquela exercida pela franqueadora, esta poderá provocar o judiciário e lograr, além da multa prevista contratualmente, indenização por danos materiais e morais causados pela concorrência desleal promovida pelo inadimplemento da cláusula supramencionada. Tal ligação poderá ser suscitada por conta da verossimilhança entre os nomes das marcas, da proximidade do local de exercício da atividade empresarial ou dos produtos comercializados.

É válido ainda ressaltar que, em nenhum dos acórdãos analisados para a elaboração do parecer a cláusula foi considerada abusiva; a improcedência, quando ocorria, se dava por ausência de provas inequívocas capazes de originar decisão

favorável sem que houvesse jurisdição exauriente, bem como que alguns julgados mencionam a prática de concorrência desleal, o que pode inclusive ser remetido ao Ministério Público para apuração em conformidade com o art. 195 da Lei 9.279/96, que dispõe sobre os direitos relativos à propriedade industrial.

Diante de todo o exposto, os alunos concluíram que os riscos de se quebrar a cláusula de não-concorrência em um contrato de franquia são muito altos quando se tenta aproveitar do know-how adquirido durante o tempo de franquia e de comercializar os mesmos produtos. Logo, o parecer foi desfavorável à quebra contratual.