

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO “EURÍPIDES DE MARÍLIA” - UNIVEM  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**ANA AMÉLIA STEINER**

**O *FRANCHISING* E O CONSUMIDOR:  
ÉTICA, PRINCÍPIOS E RESPONSABILIDADES**

MARÍLIA  
2011

ANA AMÉLIA STEINER

O *FRANCHISING* E O CONSUMIDOR:  
ÉTICA, PRINCÍPIOS E RESPONSABILIDADES

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientadora:

Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> MÔNICA TEREZA MANSUR LINHARES

MARÍLIA  
2011

Steiner, Ana Amélia

O *franchising* e o consumidor: ética, princípios e responsabilidades / Ana Amélia Steiner; orientadora: Mônica Tereza Mansur Linhares. Marília, SP: [s.n.], 2011.

214 f.

Dissertação – Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2011.

1. *Franchising* 2. Consumidor 3. Princípios 4. Responsabilidade Civil 5. Ética

CDD: 342.145

À minha família que, mesmo de longe,  
presenteia-me sempre com carinhoso e  
incondicional apoio em todos os desafios  
a que me proponho.

Aos amigos, inseparáveis torcedores,  
por toda paciência e lealdade.

E para Christian,  
que ensinou-me a beleza da doação  
e o sentido da expressão “amor eterno”.  
Descansa em paz, mein Schatz.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Centro Universitário Eurípides de Marília que, depois de quase oito anos de distância, recebeu-me tão bem para uma nova oportunidade de aprendizado.

Agradeço, também, ao Corpo Docente do Programa de Mestrado em Direito, em especial aos professores com quem tive o prazer de estudar diretamente, por toda paciência e generosidade na partilha dos conhecimentos adquiridos ao longo dos anos com pessoas extremamente curiosas, como eu.

Às queridas amigas Leninha e Taciana, de prosa fácil e agradável, que nunca pouparam esforços para atenderem aos pedidos de socorro por mim feitos.

Aos professores Marisa Rossinholi, Wilson Liberati e Lafayette Pozzoli, pelas importantes contribuições que fizeram a este trabalho.

Agradeço à professora Norma Padilha, a quem tive o prazer de auxiliar como monitora, pela oportunidade, exemplo e amizade.

À professora Mônica Mansur Linhares, que gentilmente aceitou-me como orientanda, o que muito me honrou, agradeço por toda a atenção, paciência e confiança.

E a Deus,

agradeço por fazer com que todos esses agradecimentos tenham verdadeiro sentido.

“O mundo é um lugar perigoso de se viver,  
não por causa daqueles que fazem o mal,  
mas sim por causa daqueles que observam  
e deixam o mal acontecer.

[...]

Nem tudo que se enfrenta pode ser modificado,  
mas nada pode ser modificado  
até que seja enfrentado.”

Albert Einstein

STEINER, Ana Amélia. **O *franchising* e o consumidor: ética, princípios e responsabilidades**. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2011.

## RESUMO

O trabalho tem como objetivo determinar o tipo de responsabilidade que franqueador e franqueado, integrantes do sistema de *franchising*, possuem diante de acidentes de consumo que vitimem consumidores. Considerando a crescente utilização que o instituto vem tendo no Brasil, lógica se torna a previsão de proporcional crescimento para problemas relacionados ao consumidor de *franchising*, ou seja, àquela pessoa que adquire produtos ou serviços por meio de estabelecimentos franqueados. E, pesando-se o fato de que tanto a Lei nº 8.955/94, a Lei do *Franchising* quanto o Código de Defesa do Consumidor não tratam especificamente das relações de consumo atinentes ao *franchising*, torna-se mais complexa a busca por soluções para tais problemas, quer via judicial, quer extrajudicialmente. A pesquisa do assunto, que valeu-se do método dedutivo para tal, implicou no conhecimento da opinião de doutrinadores acerca do relacionamento entre franqueador, franqueado e consumidor, bem como de consulta à jurisprudência pertinente, tendo ambas as fontes considerado solidária a responsabilidade entre os integrantes do sistema de *franchising* para com o consumidor, podendo este voltar-se contra qualquer um, franqueador ou franqueado, para sanar o prejuízo sofrido. A crença no dever de observação pelas leis que regulam os relacionamentos comerciais aos princípios fundamentais e aos princípios constitucionais da ordem econômica serviu de sustentação para a elaboração de uma proposta de *lege ferenda* que modifique a Lei do *Franchising*, visando assim reprimir e, principalmente, prevenir injustiças contra os consumidores que se relacionam com o instituto. Dessa forma, inserindo-se uma norma de caráter claramente protetivo à parte mais vulnerável na relação de consumo gerada pelo *franchising*, irradia-se para a Lei nº 8.955/94, diploma legal genuinamente de direito privado, os princípios fundamentais estabelecidos pela Carta Constitucional, consubstanciados no da dignidade da pessoa humana, que resguarda o respeito, a igualdade, a justiça e a felicidade para todos.

**Palavras-chave:** *Franchising*. Consumidor. Princípios. Responsabilidade Civil. Ética.

STEINER, Ana Amélia. **O *franchising* e o consumidor: ética, princípios e responsabilidades**. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, 2011.

## ABSTRACT

O trabalho tem como objetivo determinar o tipo de responsabilidade que franqueador e franqueado, integrantes do sistema de *franchising*, possuem diante de acidentes de consumo que vitimem consumidores. Considerando a crescente utilização que o instituto vem tendo no Brasil, lógica se torna a previsão de proporcional crescimento para problemas relacionados ao consumidor de *franchising*, ou seja, àquela pessoa que adquire produtos ou serviços por meio de estabelecimentos franqueados. E, pesando-se o fato de que tanto a Lei nº 8.955/94, a Lei do *Franchising* quanto o Código de Defesa do Consumidor não tratam especificamente das relações de consumo atinentes ao *franchising*, torna-se mais complexa a busca por soluções para tais problemas, quer via judicial, quer extrajudicialmente. A pesquisa do assunto, que valeu-se do método dedutivo para tal, implicou no conhecimento da opinião de doutrinadores acerca do relacionamento entre franqueador, franqueado e consumidor, bem como de consulta à jurisprudência pertinente, tendo ambas as fontes considerado solidária a responsabilidade entre os integrantes do sistema de *franchising* para com o consumidor, podendo este voltar-se contra qualquer um, franqueador ou franqueado, para sanar o prejuízo sofrido. A crença no dever de observação pelas leis que regulam os relacionamentos comerciais aos princípios fundamentais e aos princípios constitucionais da ordem econômica serviu de sustentação para a elaboração de uma proposta de *lege ferenda* que modifique a Lei do *Franchising*, visando assim reprimir e, principalmente, prevenir injustiças contra os consumidores que se relacionam com o instituto. Dessa forma, inserindo-se uma norma de caráter claramente protetivo à parte mais vulnerável na relação de consumo gerada pelo *franchising*, irradia-se para a Lei nº 8.955/94, diploma legal genuinamente de direito privado, os princípios fundamentais estabelecidos pela Carta Constitucional, consubstanciados no da dignidade da pessoa humana, que resguarda o respeito, a igualdade, a justiça e a felicidade para todos.

**Keywords:** Franchising. Consumer. Principles. Civil Responsibility. Ethics.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1.1 – Os números do <i>franchising</i> nos EUA .....	56
Tabela 1.2 – Por número de franqueadores .....	58
Tabela 1.3 – Por número de unidades franqueadas .....	58
Tabela 1.4 – Os números do <i>franchising</i> no Brasil .....	59
Tabela 1.5 – Participação de cada segmento no faturamento do <i>franchising</i> no Brasil (em bilhões de R\$).....	61
Tabela 1.6 – Principais diferenças entre o Código Civil de 1916 e o Código de Defesa do consumidor na disposição sobre vícios .....	87

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AASP	Associação dos Advogados de São Paulo
ABF	Associação Brasileira de Franchising
ADPIC	Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio
BFF	Business Franchise Format (Franquia de Negócio Formatado)
CC	Código Civil
CCAA	Centro Cultural Anglo-Americano
CCJC	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CDC	Código de Defesa do Consumidor
COF	Circular de Oferta de Franquia
EFF	European Franchise Federation (Federação Europeia de Franchise)
EUA	Estados Unidos da América
Fed	Federal Reserve (Banco Central dos EUA)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral de Tarifas e Comércio)
GM	General Motors
IFA	International Franchise Association (Associação Internacional de Franchise)
KFC	Kentucky Fried Chicken
LF	Lei Fundamental da República Federal da Alemanha
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRIPs	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
WFC	World Franchise Council (Conselho Mundial de Franchising)

## ANEXOS

ANEXO A – Projetos de Lei que previram e prevêm mudanças na Lei nº. 8.955/94.....	161
ANEXO B – TRIPs (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) ou ADPIC (Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio).....	184
ANEXO C – Decreto nº. 1.355/94 (Promulga a ata final que incorporou os resultados da Rodada Urugui de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT).....	214

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 - O <i>FRANCHISING</i> NAS RELAÇÕES COMERCIAIS, OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E OS DA ORDEM ECONÔMICA.....	15
1.1 Os Princípios constitucionais aplicados às relações comerciais.....	15
1.1.1 Princípios fundamentais .....	17
1.1.1.1 A dignidade da pessoa humana .....	19
1.1.1.2 A livre iniciativa .....	21
1.1.2 A ordem econômica.....	22
1.2 Origens do sistema de <i>franchising</i> .....	28
1.3 Definição .....	35
1.3.1 Elementos essenciais do <i>franchising</i> .....	40
1.3.2 Classificação do sistema.....	43
1.3.2.1 <i>Franchising</i> de Produção.....	44
1.3.2.2 <i>Franchising</i> de Indústria.....	45
1.3.2.3 <i>Franchising</i> de Comercialização ou Distribuição .....	46
1.3.2.4 <i>Franchising</i> de Serviços .....	46
1.3.3 Circular de Oferta de Franquia (COF).....	48
1.3.4 Aspectos gerais sobre o Contrato de <i>Franchising</i> .....	49
1.3.5 Pontos fortes e pontos fracos do sistema.....	52
1.3.5.1 Para o franqueador.....	52
1.3.5.2 Para o franqueado .....	54
1.4 Representatividade do <i>franchising</i> para os mercados mundial e brasileiro.....	55
1.4.1 <i>Franchising</i> nas principais economias do mundo .....	56
1.4.2 <i>Franchising</i> na economia brasileira .....	59
CAPÍTULO 2 - O <i>FRANCHISING</i> E A RESPONSABILIDADE EM RELAÇÃO AO CONSUMIDOR .....	63
2.1 Responsabilidade.....	63
2.1.1 O sistema tradicional da responsabilidade civil .....	64
2.1.1.1 Breve histórico evolutivo das reações a danos sofridos .....	64
2.1.1.2 Conceito de responsabilidade civil.....	69
2.1.1.3 Espécies .....	71
2.1.1.4 Pressupostos .....	72
2.1.1.5 Excludentes.....	73
2.2 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor.....	75
2.2.1 Definição de consumidor.....	75
2.2.2 Definição de fornecedor .....	78
2.2.3 A responsabilidade civil pelos acidentes de consumo.....	82
2.2.3.1 Acidentes de consumo .....	82
2.2.3.2 Distinção entre defeito e vício .....	83
2.2.4 A objetividade da responsabilidade do fornecedor.....	88
2.2.5 Pressupostos da responsabilidade civil no microsistema do CDC.....	90
2.2.6 Causas de exclusão da responsabilidade previstas no CDC – A defesa do fornecedor.....	91
2.3 A responsabilidade emanada pela Lei nº. 8.955, de 15/12/1994 – Lei do <i>Franchising</i> .....	94

2.4 A responsabilidade do <i>franchising</i> perante o consumidor.....	98
2.4.1 Relação de consumo entre franqueador e franqueado .....	98
2.4.2 A responsabilidade de franqueador e franqueado como fornecedores.....	100
2.4.2.1 Imputação da responsabilidade.....	100
2.4.2.2 Controle <i>versus</i> ingerência .....	105
CAPITULO 3 - <i>FRANCHISING</i> NOS TRIBUNAIS, ÉTICA E <i>LEGE FERENDA</i> .....	110
3.1 Jurisprudência envolvendo <i>franchising</i> e consumidor .....	110
3.1.1 Solidariedade entre franqueador e franqueado .....	111
3.1.2 Independência entre franqueador e franqueado.....	121
3.2 A ética, o <i>franchising</i> e o consumidor .....	127
3.2.1 O objeto da ética.....	128
3.2.2 A ética no <i>franchising</i> .....	130
3.2.3 Comportamento ético entre o <i>franchising</i> e o consumidor .....	132
3.3 Projetos de Lei que visaram (e visam) mudança à Lei nº. 8.955/94.....	137
3.3.1 Projeto de Lei nº 2.921-A/2000 .....	137
3.3.2 Projeto de Lei do Senado nº 273/2001 .....	138
3.3.3 Projeto de Lei nº 4.319/2008 .....	138
3.3.4 Projeto de Lei nº 6.080/2009 .....	138
3.4 <i>Lege Ferenda</i> como medida preventiva e protetiva às relações consumeristas no <i>franchising</i> .....	139
3.4.1 A constitucionalização do direito privado .....	140
3.4.2 Proposta de mudança.....	144
CONCLUSÃO.....	147
REFERÊNCIAS .....	150

## INTRODUÇÃO

Criativo e curioso por natureza, o homem sempre buscou desenvolver-se nos mais diferentes aspectos: humano, intelectual, interpessoal, mas, principalmente, no aspecto econômico, sendo o *franchising* uma das inventividades humanas que visam bem ao último tipo de desenvolvimento mencionado.

Considerado por alguns como um sistema e definido por outros como um contrato, o *franchising* passou a ser disciplinado no Brasil pela Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, conhecida como Lei do *Franchising*, muito embora já estivesse sendo praticado desde tempos muito anteriores à publicação do diploma legal. Instituto de origem estrangeira, o *franchising* vem crescendo espantosamente, despertando cada vez mais o interesse tanto por parte de quem deseja expandir uma boa ideia de negócio, como da parte de quem deseja ter sua própria empresa, ou seja, tornar-se empresário. O crescimento do instituto é positivo para a economia brasileira, mas suscita questionamentos sobre os cuidados que os participantes do *franchising*, franqueador e o franqueado, devem ter em relação ao consumidor, a parte mais frágil nesse relacionamento se considerado o poder econômico que os três envolvidos dispõem.

O presente estudo deseja responder a algumas questões relevantes envolvendo o *franchising* e o consumidor: qual o tipo de responsabilidade existente entre franqueador e franqueado perante problemas causados ao consumidor? Diante de uma situação de prejuízo sofrida pelo consumidor em relação a um produto fornecido ou serviço prestado pelo franqueado, o franqueador deverá também ser responsabilizado? Até que ponto o franqueador pode controlar as ações de seus franqueados sem que essa atitude caracterize ingerência e, dessa forma, lhe seja atribuída diretamente a responsabilidade pela reparação de danos causados pelos seus contratantes? A equação comercial do *franchising*, por relacionar o consumidor com duas incógnitas (franqueador e franqueado), precisa que o valor destas seja conhecido para que se possa encontrar respostas bastantes e, assim, resguardar os direitos do primeiro.

O procedimento metodológico a ser utilizado nessa pesquisa será o dedutivo, ou seja, partir-se-á de argumentos gerais para, posteriormente, abordar argumentos específicos. Por meio do levantamento de obras existentes sobre *franchising*, a busca se estenderá para outros materiais que revelarem aspectos importantes sobre o assunto, tais como Internet, artigos e revistas. Devidamente fichados, esses materiais de apoio serão relacionados com a jurisprudência existente sobre a questão, assim como a análise de diplomas legais pertinentes ao assunto.

No primeiro capítulo, será feita uma rememoração acerca dos princípios fundamentais e dos relacionados à ordem econômica constitucional, revelando a fundamentação que as relações comerciais devem ostentar e o norte que aqueles que desejam desenvolver uma atividade visando ao lucro devem seguir para um resultado sadio e que não se distancie da justiça social. Em seguida, far-se-á uma breve explanação acerca das origens do *franchising*, mostrando-se suas motivações e, após, um esmiuçamento do instituto, abordando suas principais características, a fim de proporcionar o entendimento necessário acerca de suas particularidades.

A responsabilidade civil, instituto diretamente relacionado ao objetivo deste estudo, será trazida à discussão no segundo capítulo, quando então far-se-á uma recordação de sua definição e de seus elementos principais, partindo-se de uma análise *lato sensu* para, em seguida, uma abordagem *stricto sensu*, tendo como foco de interesse a responsabilidade no microsistema da Lei nº 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor. E ao final dessa segunda parte, será feita uma análise da responsabilidade do *franchising* perante o consumidor, levando-se em conta a responsabilidade que emana de sua lei e, principalmente, valendo-se do entendimento de doutrinadores especialistas no assunto.

Por fim, no terceiro capítulo, será analisada a jurisprudência produzida pelas Cortes de Apelação acerca do *franchising* e o consumidor, destacando-se os posicionamentos dos colendos julgadores. Em seguida, terá lugar uma abordagem sobre a ética, antes de forma geral e depois no relacionamento entre franqueador, franqueado e consumidor, destacando-se a importância de ações virtuosas por parte de todos os envolvidos para que o objeto da ética seja atingido. Depois desta, serão apresentados os Projetos de Lei que já existiram e que ainda existem para promover mudança no texto da Lei de *Franchising*, mudança essa que também será proposta ao final do presente estudo, quando da apresentação *de lege ferenda* para o *franchising* à luz da teoria da constitucionalização do direito privado, a ser mencionada logo antes da referida proposta.

Fatos provocam dúvidas; as dúvidas, questionamentos. Estes, por sua vez, levam à pesquisa, cuja investigação resulta em respostas para tais questionamentos e, dessa forma, conduzem à solução para dirimir as dúvidas originais, processo que certamente resultará em novas dúvidas, razão pela qual as interrogações representam o combustível para a evolução do conhecimento.

## **1 O *FRANCHISING* NAS RELAÇÕES COMERCIAIS, OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E OS DA ORDEM ECONÔMICA**

Vocacionado para viver em comunidade, o ser humano naturalmente aprimorou sua capacidade de desenvolver relacionamentos interpessoais ao longo da sua existência. Entretanto, primeiramente era preciso encontrar formas de sobreviver para, depois, aprender a conviver. Uma vez satisfeitas as necessidades básicas de subsistência, o homem pôde subir mais um importante degrau de seu desenvolvimento, que consistiu na geração de riqueza, ainda hoje em plena ebulição.

Quanto mais o homem conhece seus limites, mais procura superá-los. Se vista pela ótica didática, essa característica é, sem dúvida, muito positiva, vez que contribui para o desenvolvimento holístico humano. Já em termos comportamentais, nem sempre é possível ter-se um panorama positivo, principalmente quando a ética não consegue superar a ambição.

As relações comerciais são inerentes ao aprimoramento humano. Deixando-se de lado o caráter sociológico do relacionamento comercial, há que se notar um desenvolvimento extremamente impressionante desde os tempos primitivos, em que o escambo era a prática negocial principal, até hoje, em que a tecnologia permite que compras sejam feitas a partir de um aparelho celular. Novas ideias para expansão, novas formas de se fazer com que uma marca ou um produto sejam conhecidos em diferentes lugares do planeta em pouco tempo.

Entretanto, nem sempre o desenvolvimento natural econômico segue um caminho que leva todos os envolvidos a uma situação benéfica. Sempre existe o risco de prejuízo, de dano, contra o qual o homem procura estabelecer determinadas regras que, em tese, têm o papel de restaurar o equilíbrio quando o poder econômico deixa os dois pratos da balança desiguais.

Torna-se importante, então, recorrer à Constituição Federal para ressaltar as indicações de rumo adequado que a Lei Maior brasileira dá para o desenvolvimento econômico.

### **1.1 Os Princípios constitucionais aplicados às relações comerciais**

Economia, segundo Juarez Rizzieri<sup>1</sup>, “é a ciência social que estuda a administração dos recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos”. Fica claro então, desde logo, que o homem está sujeito à disponibilidade de recursos e a um meio em que se compete pela posse destes, sendo que aquele que possuir a maior quantidade de recursos sobressair-se-

---

<sup>1</sup>RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. **Manual de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 9.

á em relação aos demais membros de uma sociedade. Essa competitividade trouxe, com o avançar da História, necessidades urgentes de regras destinadas a promover certa ordem e a impor limites à busca e administração de recursos, regras sem as quais a sede do homem pelo acúmulo de riquezas certamente não seria freada. Eis, pois, a gênese do relacionamento entre as ciências da Economia e do Direito, que, no entender de Lafayette Josué Petter, não podem se dissociar<sup>2</sup>:

[...] desconhecer a repercussão do econômico no desvelamento do fenômeno jurídico equivale, tanto por tanto, e também erroneamente, a focar a Economia como um fim em si mesma, esquecendo-se que essa, desde o surgimento das primeiras idéias tidas como econômicas, já em Aristóteles, ou mesmo antes dele, foi concebida como algo a ser posto a serviço do homem, otimizando recursos e disponibilidades, para o bem de todos, da coletividade – no viés do jurídico, dir-se-ia os fatos tais como devem ser -, conferindo um conteúdo normativo à Economia e assim, destarte, aproximando-a do Direito e da Moral. Supõe-se que, nas duas hipóteses, eventual distanciamento, intencional ou não, entre a Ciência do Direito e a Ciência da Economia conduza, em determinados casos, a decisões mais ou menos distantes do justo – no caso do Direito – ou redunde em soluções econômicas pouco eficientes e menos lucrativas – no caso da Economia.

O Estado, enquanto autoridade superior que fixa as regras de convivência de seus membros, conforme Dalmo de Abreu Dallari<sup>3</sup>, trouxe para si a responsabilidade de determinar limites quando a convivência harmônica tornou-se complexa, limites sem os quais o desenvolvimento e a geração de riqueza estariam fora de controle. Dallari também menciona que, segundo teorizaram Marx e Engels, a própria origem do Estado esteve ligada a motivos econômicos, afirmando Engels que<sup>4</sup>:

Faltava apenas uma coisa: uma instituição que não só assegurasse as novas riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica; que não só consagrasse a propriedade privada, antes tão pouco estimada, e fizesse dessa consagração santificadora o objetivo mais elevado da comunidade humana, mas também imprimisse o selo geral do reconhecimento da sociedade às novas formas de aquisição da propriedade, que se desenvolviam umas sobre as outras – a acumulação, portanto, cada vez mais acelerada das riquezas: uma instituição que, em uma palavra, não só perpetuasse a nascente divisão da sociedade em classes, mas também o direito da classe possuidora explorar a não-possuidora e o domínio da primeira sobre a segunda. E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado.

E, para não haver dúvidas quanto à abrangência e importância de tais limites, era fundamental que fizessem parte da lei maior e primária de um Estado, ou seja, da sua carta constitucional.

<sup>2</sup>PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 29-30.

<sup>3</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

<sup>4</sup>ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Vitória, 1960. p. 102-160.

A Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã por ter recebido maior participação popular na sua elaboração e por voltar-se à realização plena da cidadania, divide-se em nove Títulos, além do Ato das Disposições Transitórias. Dois desses Títulos interessam à presente discussão: *Dos Princípios Fundamentais* (Título I) e *Da Ordem Econômica e Financeira* (Título VII). E com o intuito de dissecá-los, é importante rememorar inicialmente a noção de princípios.

### 1.1.1 Princípios fundamentais

De Plácido e Silva<sup>5</sup> explica que princípios jurídicos “significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito”. O mesmo autor menciona, ainda, que a palavra *princípio* origina-se do latim *principium*, cujo significado é origem, começo.

No mesmo sentido, mas de forma mais específica, José Afonso da Silva comenta que<sup>6</sup>:

A palavra *princípio* é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de *começo*, de *início*. *Norma de princípio* (ou *disposição de princípio*), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as *normas de princípio institutivo* e as de *princípio programático*. Não é nesse sentido que se acha a palavra *princípios* da expressão *princípios fundamentais* do Título I da Constituição. *Princípio* aí exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho<sup>7</sup>, os princípios constitucionais, ou seja, aqueles que servem de base para a Constituição ou que dela podem ser extraídos, classificam-se em duas categorias: os princípios político-constitucionais e os princípios jurídico-constitucionais. Estes informam sobre a ordem jurídica nacional, podendo ser considerados derivados ou desdobramentos dos fundamentais, dentre os quais destacam-se o princípio da supremacia da constituição, da isonomia e os chamados princípios-garantias, que figuram do inciso XXXVIII ao LX do Art. 5º da Carta Magna; aqueles, são decisões políticas fundamentais, as quais foram concretizadas em normas constitucionais, também chamadas de “normas-princípio”, apresentados no Título I, Arts. 1º ao 4º da Constituição. Definem a forma de Estado, a sua estrutura, o regime político, a forma de governo e a organização política em geral.

José Afonso da Silva resume da seguinte forma os princípios fundamentais:

<sup>5</sup>SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1095.

<sup>6</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91.

<sup>7</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 172.

A análise dos princípios fundamentais da Constituição de 1988 nos leva à seguinte discriminação:

- (a) princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: *República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito* (art. 1º);
- (b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: *República e separação dos poderes* (arts. 1º e 2º);
- (c) princípios relativos à organização da sociedade: *princípio da livre organização social, princípio da convivência justa e princípio da solidariedade* (art. 3º);
- (d) princípios relativos ao regime político: *princípio da cidadania, princípio da dignidade da pessoa, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta* (art. 1º, parágrafo único);
- (e) princípios relativos à prestação positiva do Estado: *princípio da independência e do desenvolvimento nacional* (art. 3º, II), *princípio da justiça social* (art. 3º, III) e *princípio da não discriminação* (art. 3º, IV);
- (f) princípios relativos à comunidade internacional: *da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da autodeterminação dos povos, da não-intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina* (art. 4º).<sup>8</sup>

Ressalta, ainda, a função ordenadora que os princípios fundamentais têm, agindo imediatamente sobre as relações político-constitucionais, funcionando como critério de interpretação e integração por conta da coerência geral que dão ao sistema.

Eros Grau também chama a atenção para a importância da observação dos princípios quando da interpretação da Constituição:

Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.

[...]

É que cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado direito) princípios. Daí a ênfase que imprimi à afirmação de que são normas jurídicas os princípios, elementos internos ao sistema; isto é, estão nele integrados e inseridos.

Por isso a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios.<sup>9</sup>

Notável é, pois, a importância de tais princípios.

Diante desse ensinamento, é importante olhar de perto o que a Constituição Federal atual elegeu como mandamentos nucleares, parafraseando José Afonso da Silva, há pouco citado<sup>10</sup>:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

<sup>8</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 94.

<sup>9</sup>GRAU, Eros Roberto. **A economia na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 165.

<sup>10</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. [Brasília, DF]: [s.n.], 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2010.

- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Dos cinco fundamentos mencionados, dois têm papel muito importante nas relações comerciais: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos esses que serão particularizados a seguir.

#### *1.1.1.1 A dignidade da pessoa humana*

Dignidade, no entendimento de Antônio Houaiss<sup>11</sup>, é o “modo de proceder ou de se apresentar, que infunde respeito”, sendo possível entender-se desde logo que o núcleo da explicação encontra-se, sem dúvida, na palavra *respeito*.

Do inciso III do Art. 1º da Constituição de 1988, exposto há pouco, infere-se, pois, um valor considerado supremo, que abrange todos os direitos fundamentais do homem, inclusive o mais básico, que é o de direito à vida. Assim, na condição de agente limitador da discricionariedade dos indivíduos, é natural esperar-se que o Estado fomente e pratique atos que valorizem a dignidade das pessoas, como observa Lafayette Pozzoli<sup>12</sup>:

Todo ser humano é uma pessoa, sujeito de direitos e deveres; assim sendo, é necessário tratar da ordem que deve vigorar entre os seres humanos, valendo-se de instrumentos balizados no mecanismo da paz.

Em uma convivência bem constituída e eficiente é fundamental o princípio de que cada ser humano é pessoa, isto é, natureza dotada de inteligência e vontade livre. Por essa razão, possui em si mesmo direitos e deveres, que emanam direta e simultaneamente de sua própria natureza. São direitos e deveres universais, invioláveis e inalienáveis.

E, se contemplarmos a dignidade da pessoa humana à luz das verdades reveladas, não poderemos deixar de tê-la em estima incomparavelmente maior. Trata-se, com efeito, de pessoas remidas pela divindade, as quais com a graça se tornaram filhos e amigos de Deus, herdeiros da glória eterna.

Por isso, o Estado de direito garante a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana por meio da ordem jurídica. Assim, falar em paz é falar da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, que representa um conjunto de aspirações proclamadas como ideal comum de todos os povos que buscam a paz. Nela foi resumido o conjunto de valores presentes nos quatro cantos do planeta, tornando-a um documento histórico e da maior importância, produzido em meados do século XX.

<sup>11</sup>DIGNIDADE. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Versão 3.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. CD-ROM.

<sup>12</sup>POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 110.

Entretanto, a paz não é o único aspecto importante que a observação e a prática da dignidade da pessoa humana visa proporcionar.

Quando se considera, por exemplo, o direito a uma existência digna, há que se relacionar esse direito com a finalidade da ordem econômica, que o deve assegurar a todo indivíduo. Serve de guia, pois, para a elaboração de normas atinentes à sobrevivência econômica de forma a fazer com que a pessoa seja respeitada, e não apenas figurar como um enunciado.

Luiz Antônio Rizzato Nunes destaca:

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.<sup>13</sup>

Complexo, o homem não deve ser entendido como coisa, objeto, mas sim um sujeito dotado de necessidades (físicas, sociais e individuais), sendo obrigação do Estado zelar pela coletividade. Carlos Augusto Alcântara Machado teoriza acerca da dignidade:

Tomás de Aquino, por exemplo, encontra o fundamento da dignidade no fato de o homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Com o desenvolvimento da doutrina jusnaturalista não mais fundamentada em razões teológicas e passando o direito por um processo de racionalização, é com Immanuel Kant que se completa o processo de secularização da dignidade.[...] Kant legou ao mundo a constatação de que o homem será sempre fim, nunca meio. Jamais poderá ser instrumentalizado ou “coisificado”. No entanto, percebe-se que, independentemente de possuir fundamento teocêntrico ou antropocêntrico, a dignidade será sempre inexoravelmente compreendida como uma “qualidade intrínseca da pessoa humana”.<sup>14</sup>

A observação do fundamento da dignidade da pessoa humana é, pois, condição básica e sem a qual não há que se falar em bem-estar de um povo.

Mas deve-se, ainda, chamar a atenção para outro fundamento mencionado pelo Art. 1º da Lei Maior.

<sup>13</sup>NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

<sup>14</sup>MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria constitucional. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coord.). **Princípios humanistas constitucionais**: reflexões sobre o humanismo do Século XXI. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 94-95.

### 1.1.1.2 A livre iniciativa

O fundamento cuja referência é feita no inciso IV do Art. 1º da Constituição Federal mostra-se bastante voltado à ordem econômica: os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Importa nesse momento visualizar melhor o segundo aspecto desse fundamento.

A palavra livre possui forte significado. De Plácido e Silva<sup>15</sup> ensina que, originando-se do vocábulo latino *liber*, em sentido amplo, livre “quer significar tudo o que se mostra isento de qualquer condição, constrangimento, subordinação, dependência, encargo ou restrição. Não está sujeito”. Ajunta ainda o autor: “a qualidade ou condição de livre, assim, atribuída a qualquer coisa, importa na liberdade de ação a respeito da mesma, sem qualquer oposição, que não se funde em restrição de ordem legal”.

Liberdade, expressão usada por De Plácido e Silva para explicar o sentido da palavra livre, também é ressaltada por Eros Grau quando este aborda mais especificamente a livre iniciativa:

Dela – da livre iniciativa – se deve dizer, inicialmente, que expressa desdobramento da liberdade.

Considerada desde a perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social e econômica), podemos descrever a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a acessibilidade.

[...]

Entre nós, no plano da Constituição de 1988, a liberdade é consagrada, principiologicamente, como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica.

[...]

Vê-se para logo, destarte, que não se pode reduzir a livre iniciativa, qual consagrada no art. 1º, IV do texto constitucional, meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica.<sup>16</sup>

Em sua obra, Eros Grau explica que a livre iniciativa – ou a liberdade de iniciativa econômica – foi originalmente defendida pelo economista francês Anne Robert Jacques Turgot<sup>17</sup>, em 1776, ideia que integrou o chamado Decreto de Allarde, de 1791, o qual

<sup>15</sup>SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 858.

<sup>16</sup>GRAU, Eros Roberto. **A economia na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 203-204.

<sup>17</sup>A obra de Anne Robert Jacques Turgot (1727-1781) é considerada por muitos como o elo entre a fisiocracia e a escola britânica de economia clássica. Sendo grande admirador dos iluministas, tornou-se adepto da fisiocracia, escola econômica fundada pelo doutrinador francês Quesnay (1694-1774) que reputava a terra como única fonte da riqueza pública e da prosperidade nacional, combatendo qualquer interferência nas relações econômicas, as quais deveriam ser governadas livremente pelas leis naturais. Defendeu o livre comércio e a interdependência entre as diferentes classes econômicas. Devido ao seu sucesso, foi nomeado ministro-geral das Finanças do rei Luís XVI de França em 1774. Contudo, suas ideias de reforma econômica liberal provocaram a indignação do

estabelecia que qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício, seria livre, contanto que fossem pagos os impostos devidos e havendo sujeição aos regulamentos pertinentes. Poucos meses após o início da vigência de Allarde, foi publicada na França a Lei Le Chapelier<sup>18</sup>, que proibiu todos os tipos de corporação, coalisões operárias (inclusive o direito de greve) e reiterou o princípio da livre empresa, defendido por Turgot e traço evidente de um liberalismo econômico que afrontaria a monarquia, beneficiaria a burguesia e atormentaria os trabalhadores. Importa chamar a atenção para o fato de que essa mudança de mentalidade ocorreu em plena ebulição da Revolução Francesa (1789-1799), evento que provocou profundas mudanças políticas e sociais ao país que lhe serviu de palco.

Ainda sobre a liberdade de iniciativa, Eros Grau conclui:

Vê-se para logo, nestas condições, que no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas.<sup>19</sup>

O indivíduo possuía liberdade para iniciar um negócio, mas uma liberdade limitada e vigiada pelo Estado, limitação essa que aos poucos passou a integrar as constituições de inúmeros países, dentre os quais o Brasil, conforme será visto a seguir.

### 1.1.2 A ordem econômica

A ordem econômica começou a ser disciplinada em cartas constitucionais a partir do início do século XX, tendo tido como precursoras a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar, de 1919<sup>20</sup>, as quais, por sua vez, inspiraram-se na encíclica

---

clero e da classe nobre, visto que implicavam na extinção de certas mordomias e privilégios. Sendo então pressionado pelos privilegiados, o rei Luis XVI não teve saída senão demitir Turgot em 1776, não tendo o economista chegado a cumprir dois anos a frente do cargo. Wikipedia, a enciclopedia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Anne\\_Robert\\_Jacques\\_Turgot](http://pt.wikipedia.org/wiki/Anne_Robert_Jacques_Turgot)>. Acesso em: 26 jan. 2011.

<sup>18</sup>Lei escrita e defendida por Issac René Guy Le Chapelier (1754-1794), advogado e político francês de grande expressão durante a Revolução Francesa. Chegou nessa época a ser presidente da Assembleia Nacional Constituinte Francesa, combatendo os privilégios da nobreza e defendendo a nacionalização dos bens do clero. Muito embora participante ativo da revolução, desentendeu-se com Robespierre, uma das personalidades mais importantes do movimento, desentendimento esse que culminou no guilhotinamento de Le Chapelier. Wikipedia, a enciclopedia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Isaac\\_Le\\_Chapelier](http://pt.wikipedia.org/wiki/Isaac_Le_Chapelier)>. Acesso em: 26 jan. 2011.

<sup>19</sup>GRAU, op. cit., p. 205, nota 16.

<sup>20</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 786.

*Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 1897<sup>21</sup>, documento em que o Pontífice abordou as dificuldades enfrentadas pelos operários em meio à Revolução Industrial. Defendia os direitos dos trabalhadores, que enfrentavam sérias restrições (a exemplo do que ocorreu na França por ocasião da vigência da Lei Le Chapelier<sup>22</sup>), mas era contra o comunismo e defensor da propriedade privada.

Muito embora possa transparecer que a preocupação em disciplinar a questão econômica tenha tido cunho social, na verdade o objetivo era (e continua sendo) o de resguardar o modo de produção baseado em um princípio básico do capitalismo, que é o da apropriação exclusiva dos meios produtivos por uma classe que, por dominar o aparelhamento estatal, também domina a participação deste na economia, atendendo assim aos interesses dos dominadores.

José Afonso da Silva resume a dimensão jurídica dada à ordem econômica da seguinte forma<sup>23</sup>:

A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de por ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos [...]. Mas daí não se conclui que tais efeitos beneficiem as classes populares. Sua função consiste em racionalizar a vida econômica, com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste.

Eis então que o Título VII da Constituição Federal, que envolve os artigos 170 a 192, trata especificamente da Ordem Econômica e Financeira brasileira, objetivando estabelecer os pontos-chave a serem considerados por todos quando o assunto relaciona-se à área econômica.

O Art. 170 inaugura o referido Título, trazendo o seguinte texto:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

<sup>21</sup>PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 162.

<sup>22</sup>Conforme narrado no item 1.1.1.2.

<sup>23</sup>SILVA, op. cit., p. 786, nota 20.

- VIII - busca do pleno emprego;  
 IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.  
 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Gilberto Bercovici<sup>24</sup> faz alusão à importância do supracitado artigo, caracterizando bem o que chama de “Constituição Econômica”:

A Constituição de 1988 tem expressamente uma Constituição Econômica voltada para a transformação das estruturas sociais [...]. O capítulo da ordem econômica (arts. 170 a 192) tenta sistematizar os dispositivos relativos à configuração jurídica da economia e à atuação do Estado no domínio econômico, embora estes temas não estejam restritos a esse capítulo do texto constitucional. Em sua estrutura, o capítulo da ordem econômica engloba, no art. 170, os princípios fundamentais da ordem econômica brasileira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna de acordo com a justiça social. Entre esses princípios, podemos destacar, por exemplo, a soberania nacional, a função social da propriedade, a livre concorrência, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego. Os arts. 171 (hoje revogado) a 181 versam sobre a estrutura da ordem econômica e sobre o papel do Estado no domínio econômico, instituindo, segundo Eros Grau, uma ordem econômica aberta para a construção de uma sociedade de bem-estar.

A Constituição diz, pois, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Significa que a lei consagra uma economia de mercado de natureza capitalista, vez que a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Também significa que, embora capitalista, a ordem econômica elege prioritariamente os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. A exposição desses princípios tem o objetivo de orientar a intervenção do Estado na economia para fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, são o fundamento não apenas da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil, conforme já visto quando da apreciação do Art. 1º da Constituição.

O fim da ordem econômica, conforme exposto no Art. 170, é o de “assegurar a todos uma existência digna de acordo com os ditames da justiça social”, uma finalidade bastante complexa, conforme desafia José Afonso da Silva<sup>25</sup>:

Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição de riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta

<sup>24</sup>BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 30-31.

<sup>25</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 789.

da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela.

E a finalidade almejada pela ordem econômica, de acordo com o texto constitucional, deve ser buscada com base nos princípios que os incisos do Art. 170 indicam. Tais princípios, também conhecidos como princípios constitucionais da ordem econômica, constituem preceitos condicionadores da atividade econômica. Muito embora todos sejam importantes, serão abordados a seguir somente os que têm influência diretamente sobre a temática do presente trabalho.

Importa expor novamente a liberdade de iniciativa, que recebeu destaque no item 1.1.1.2. Mencionada tanto no Art. 1º da Constituição Federal quanto no Art. 170, a livre iniciativa é considerada fundamento básico do liberalismo econômico. Pode ser traduzida como uma garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens, o que também representa uma garantia à propriedade. Da mesma forma, a liberdade de iniciativa garante autonomia jurídica e, justamente por isso, garante aos indivíduos a possibilidade de regularem suas relações do modo como considerarem mais conveniente. Em suma, a livre iniciativa garante a cada um desenvolver livremente a atividade escolhida, desde que respeitados os limites estabelecidos por lei, ou seja, pela Constituição.

Quanto aos consumidores, estes receberam um tratamento mais acurado na Carta Constitucional de 1988, ainda que em menor escala do que em outros países<sup>26</sup>. Sua menção entre os direitos fundamentais fez com que passassem a ter *status* de titulares de tais direitos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]

<sup>26</sup>Segundo José Afonso da Silva, a Constituição Portuguesa de 1976 foi a primeira a estabelecer normas de proteção ao consumidor e de maneira bastante avançada, conforme seu Art. 60: “1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos. 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa. 3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.” Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 07 set. 2010.

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Além disso, a sua referência no inciso V do Art. 170 (conforme explicitado anteriormente), fez com que a defesa dos consumidores adquirisse também condição de princípio da ordem econômica. Se somadas as duas menções constitucionais, é possível verificar a preocupação em legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias para assegurar a proteção prevista.

Entretanto, o princípio da defesa ao consumidor nem sempre recebe a devida atenção, principalmente no que diz respeito à sua consideração em políticas públicas, o que faz com que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) acabe sendo seu principal instrumento de proteção. Assim, ao invés de se ter uma pulverização protetora, ocorre concentração, tal como observa Lafayete Josué Petter<sup>27</sup>:

Um outro ponto importante a frisar no exame da defesa do consumidor como princípio constitucional da ordem econômica diz respeito ao modo como a adoção de determinada política econômica interfere e reflete na efetividade dos direitos do consumidor. Tal fato é posto em destaque porque o Direito do Consumidor, disciplina jurídica que ganhou redobrado fôlego após o surgimento do CDC e cuja normativa atrai para si a solução dos mais variados casos, tem um efeito não desejado de concentrar a proteção do consumidor somente em sua normatividade, olvidando-se que ela é, ou pode ser, flagrantemente desenvolvida segundo a orientação das políticas econômicas adotadas, cujos efeitos, no mais das vezes, traduzem-se em reais limitações que impedem a estruturação das bases protetivas em níveis ainda mais amplos. Este é um aspecto pouco explorado da questão e deve levar em conta de que modo o exercício de políticas públicas influi na proteção dos consumidores.

[...]

O certo é que as novas tendências apresentadas pelo mercado não podem ter por consequência a exclusão de uma determinada classe de consumidores.

Após a elucidação de aspectos específicos referentes à ordem econômica que a Constituição Federal elegeu, é possível traçar uma paralela entre o fundamento da livre iniciativa e o princípio da defesa do consumidor.

O Estado defende o direito à livre iniciativa de todos, ou seja, qualquer pessoa capaz pode, por exemplo, iniciar uma atividade econômica por meio do estabelecimento de uma empresa e desenvolver relacionamentos comerciais com outras pessoas, tanto físicas quanto jurídicas. Entretanto, é importante que ambas as partes envolvidas nesse relacionamento (empresa e consumidor) observem minimamente os direitos fundamentais, visto que a dignidade da pessoa humana é citada pela Constituição Federal antes mesmo da livre iniciativa e da defesa do consumidor, sendo claramente mais importante. Ou seja, pautando-se

---

<sup>27</sup>PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 266-267.

pela dignidade da pessoa humana, o relacionamento comercial tende a fluir de forma equilibrada.

Eros Grau destaca os dois importantes papéis que a dignidade da pessoa humana recebeu no texto constitucional:

A dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, caput – “a ordem econômica... tem por fim assegurar a todos existência digna”).

[...]

Embora assumida como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.

Quanto a ela, observam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira que fundamenta e confere unidade não apenas aos direitos fundamentais – direitos individuais e direitos sociais e direitos econômicos – mas também à organização econômica. Isso, sem nenhuma dúvida, torna-se plenamente evidente no sistema da Constituição de 1988, no seio do qual, como se vê, é ela – a dignidade da pessoa humana – não apenas fundamento da República Federativa do Brasil, mas também o fim ao qual se deve voltar a ordem econômica (mundo do ser).

[...]

A dignidade da pessoa humana comparece, assim, na Constituição de 1988, duplamente: no art. 1º como princípio político constitucional conformador (Canotilho), no art. 170, como princípio constitucional impositivo (Canotilho) ou diretriz (Dworkin) – ou, ainda, direi eu, como norma-objetivo.<sup>28</sup>

Contudo, não é o que se observa comumente no mercado. Lucro e dignidade parecem ser grandezas inversamente proporcionais e o seu conflito é bastante percebido no dia a dia. Lafayette Josué Petter analisa essa questão<sup>29</sup>:

A liberdade de iniciativa, destacada da propriedade, passou a ser relacionada com a liberdade em geral, aproximando-se dos direitos fundamentais do homem, caso se queira, dos direitos humanos. Mas o desenvolvimento do capitalismo tornou as empresas cada vez maiores, não sendo desarrazoado dizer que há uma tendência muito forte à concentração econômica. Este agigantamento de parte dos agentes econômicos, que representa razoável medida de toda a produção mundial, distanciou as pessoas das empresas. [...] houve um esmaecimento entre os laços que marcam o princípio e a idéia que inspirou e fundamentou sua origem.

Assim, nota-se que a liberdade de iniciativa, ao mesmo tempo em que torna os particulares personagens principais da economia de um país e dá ao Estado uma atuação coadjuvante, também pode comprometer a busca da justiça social se o desenvolvimento econômico ocorrer de maneira desordenada e, principalmente, de forma em que uma das partes, a menos privilegiada em termos de recursos, torne-se vítima de um relacionamento

<sup>28</sup>GRAU, Eros Roberto. **A economia na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 197-198.

<sup>29</sup>PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 183.

comercial que resulte em enriquecimento sem causa do agente econômico. O Estado deve deixar então o papel de coadjuvante e assumir postura repressiva, principalmente quando os princípios constitucionais da ordem econômica não são observados nas relações comerciais do cotidiano e, mais gravemente, quando houver ofensa aos direitos fundamentais.

Espera-se, pois, uma atitude repressiva do Estado quando os fundamentos da Constituição são feridos. Entretanto, antes de reprimir, o Estado deve prevenir que abusos de poder econômico possam ocorrer, o que pode ser feito via Legislativo, a exemplo de medidas como o Código de Defesa do Consumidor. Mas é preciso levar-se em conta que nem sempre uma lei, por si só, consegue acompanhar a velocidade com que o homem evolui nos seus relacionamentos econômicos, sendo necessário acompanhar o ritmo da, por assim dizer, criatividade humana, de maneira a clarear as diversas nuances que uma relação comercial pode adquirir, nem sempre bem entendidas por quem efetivamente participa do mercado.

A mencionada criatividade do homem e seu desejo contínuo de acumular riquezas fizeram com que desenvolvesse novas formas de relacionamento comercial ao longo do tempo. Uma dessas formas é conhecida por *franchising*, cuja atuação vem tendo crescente destaque na mídia e despertando principalmente o interesse por parte dos desejosos por tornarem-se empreendedores. Em um primeiro reparo, o *franchising* pode parecer apenas mais uma importação terminológica, como *leasing* e *factoring*, por exemplo. Contudo, trata-se de algo muito mais complexo e que, muito embora esteja sendo praticado há um período considerável de tempo, possui faces ainda desconhecidas para muitas pessoas, principalmente para os consumidores, o que pode ser interpretado como um sinal de alerta.

E para entender como o *franchising* atua nas relações comerciais, é necessário conhecer suas origens e principais características, que serão esmiuçadas a seguir.

## 1.2 Origens do Sistema de *Franchising*

Segundo José Cretella Neto<sup>30</sup>, há algumas divergências acerca da data precisa em que teria sido celebrado o primeiro contrato reunindo as características do *franchising*. Entretanto, as informações sobre a origem do sistema trazidas por diferentes autores são, de certa forma, complementares, sendo importante conhecê-las para que se possa ter uma visão mais aprofundada do *franchising*.

---

<sup>30</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 47.

De acordo com Marcelo Cherto<sup>31</sup>, alguns historiadores consideram que o conceito em si do sistema tenha nascido ainda na Idade Média, época em que a Igreja Católica e a monarquia concediam licenças aos chamados senhores feudais, os proprietários das terras, para que, em seu nome, pudessem coletar impostos e taxas. Seguindo essa mesma ideia temporal acerca do surgimento do *franchising*, o autor Martin Mendelsohn<sup>32</sup> afirma ser possível identificar práticas comerciais que apresentam semelhanças com o *franchising* em vários períodos da História, desde o chamado sistema de guildas<sup>33</sup>, existente em Londres desde o século XII. José Cretella Neto<sup>34</sup>, por sua vez, traz em seu livro dados pesquisados pelo autor alemão Wolfgang Gitter que menciona o fato de que no século XV comerciantes da cidade italiana de Florença outorgavam a terceiros o direito de estabelecer filiais, assim como o de comercializar seus produtos em terras além das suas, permitindo, assim, superar as dificuldades geradas pelas grandes distâncias e pelo pouco desenvolvido sistema de comunicação existente na época. E, ainda segundo Cretella Neto<sup>35</sup>, o autor italiano Mauro Busani aponta indícios de características do sistema de *franchising* desde o século XIX em atividades reservadas por tradição ao Poder Público, concedidas a alguns empresários da iniciativa privada, a exemplo dos transportes públicos.

Luiz Felizardo Barroso<sup>36</sup>, por sua vez, comenta existirem indícios de que as origens mais remotas do *franchising* tenham sido as expedições ou aventuras marítimas dos diferentes reinos que existiam na época em que estes utilizavam-se do mar para buscar mais terras e riquezas.

Naquele tempo, os reis (franqueadores) ‘franqueavam’ navios (o estabelecimento) e os aprestavam (os aprestos, ou apetrechos eram as respectivas instalações) para que, em nome do reino, sob suas armas (suas marcas), os navegadores (comandantes – máster franqueados ou subfranqueadores) buscassem novas terras (hoje novas unidades franqueadas para incorporação à rede – isto é, ao reino), novos produtos

<sup>31</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 15.

<sup>32</sup>*It is possible to search through history and find examples of trading practices which have a resemblance to franchising. The guild system which was introduced in the City of London in the twelfth century is one such example. Many quote the tied public house system as an example of franchising, although it is merely an exclusive purchasing arrangement lacking many of the features of a franchise.* MENDELSON, Martin. **The guide of franchising**. 7. ed. London: Thompson Learning, 2004. p. 16. É possível procurar pela história e encontrar exemplos de práticas comerciais que lembram o franchising. O sistema de guildas, que foi introduzido na cidade de Londres no século vinte é um desses exemplos. Muitos citam o sistema de casas geminadas como um exemplo de franchising, ainda que seja apenas um acordo de compra exclusiva e falem muitas das características de do franchising. (Tradução nossa).

<sup>33</sup>Corporações artesanais ou corporações de ofício eram associações de artesãos de um mesmo ramo, isto é, pessoas que desenvolviam a mesma atividade profissional e que procuravam garantir os interesses de classe. Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Guilda>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

<sup>34</sup>CRETILLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 47.

<sup>35</sup>Ibid., p. 48.

<sup>36</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. **Direito e franchising**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 13.

(especiarias) e, por fim, mais riquezas (a lucratividade sempre tão almejada por qualquer empreendedor).

Entretanto, o sistema de *franchising*, no formato conhecido atualmente, teria tido sua origem propriamente dita, de acordo com Marcelo Cherto<sup>37</sup>, nos Estados Unidos, entre os anos de 1851 e 1852, quando a fabricante de máquinas de costura Singer Sewing Machine Company, localizada na região da Nova Inglaterra, decidiu conceder licenças de uso de sua marca e também de sua operacionalização para comerciantes que desejavam revender seus produtos por meio de lojas exclusivas, localizadas tanto em vilarejos como em grandes cidades, pelos quatro cantos daquele país. Martin Mendelsohn<sup>38</sup> e Mauro Busani, este último ainda mencionado por José Cretella Neto<sup>39</sup>, também atribuem à Singer o caráter precursor do sistema, porém em 1863 (essa data foi trazida por Busani; Mendelsohn não atribui data específica para o franqueamento da Singer). Busani comenta também que, em 1874, a Willcox & Gibbs Sewing Machine Company decidiu seguir o mesmo caminho da precursora.

Não muito tempo depois semelhante passo foi dado pela empresa General Motors (GM). Em 1898<sup>40</sup>, a empresa decidiu expandir sua rede e optou pela utilização do mesmo sistema da Singer e da Willcox, montando pontos de vendas para escoar os carros produzidos e, dessa forma, introduziu o conceito de concessionária de veículos. Segundo Cherto<sup>41</sup>, até então a venda de veículos ao consumidor era feita diretamente pela montadora.

Logo em seguida, em 1899, foi a vez da Coca-Cola<sup>42</sup> aderir ao sistema e desenvolver sua primeira franquia, mas de forma mais incisiva: concedeu licenças para que empresários

---

<sup>37</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 15.

<sup>38</sup>*The technique of franchising with which this book is concerned is generally believed to have started in the USA when, following the Civil War, the Singer Sewing Machine Company established a dealer network.* MENDELSON, Martin. **The guide of franchising**. 7. ed. London: Thompson Learning, 2004. p. 16. A técnica de franchising sobre a qual este livro trata acredita-se que tenha iniciado nos EUA quando, após a Guerra Civil, a empresa Singer Sewing Machine iniciou seu sistema de distribuição. (Tradução nossa).

<sup>39</sup>CRETILLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48.

<sup>40</sup>Os autores Marcelo Cherto e Mauro Busani concordam quanto à data em que a General Motors aderiu ao sistema.

<sup>41</sup>CHERTO, op. cit., p. 15, nota 38.

<sup>42</sup>Segundo Cretella Neto, a lendária fórmula da Coca-Cola foi criada em 1886 pelo farmacêutico John S. Pemberton. Dois anos depois, o comerciante Asa C. Chandler adquiriu uma participação acionária do criador e, após a morte deste, veio a tornar-se o único proprietário da fórmula. Assim, em 1892, juntamente com um irmão e amigos, Chandler fundou a The Coca-Cola Company. Dois anos depois, a empresa começou a receber pedidos de autorização para que terceiros pudessem produzir e vender o refrigerante em garrafas, coisa que até então não acontecia. O produto era vendido em sistema de mistura feito em máquina dosadora, chamado *post-mix*. Construiu-se, pois, a primeira engarrafadora de bebidas com base em um contrato de concessão de venda e, em seguida, o engarrafador vendeu os direitos de engarrafamento a outros dois empresários que, por sua vez, cederam direitos de engarrafamento a engarrafadores independentes. O autor enfatiza que o extraordinário desenvolvimento da marca nos EUA tem sido atribuído ao *franchising* como forma contratual, uma vez que proporcionou o estabelecimento de mais de mil unidades de engarrafamento em um período de 30 anos. Tal

pudessem produzir e comercializar seus refrigerantes em áreas previamente definidas por contrato. Criou, assim, a primeira franquia de produção.

José Cretella Neto menciona<sup>43</sup> que, ainda no século XIX, também surgiram sistemas que originaram o *franchising* na França, a exemplo de depositários e concessionários de marcas.

No início do século XX, a utilização do *franchising* cresceu nos Estados Unidos. No ano de 1917, por exemplo, surgiram as chamadas *grocery stores*, que consistiam em mercearias ou lojas de vizinhança, que mais tarde viriam a se tornar supermercados. Já a primeira franquia de serviços foi criada em 1921, a locadora de veículos Hertz<sup>44</sup>.

A primeira franquia do sistema conhecido como *fast-food* que se tem notícia surgiu no ano de 1925, a A&W Restaurants<sup>45</sup>. A década de 30 também foi o momento em que as companhias de petróleo optaram por utilizarem-se do sistema. Por meio da conversão dos postos de vendas de combustíveis e oficinas de reparos em franquias, colocaram suas marcas nas respectivas fachadas, passando a revender o combustível e todos os demais subprodutos do petróleo e outros itens que produziam e distribuía. Mas não apenas o petróleo valeu-se dessa ferramenta. As lojas de conveniência de beira de estrada também difundiram-se, iniciando um modelo de posto de combustível muito parecido com o que se conhece atualmente<sup>46</sup>.

Outras franquias de empresas como a Roto-Rooter (desentupimento de tubulações), Howard Johnson (restaurantes e sorveterias) e Arthur Murray Dance Studios (escola de dança de salão) também tiveram o início de suas atividades na década de 30<sup>47</sup>.

Entretanto, o crescimento propriamente dito do *franchising* ocorreu após o término da Segunda Guerra Mundial. Com o fim do conflito, os soldados americanos que voltavam para casa sem emprego precisavam de um incentivo para que pudessem voltar a ser

exemplo acabou por ser seguido por várias outras marcas de bebida, em segmentos variados de mercado. CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48-49.

<sup>43</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 49.

<sup>44</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 16.

CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 49. Os dados históricos coincidem.

<sup>45</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 16.

CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 49.

<sup>46</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 16.

CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 49.

<sup>47</sup>Dados extraídos das obras: CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 16, e MENDELSON, Martin. **The guide of franchising**. 7. ed. London: Thompson Learning, 2004. p. 16.

economicamente ativos. Muitos possuíam grandes talentos, mas a grande maioria não dispunha de experiência na implantação, operação e, menos ainda, na gestão de um negócio. O *franchising* surgiu como uma saída adequada para a questão. Empresários bem-sucedidos passaram a oferecer suas marcas e técnicas empresariais para que esses soldados adquirissem o próprio negócio e, ao mesmo tempo, contribuíssem para a expansão de suas empresas e para o desenvolvimento do modelo econômico de então.

O franchising, então, surgiu como a grande solução para esse problema. Não só para assegurar o acesso, pelos empreendedores, aos conhecimentos, marcas, processos, produtos e serviços de que necessitavam para ser bem sucedidos, mas também porque a aquisição de uma Franquia facilitava a obtenção de financiamentos em condições bastante favoráveis junto à Small Business Administration, uma espécie de Sebrae americano, na época com muito dinheiro em caixa.<sup>48</sup>

Embora o precursor do franqueamento em *fast-food* tenha sido a rede A&W, conforme mencionado há pouco, foi na década de 50 que iniciou-se propriamente o franqueamento de corporações do setor de serviços de alimentação, como McDonald's, Burger King e KFC (Kentucky Fried Chicken), atualmente conhecidas no mundo todo. A utilização da mídia televisiva, que também encontrava-se em desenvolvimento naquela época, permitiu que tais marcas conquistassem o território americano mais rapidamente, popularizando as marcas e dando força às franqueadoras.

Especial atenção merece a história da rede McDonald's, que representa hoje, sem sombra de dúvida, um dos maiores (se não o maior) exemplo de franqueamento do mundo.

Em 1937, os irmãos Richard e Maurice McDonald deram início a um restaurante localizado em um *drive-in* na cidade de Pasadena, no Estado da Califórnia. Serviam-se somente salsichas e *milk-shake*. Já na década de 40, os irmãos resolveram abrir um novo ponto de venda na cidade de São Bernardino, localizada perto de Los Angeles, já com um menu contendo vinte e cinco itens.

Com o passar do tempo, os proprietários evoluíram o conceito do negócio, deixando de lado o estilo *drive-in* e passando a atuar em espaços fechados, mas com a cozinha ao alcance dos olhos dos clientes e privilegiando refeições que fossem servidas em, no máximo, três minutos. O menu passou a ter somente nove itens e os lucros subiram exponencialmente. Não demorou muito para que o negócio chamasse a atenção de outros empresários, o que fez com que os irmãos partissem para o franqueamento de restaurantes, sem, entretanto, acreditarem muito no sucesso do estilo de expansão.

---

<sup>48</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising**: uma estratégia para a expansão de negócios. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 17.

Assim, em 1952, o dono de postos de gasolina em Fênix, no Estado do Arizona, assinou o primeiro contrato com os irmãos McDonald como franqueado. Entretanto, o crescimento da rede somente foi sentido a partir do trabalho desenvolvido por Ray Kroc, vendedor de equipamentos para *fast-food* que, em 1954, conheceu o negócio e ficou absolutamente espantando com a velocidade da operação dos restaurantes. Após vislumbrar a oportunidade que o negócio teria em várias cidades, obteve, de início, os direitos exclusivos para licenciar a marca, fundando no ano de 1955 a empresa McDonald's System, Inc., que deu início à maior expansão do ramo *fast-food* de todos os tempos<sup>49</sup>.

Contudo, em meio à grande onda de crescimento do sistema, surgiram naturalmente alguns efeitos colaterais. O mais grave deles foi o aparecimento de franqueadores desonestos, que ofereciam negócios aparentemente lucrativos e, após obterem os primeiros investimentos por parte de interessados, desapareciam sem deixar vestígios, deixando um rastro de indignação e insegurança. Assim, para coibir práticas desonestas como a supramencionada e visando resguardar a credibilidade no sistema, surgiram nos EUA as primeiras leis destinadas a regulamentar o *franchising*<sup>50</sup>.

De acordo com José Cretella Neto<sup>51</sup>, as décadas de 50 e 60 compõem o segundo “período de ouro” do *franchising* nos EUA (o primeiro ocorreu nas primeiras duas décadas do século XX), uma vez que encontrava-se firmado o conceito de rede integrada (chamada network), o que fez com que o sistema se diferenciasse das demais formas de comercialização sistemática de produtos e serviços. Cerca de 30.000 novas unidades franqueadas iniciavam suas atividades por ano nesse período. A partir da década de 70, o crescimento ocorreu em menor escala, mas continuamente. Marcelo Cherto<sup>52</sup> chama a atenção para o fato de ter sido também essa década o período em que iniciou-se uma fase ativa de expansão dos franqueadores americanos para outros países. Por conta disso, ganharam força franquias de inúmeras origens, em diferentes pontos do mundo, fenômeno esse que viria mais tarde a ser conhecido como globalização.

Na Europa, os países em que o sistema foi percebido são Inglaterra (destacando-se as marcas Wimpy e Budget-Rent-a-Car), França (empresas como Pronupcia, Pingouin e Novotel) e Alemanha (por meio das marcas Nordsee, Ihr Platz e OBI). José Cretella Neto chama a atenção para o fato de redes americanas terem se expandido para o “velho

---

<sup>49</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 51-52.

<sup>50</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 18.

<sup>51</sup>CRETELLA NETO, op. cit., p. 52, nota 50.

<sup>52</sup>CHERTO, op. cit., p. 18, nota 51.

continente” nessa época, o que pode ter influenciado o desenvolvimento local do sistema de *franchising*<sup>53</sup>.

Em território brasileiro, o *franchising* teve seu início propriamente dito, ainda que de forma não muito estruturada, a partir dos anos 70. Entretanto, encontram-se registros de que a primeira experiência do contrato de franquia no Brasil tenha sido do brasileiro Arthur de Almeida Sampaio, fabricante dos calçados Stella, em 1910<sup>54</sup>.

Cretella Neto<sup>55</sup> menciona em sua obra que a origem do *franchising* no Brasil tenha sido na década de 60, com o início das atividades da rede de escolas de idiomas Yázigi. Mas concorda com Marcelo Cherto de que o sistema apareceu mais a partir dos anos 70, principalmente porque passou a ser o modelo favorito de negócio para empresas de pequeno e médio porte. A preferência não se deu apenas em função das sucessivas crises econômicas que assolaram o Brasil, que estimulou investidores a buscarem refúgio em uma modalidade de comércio considerada “segura”, mas também porque a população necessitava de inúmeros serviços para os quais não dispunha de tempo ou de vontade para realizar (como lavanderia, por exemplo), representando assim uma grande oportunidade de mercado.

Entretanto, o *franchising* só passou a se expandir no território brasileiro em uma determinada época, conforme afirma Flávio Menezes<sup>56</sup>, tal como visto nos EUA e na Europa. A criação da Associação Brasileira de *Franchising* (ABF), no ano de 1987, fez com que o mercado experimentasse a expansão do sistema de franquia em todo o território nacional.

Flávio Menezes faz menção ainda à coincidência do período de expansão com a abertura econômica brasileira, tendo esta possibilitado a chegada de várias franqueadoras estrangeiras interessadas em fazer investimentos no Brasil, uma vez que a relativa flexibilização da legislação que tratava de remessas de valores para o exterior era um importante atrativo.

E o crescimento do sistema tem se mostrado contínuo. Anualmente, a ABF divulga os números do setor que confirmam essa tendência, dados esses que serão apresentados e discutidos logo mais.

---

<sup>53</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 53.

<sup>54</sup>REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 27-32.

<sup>55</sup>CRETELLA NETO, op. cit., p. 53, nota 54.

<sup>56</sup>MENEZES, Flávio. **O direito do franchising**. São Paulo: ADC, 2004. p. 14.

### 1.3 Definição

Antes de iniciar a discussão acerca da definição do termo *franchising*, cabe uma menção breve sobre a etimologia da palavra.

Segundo Luiz Felizardo Barroso<sup>57</sup>, *franchising* é uma palavra inglesa que, por sua vez, teve sua origem na palavra francesa *franchisage*. O mesmo autor explica que, no idioma franco, *franc* significa a outorga de uma autorização ou de um privilégio. Na Idade Média, berço remoto do sistema de *franchising* segundo doutrinadores<sup>58</sup>, eram consideradas franqueadas aquelas cidades que podiam utilizar uma vantagem ou privilégio até então somente conferido aos senhores feudais. A vantagem, pois, de uma cidade denominada *franche* ou *franchisée*, naquela época, era de oferecer livre circulação a pessoas e a bens que quisessem por ali transitar.

Flávio Menezes<sup>59</sup> também reforça a origem francesa do termo, afirmando que, ainda na mencionada época, os senhores feudais concediam as chamadas “*lettres de franchise*” a algumas pessoas atuantes principalmente na área financeira, que assim adquiriam certa liberdade face à autoridade dos suseranos.

Barroso ainda menciona que, ao final da Idade Média, o termo *franchise* e a prática propriamente dita do franqueamento desapareceram da França, vindo a ressurgir somente no fim da Segunda Guerra Mundial nos Estados Unidos, mas dessa vez como *franchising* e com uma conotação muito mais voltada à economia. A partir dessa época, muito embora a prática do *franchising* ocorresse em solo americano desde décadas anteriores, o termo consolidou-se e expandiu-se mundo afora.

Terminada a breve abordagem etimológica, volta-se ao interesse pela conceituação do termo em si.

Ao se buscar o significado de uma palavra, mostra-se sempre extremamente útil (e não menos importante) recorrer primeiramente a um dicionário que, para melhor adequar-se ao objetivo do presente estudo, precisa ser do tipo jurídico. De Plácido e Silva<sup>60</sup>, pois, com a valorosa ajuda de Maria Helena Diniz, esclarece:

FRANCHISING. *franchising* ou franquia, em vernáculo, é o contrato pelo qual uma das partes (franqueador ou franchisor) concede, por certo tempo, a outra (franqueado ou franchise) o direito de comercializar, com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título do estabelecimento, marca de indústria

<sup>57</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. **Direito e franchising**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 14.

<sup>58</sup>Conforme exposto no item anteriormente abordado.

<sup>59</sup>MENEZES, Flávio. **O direito do franchising**. São Paulo: ADC, 2004. p. 13.

<sup>60</sup>SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 636.

ou produto que lhe pertence, com assistência técnica permanente, recebendo, em troca, certa remuneração.

Dito isso, torna-se importante expor o conceito que diferentes doutrinadores atribuem ao termo *franchising*.

José Cretella Neto<sup>61</sup>, após vasta pesquisa sobre os conceitos dados ao *franchising* por doutrinadores e associações ligadas à área provenientes de diferentes nações (principalmente europeias), define *franchising* como

[...] o contrato de natureza mercantil, firmado entre franqueador e franqueado, que tem por objeto a cessão temporária e onerosa de um conjunto de direitos materiais e intelectuais, de propriedade exclusiva do franqueador, para o franqueado, que se obriga à comercialização de produtos e/ou serviços, consoante um sistema próprio e único de rede de marketing e distribuição, estabelecido conforme as determinações e padrões do franqueador, remunerando-o, de forma única ou periódica, pela cessão dos referidos direitos e/ou pela transferência do know-how técnico, comercial e operacional, e também pela assistência técnica e mercadológica que prestará, pelo período do contrato.

De forma semelhante, o jurista Fran Martins<sup>62</sup> estipula que *franchising* é “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”.

É interessante notar que os três autores citados desde logo definem o termo *franchising* como sendo um tipo de contrato, diferentemente de outros autores, como será visto logo adiante.

Importa também esclarecer que *franchising* não é um termo legalmente utilizado no Brasil para nomear esse formato de relacionamento comercial.

Em 1991, iniciou no Congresso Nacional a tramitação do Projeto de Lei nº 318, que tinha por objetivo normatizar a prática do *franchising* no Brasil, visto que o seu crescimento caminhava a passos largos pelo território brasileiro. A intenção primeira era, pois, de resguardar os interesses dos empresários que decidissem por investir nesse tipo de negócio, vez que não existia nenhuma norma específica sobre o assunto no país.

Após três anos de muita discussão, a Lei Federal nº 8.955, que também é conhecida por Lei Magalhães Teixeira (em homenagem ao seu autor, o deputado José Roberto Magalhães Teixeira, do PSDB-SP), finalmente foi aprovada, sancionada e publicada no dia 16

<sup>61</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 26.

<sup>62</sup>MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 486.

de dezembro de 1994, passando a entrar em vigor dali a sessenta dias, ou seja, em 16 de fevereiro de 1995<sup>63</sup>.

Por ser uma lei específica sobre o assunto, os legisladores optaram por definir desde logo o instituto sobre o qual versava, mas decidiram pela utilização de uma denominação em português, como pode ser constatado a seguir<sup>64</sup>:

Art. 2º. 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 que, no entanto, fique caracterizado o vínculo empregatício. (Grifo nosso).

Marcelo Cherto menciona em sua obra que houve esforços no sentido de convencer os legisladores a utilizarem o termo “franchising” no corpo da lei, não tendo logrado sucesso a tentativa<sup>65</sup>.

Foi com base nessa nomenclatura que alguns doutrinadores brasileiros optaram por segui-la no momento de conceituar o instituto, tal como se pode verificar na obra de Luiz Felizardo Barroso<sup>66</sup>:

Franquia Empresarial, destarte, consiste em uma autorização para o uso de nome e de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, que uma empresa faz a outra, com prestação de serviços e assistência permanente, mediante o recebimento de certa quantia e sob determinadas condições, conservando esta última sua individualidade jurídica sem, contudo, manter individualização mercadológica própria (que é o franqueador).

Contudo, a imensa maioria dos autores prefere utilizar a expressão “franchising” por entender que seja mais abrangente do que “franquia”, como defendido por Adalberto Simão Filho<sup>67</sup>. O mencionado autor justifica que o significado atribuído à franquia em vernáculo não tem a mesma extensão que o significado da palavra *franchising* encontra no idioma inglês, sendo, assim, mais eficaz a utilização da expressão inglesa. Justifica também essa, por assim dizer, “legitimidade” para o uso de *franchising* citando como exemplos outros casos em que

<sup>63</sup>CHERTO, Marcelo. **O franchising e a lei**. São Paulo: Instituto Franchising Comércio e Eventos, 1996. p. 19.

<sup>64</sup>BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. [Brasília, DF]: [s.n], 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8955.htm>>. Acesso em: 25 out. 2010.

<sup>65</sup>CHERTO, op. cit., p. 26, nota 64.

<sup>66</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. **Direito e franchising**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 31.

<sup>67</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 20.

foram consagradas expressões estrangeiras tais como *factoring* e *leasing*, cuja adoção não implicou em qualquer dano ao sistema jurídico ou linguístico.

Assim, muito embora a lei tenha elegido a expressão “franquia empresarial” para denominar o relacionamento comercial, a verdade é que o mercado adotou como padrão o termo *franchising*, sendo largamente utilizado em todos os meios.

A *International Franchise Association* (IFA), cuja sede fica em Washington, EUA, considera o *franchising* como um método de distribuição<sup>68</sup>. Essa maneira de definir o termo é uma das mais utilizadas, principalmente nas áreas de Administração de Empresas (*lato sensu*) e de Marketing (*stricto sensu*). Marcelo Cherto traz uma definição para a expressão que demonstra justamente essa função mercadológica<sup>69</sup>:

Na nossa visão, o *franchising* pode ser definido como uma das muitas Estratégias da qual uma organização pode fazer uso para expandir seus negócios e seus resultados, otimizando as competências por ela desenvolvidas ao longo de sua existência, cobrindo o mercado e escoando de forma eficaz seus produtos e/ou serviços.

Já a ABF tornou sinônimas as expressões “Franquia empresarial” e “franchising” em seu Estatuto de Autorregulamentação, conceituando-as com base na definição trazida pela Lei nº 8.955/94:

Franquia Empresarial, franchising ou Sistema de Franquia: Sistema pelo qual um Franqueador cede ao Franqueado o direito de uso de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócios ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Dessa forma, percebe-se que, antes de ser um contrato, o *franchising* é um sistema, ou seja, uma combinação de processos destinados a produzir um determinado resultado. No caso do sistema de *franchising*, o resultado buscado é a disseminação de uma determinada marca.

---

<sup>68</sup>*Franchising is a method of distributing products or services. At least two levels of people are involved in a franchise system: (1) the franchisor, who lends his trademark or trade name and a business system; and (2) the franchisee, who pays a royalty and often an initial fee for the right to do business under the franchisor's name and system. Technically, the contract binding the two parties is the 'franchise', but that term is often used to mean the actual business that the franchisee operates.* Disponível em: <<http://franchise.org/industrysecondary.aspx?id=10008>>. Acesso em: 30 jul. 2010. Franchising é um método de distribuição de produtos ou serviços. Ao menos, dois níveis de pessoas estão envolvidos no sistema de franchising: (1) o franqueador, que empresta sua marca ou nome comercial e um sistema de negócios, e (2) o franqueado, que paga *royalties* e, muitas vezes, uma taxa inicial para ter o direito de fazer negócios com o nome do franqueador. Tecnicamente, o contrato entre as duas partes é o ‘franchise’, mas o termo é frequentemente utilizado para designar o negócio real que é operado pelo franqueado. (Tradução nossa).

<sup>69</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising**: uma estratégia para a expansão de negócios. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 23.

É evidente que existem inúmeras variáveis envolvidas, visto que o sistema possui vários processos, mas não há como separar o *franchising* de seu principal objetivo, que é o expansionismo.

Assim, pode-se definir *franchising* como sistema<sup>70</sup> que possibilita a expansão de uma determinada marca por meio de um relacionamento comercial e jurídico entre duas personagens: o **franqueador** (*franchisor*, em inglês; *franchiseur*, em francês), que é o proprietário da marca; e o **franqueado** (*franchisee*, em inglês; *franchisé*, em francês), o interessado em obter autorização para utilizar a marca de propriedade do primeiro para obter lucro. Dessa forma, o franqueador cede ao franqueado o direito de uso e o de distribuição de sua marca, podendo essa distribuição ser exclusiva ou não, em troca de uma remuneração. Parece simples, mas tal relacionamento envolve detalhes muito importantes que representam a diferença entre o sucesso e o fracasso nesse sistema.

É possível perceber que as definições trazidas pelos diferentes autores são ricas em detalhes, o que revela uma preocupação dos doutrinadores desde o princípio com dois aspectos: primeiramente, em demonstrar que o *franchising* não é algo raso, mas um assunto com particularidades e que exige um olhar mais atento por parte dos que se interessam pelo sistema; e, em um segundo momento, o detalhismo deixa transparecer um desejo de “blindar” o conceito, de forma a não permitir devaneios em torno do tema. Essa segunda impressão é observada mais claramente nos conceitos apresentados pelos juristas sobre o assunto, sendo compreensível, principalmente se levado em consideração o caráter dinâmico que o Direito possui, característica essa que permite mudanças de interpretações no decorrer do tempo.

Diante de tantos aspectos que compõem os conceitos gerados pelos autores em torno do *franchising*, torna-se importante esmiuçar um pouco mais os principais pontos que caracterizam esse sistema.

---

<sup>70</sup>A IFA vê o *franchising* como uma forma de realizar negócios, conforme a explicação existente em seu próprio site <<http://www.franchise.org>>: *The terms 'franchising' and 'franchise' are often used interchangeably to mean a business, a type of business, or an industry. Strictly speaking, the 'franchise' is the agreement or license between two parties which gives a person or group of people (the franchisee) the rights to market a product or service using the trademark and operating methods of another business (the franchisor). The franchisee has the obligation to pay the franchisor certain fees and royalties in exchange for these rights. In this sense, franchising is not a business or an industry, but it is a way of doing business.* Os termos “franchising” e “franquia” são frequentemente usados intercaladamente para indicar um negócio, um tipo de negócio, ou uma indústria. Falando especificamente, a “franquia” é o acordo ou licença entre duas partes que dá a uma pessoa ou grupo de pessoas (os franqueados) os direitos de comercializar produtos ou serviços utilizando-se da marca e métodos de operação de outro negócio (o franqueador). O franqueado tem a obrigação de pagar ao franqueador certas taxas e royalties em troca desses direitos. Nesse sentido, franchising não é um negócio ou uma indústria, mas uma forma de se fazer negócios. (Tradução nossa).

### 1.3.1 Elementos essenciais do *franchising*

Adalberto Simão Filho<sup>71</sup> expõe em sua obra os elementos que considera essenciais ao conceito do *franchising*, a saber:

- Caráter distributivo: o *franchising* busca distribuir melhor produtos ou serviços a menores custos, visto que o proprietário da marca, ao invés de precisar montar estruturas próprias para escoar sua produção, concede licenças para que interessados na marca façam tais investimentos, tendo esses, em troca, apoio para iniciar a operação e lucro sobre o resultado obtido. Também ganha o consumidor final, que passa a ter acesso à desejada marca mesmo em lugares considerados remotos, uma vez que a capilaridade característica do sistema proporciona essa facilidade.

- Parceria: muito embora os conceitos trazidos a esse estudo não utilizem especificamente o termo “parceria”, fica evidente o caráter simbiótico que existe entre franqueador e franqueado. Há necessidade de colaboração recíproca. De um lado, o franqueador ensina ao franqueado os caminhos necessários para que possa obter bons resultados no negócio de que é originalmente o desenvolvedor, cobrando, em troca, porcentagem sobre os ganhos. De outro lado, o franqueado auxilia na disseminação da marca de forma a fortalecê-la, o que torna o franqueador, por sua vez, forte também. Um depende do outro para chegarem até o alvo pretendido de maneira mais rápida: o consumidor.

- Onerosidade: como dito há pouco, o *franchising* é fortemente caracterizado pela parceria entre franqueador e franqueado, parceria esta não gratuita. É compreensível que exista um preço envolvido nessa relação se levado em conta todo o processo de desenvolvimento que o franqueador suporta até encontrar a fórmula ideal para o sucesso do negócio. Na condição de mentor e desenvolvedor do método, é justo que cobre para ensinar o que aprendeu àquele que deseja tornar-se empresário sem ter de iniciar algo do ponto zero para alcançar tal objetivo. É como se o franqueador houvesse ensinado um atalho ao franqueado e, logicamente, cobrado pela informação. Thomaz Saavedra explica que há, em princípio, três linhas de receita vinculadas ao *franchising*: a taxa de franquia, os *royalties* e a taxa de publicidade (ou fundo de propaganda). Entretanto, nem sempre o franqueador cobra as três taxas de seus franqueados, dependendo de negócio para negócio, não havendo, inclusive, padrão de percentuais cobrados (cada franqueador define seus valores, não estando sujeitos a

---

<sup>71</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising**: aspectos jurídicos e contratuais. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33.

nenhuma norma que estipule limites para tais cobranças). O mesmo autor explica a aplicabilidade de cada um dos títulos<sup>72</sup>:

A taxa de franquia é um pagamento fixo, normalmente pago de uma só vez, no momento da assinatura do contrato. É a taxa [...] que permite o acesso aos manuais de operação – o know-how – e dá permissão para uso da marca.

Os royalties e a taxa de propaganda são cobrados mensalmente, e correspondem a um percentual sobre a receita bruta do franqueado. Pelos royalties o franqueado paga o permanente assessoramento do franqueador, a importante função de desenvolvimento de novos produtos e tecnologia de ponta, e a continuidade do uso da marca. A taxa de propaganda é uma contribuição para um fundo comum de propaganda e promoção da rede.

O franqueador pode somente vender seus produtos ao franqueado (e aí o contrato equivale a um contrato de distribuição), ou apenas repassar uma técnica para a prestação de um serviço, ou fazer ambas as coisas. Por esse motivo, há inúmeras combinações para a cobrança de taxas.

- Concessões de autorizações e licenças: eis o elemento essencial do sistema. A cessão do direito de uso sobre a marca, bem como o dos produtos e sistemas operacionais caracteriza a essência do *franchising*. O franqueador, pois, precisa ser o detentor de uma propriedade imaterial ou incorpórea, que diz respeito a suas marcas registradas, sinais, patentes, fórmulas especiais, dentre outros aspectos, os quais, por sua vez, serão objeto da cessão do direito de uso e de distribuição, que dará ao franqueado autorização de exploração mediante certas normas e limites que serão previamente acordados entre as partes.

- Metodologia e assistência técnica: ainda que o franqueado entenda relativamente bem a área em que atuará após a celebração do contrato com o franqueador, é de fundamental importância que este lhe dê o suporte e a assistência necessários para que a operação do negócio seja muito bem entendida e colocada em prática de forma a trazer os melhores resultados para ambas as partes. Treinamento para o franqueado e para seus colaboradores, entrega de manuais operacionais sobre o negócio, auxílio para escolha do ponto comercial e acompanhamento à instalação para verificar a obediência dos padrões impostos pela franqueadora fazem parte do que caracteriza o suporte que a proprietária da marca deve dar ao franqueado, de forma a resguardar a padronização da rede e procurar garantir que o novo participante tenha as condições ideais para dar início a sua operação.

- Independência: outro traço característico do *franchising*, a independência revela a separação que existe entre franqueado e franqueador, muito embora o primeiro comercialize produtos e/ou serviços sob a orientação e marca do segundo. Tratam-se, pois, de pessoas jurídicas distintas e autônomas, devendo responder pelas obrigações pertinentes ao tipo

---

<sup>72</sup>SAAVEDRA, Thomaz. **Vulnerabilidade do franqueado no franchising**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4-5.

comercial adotado. Essa independência é revelada já no conceito que o Art. 2º da Lei nº 8.955/94 dá à franquia empresarial, em que fica clara a não existência de relação empregatícia entre franqueador e franqueado (embora a prática possa trazer casos esporádicos contrários a essa norma).

- Exclusividade: igualmente importante, a exclusividade ou semiexclusividade dá ao *franchising* uma faceta diferenciada, vez que ocorre a delimitação de território por parte do franqueador para a atuação do franqueado. A exclusividade abrange duas leituras diferentes e complementares: primeiro, a exclusividade quanto ao direito de uso da marca, ou seja, determinado produto ou serviço somente poderá ser comercializado por aqueles que tiverem obtido concessão para tal; e, segundo, os que adquirem o direito de uso de tal marca somente podem exercê-lo em determinada área, sendo que a venda fora dos limites estabelecidos caracteriza invasão de área e é passível de penalidades por parte da franqueadora. Vale dizer que essa característica do *franchising* tem sido uma fonte considerável de divergências dentro de diferentes redes, ocasionando desavenças dos mais diversos tipos e alcances.

- Contrato: devido às particularidades que cercam o sistema, tornou-se importante que o negócio selado entre franqueador e franqueado fosse obrigatoriamente escrito, gerando, assim, o Contrato de Franquia Empresarial. É o que manda a Lei nº 8.955/94 (Art. 6º), medida essa que procurou resguardar direitos e obrigações das partes envolvidas no negócio. Reforça-se novamente, assim, a ideia de que o *franchising* não deva ser definido simplesmente como um contrato, mas como um sistema cuja validade jurídica implica a observação da forma escrita, por meio de contrato, que por sua vez não precisa ser registrado em cartório ou em órgão público para produzir efeitos entre franqueador e franqueado.

- Padronização: muito embora o jurista Adalberto Simão Filho não tenha elencado essa característica, não há dúvidas de que ela também seja um elemento essencial do *franchising*. Mais do que uma preocupação com a parte visual (um dos sentidos mais importantes para estimular o desejo do consumidor é a visão), a padronização visa principalmente fazer com que todos os processos sejam unificados, ou seja, que a prestação de serviço funcione da mesma forma em todas as franquias, independentemente da sua localização<sup>73</sup>. E existem

---

<sup>73</sup> Como a qualidade da operação no ponto-de-venda é um dos fatores de sucesso do negócio, a capacidade de manter as franquias funcionando da mesma forma em toda a rede se torna um importante diferencial competitivo para o negócio. O resultado é que os clientes encontrarão o mesmo conjunto de conveniências em qualquer ponto-de-venda daquela rede. No final das contas, ao ter boas experiências de atendimento, os clientes estarão dispostos a voltar a visitar as lojas da rede e a fazer mais compras. Por outro lado, uma única experiência de mau atendimento numa loja pode levar à criação de uma imagem negativa sobre toda a rede, fazendo o cliente pensar que todas as demais unidades funcionam daquela forma. Daí a importância de oferecer o mesmo nível de atendimento em toda a rede, de modo a manter os atuais clientes satisfeitos, e também atingir os novos.

problemas entre franqueador e franqueado justamente pela não observação desse fator por parte do segundo, problema esse que será abordado com mais profundidade no decorrer do presente estudo.

### 1.3.2 Classificação do sistema

Marcelo Cherto e Marcus Rizzo<sup>74</sup> classificam o *franchising*, quanto à sua evolução, em três gerações. Leva-se em conta o grau de transmissão do chamado *know-how*, que pode ser traduzido como experiência ou técnica para alcançar um determinado resultado. Essa expressão é largamente utilizada no sistema de *franchising*, englobando toda a informação estratégica que o franqueador detém e que, mediante contrato, repassa ao franqueado.

A primeira geração diz respeito à relação entre franqueador e franqueado em que a ênfase está na concessão de uso da marca, conectado com a revenda de alguns produtos ou a prestação de determinados serviços, não havendo praticamente transferência de *know-how* entre os envolvidos na relação. A comercialização dos produtos não é feita somente pelos franqueados, ou seja, não há exclusividade na distribuição, podendo esta também ser feita por comerciantes do tipo “multimarcas” (estabelecimentos não exclusivos).

Já na segunda geração de franquias, que também pode ser chamada por *traditional franchises* ou *product and trade name franchises* (um dos grupos da classificação dada pelos americanos), o franqueador concede ao franqueado, além da concessão de uso da marca, o direito de revenda dos produtos com exclusividade nas lojas da rede, sendo ainda de pouca importância a transferência de *know-how*. Aqui, como pode ser notado, existe um canal exclusivo para a distribuição, não podendo esta ocorrer fora da rede de franquias da marca, tal como era permitido nas franquias de primeira geração.

A terceira geração, além da concessão de uso da marca, o franqueador transfere para o franqueado o *know-how* que desenvolveu originalmente, sendo relativo a todos os aspectos do negócio como, por exemplo, instalações, operações e gestão da franquia.

Quanto à modalidade de negócio, José Cretella Neto<sup>75</sup> esclarece que o *franchising* pode ser dividido em três classes: *franchising* de distribuição de produtos, semelhante à concessão de vendas, *franchising* de produção e *franchising* de serviços.

---

CHERTO, Marcelo. **O franchising e a lei**. São Paulo: Instituto Franchising Comércio e Eventos, 1996. p. 221-222.

<sup>74</sup> CHERTO, Marcelo; RIZZO, Marcus. **Como comprar sua franquia passo a passo**. São Paulo: Makron Books, 1991. p. 6.

<sup>75</sup> CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 19.

O *franchising* de serviços, por sua vez, tem recebido uma nova divisão, gerando dois subgrupos: *franchising* hoteleiro e *franchising* aplicado essencialmente ao setor terciário puro, que envolve serviços de instrução, de reparação, contábil etc. A diferença entre ambos os subgrupos está no volume de investimentos necessários (o primeiro demanda muito mais recursos se comparado ao segundo) e também à complexidade de processos que envolve o *franchising* hoteleiro, se comparado ao do setor terciário.

Cretella Neto traz a classificação que o Departamento de Comércio dos EUA confere ao *franchising*<sup>76</sup>. Esclarece que o sistema diferencia o tipo de acordo com o principal proponente do contrato, gerando dois grupos: *franchising* de produto e de marca comercial (*product and trade name franchising* ou *traditional franchising*), definido como o tipo de *franchising* em que os revendedores concentram-se em uma linha de produtos de apenas uma empresa, fazendo com que identifiquem seu negócio como o dessa empresa (limita-se a vendas de automóveis, engarrafadoras de bebidas e postos de combustível); e o *Business Format Franchising* (BFF), forma pela qual o relacionamento entre franqueador e franqueado não fica limitado apenas ao produto, ao serviço e à marca, mas também ao conceito completo do negócio, desde o plano estratégico de marketing até os processos, padronização, controle de qualidade, envolvendo também uma assistência continuada para orientação (já mencionado no item 1.2.1). Nota-se, pois, que os americanos utilizam o BFF para as modalidades de produtos e serviços.

A doutrina francesa classifica o *franchising* em três grupos: de distribuição (ou de produtos), industrial e de serviços.

Já a doutrina alemã aproxima-se mais atualmente da classificação americana dada ao *franchising*.

Adalberto Simão Filho, por sua vez, entende que haja quatro tipos modalidades<sup>77</sup> em *franchising*: de produção, de indústria, de distribuição e de serviços.

Torna-se importante, assim, detalhar mais cada um dos tipos ou modalidades do *franchising* comumente praticadas.

### 1.3.2.1 *Franchising de produção*

Tipo de negócio em que o franqueador produz todos os produtos que serão vendidos pela rede de franqueados, valendo-se de uma ou de várias marcas já testadas e cujo êxito

<sup>76</sup> CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19-20.

<sup>77</sup> SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45.

comprova o reconhecimento junto ao comércio. Adalberto Simão Filho cita como exemplo dessa modalidade o franqueamento praticado pela Lãs Pinguin, na França<sup>78</sup>.

### 1.3.2.2 *Franchising de indústria*

Nessa modalidade, o franqueador permanece total ou parcialmente isento da obrigação de fornecimento de produtos para seus franqueados. Contudo, existe uma total transferência do segredo do negócio que possui para a fabricação dos mesmos. Trata-se de uma questão bastante delicada, pois não se mostra suficiente o franqueado ser apenas um empreendedor que deseja ter seu próprio negócio utilizando-se de uma marca de sucesso. Para que possa fabricar o produto cuja licença de uso de marca lhe tenha sido concedida pelo franqueador, é necessário que ele mesmo, o franqueado, tenha um bom conhecimento acerca dos processos de fabricação, a fim de garantir o padrão de qualidade do inventor.

Assim, além do franqueador ter de oferecer ao franqueado um grande treinamento sobre o *know-how* do negócio para que este adquira os conhecimentos técnicos necessários à fabricação do produto, terá de ensinar todas as técnicas que eram mantidas em segredo e abastecê-lo com novas tecnologias que possam surgir para o aprimoramento dos produtos e consequente evolução do negócio.

Nota-se, pois, que a relação de confiança entre franqueador e franqueado, muito embora já demonstrada ser inerente ao *franchising*, mostra-se mais incisiva nessa modalidade do sistema.

Por conta da complexidade narrada até aqui, o *franchising* industrial é seguramente a modalidade mais cara, pois, para que o franqueado possa passar a fabricar os produtos da marca do franqueador, precisará ter a sua disposição uma série de equipamentos que envolvem muita tecnologia e, obviamente, capital suficiente para instalar e operar o negócio. Se não for assim, terá de contar com financiamentos para o início da operação, o que poderá comprometer o crescimento e esperado sucesso do negócio.

Exemplos de empresas que utilizam essa modalidade são engarrafadoras de bebidas, como a Coca-Cola.

---

<sup>78</sup> SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising**: aspectos jurídicos e contratuais. São Paulo: Atlas, 2003, p. 46.

### 1.3.2.3 *Franchising de comercialização ou distribuição*

Corresponde àquela em que o franqueador encarrega os franqueados de sua rede da distribuição, por meio de venda, de produtos que levem a sua marca e que possuam reconhecida aceitação, podendo o próprio franqueador ser o fabricante destes produtos. É importante salientar que, quando o franqueado é o responsável pela fabricação do produto, não fica caracterizada franquias de comercialização.

Assim, essa modalidade de *franchising* caracteriza-se pela atribuição dada ao franqueado para distribuir os produtos com a marca do franqueador, realizando essa venda em determinada área exclusiva. Por se tratar de um sistema, na maioria das vezes, a rede de franquias comercializa a mesma linha de produtos indicados pelo franqueador.

São exemplares brasileiras dessa modalidade as empresas O Boticário<sup>79</sup> e Cacau Show<sup>80</sup>.

### 1.3.2.4 *Franchising de serviços*

Essa quarta modalidade é caracterizada por aquele tipo de franquias que tem como núcleo uma atividade do franqueado, não havendo, assim, a venda ou fabricação de um produto ou de uma marca famosa. Oferece-se ao consumidor final um serviço, que será prestado por meio de um método já testado e aprovado pelo consumidor. Contudo, é óbvio que a prestação de serviço pelo franqueado é devidamente acompanhada de uma marca, a qual lhe foi licenciada pelo franqueador.

O maior diferencial dessa modalidade em relação às anteriormente abordadas é a disponibilização de uma forma original, pessoal e diferente de prestar serviços, possibilitando à rede franqueada oferecer ao consumidor final os mesmos serviços devidamente formatados, com o mesmo padrão de qualidade e de atendimento.

Existe, entretanto, um problema a ser mencionado. O sucesso do negócio, como se pode ver, depende diretamente das habilidades do franqueado e da sua dedicação e administração do negócio, uma vez que o franqueador não possui uma participação efetiva no que pode ser chamado de produto final da franquias, ou seja, no serviço que é prestado ao consumidor, diferentemente da modalidade de comercialização e distribuição. O dia a dia da operação do franqueado é que vai determinar o sucesso ou não de seu negócio, exigindo uma

---

<sup>79</sup> Disponível em: <<http://www.oboticario.com.br>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

<sup>80</sup> Disponível em: <<http://www.cacaushow.com.br>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

maior fiscalização e suporte por parte da franqueadora. Por isso, a atenção ao perfil do franqueado mostra-se tão importante nessa modalidade.

O *franchising* de serviços existe em diversos ramos, desde o setor alimentício e hoteleiro até escritórios de advocacia e arquitetura. Representa, certamente, o tipo de *franchising* mais diversificado que existe e também o que apresenta uma grande tendência de crescimento, como será visto mais adiante.

Escolas de idiomas, como Fisk<sup>81</sup> e CCAA<sup>82</sup>, e locadoras de veículos, como Unidas<sup>83</sup>, são exemplos dessa modalidade.

Importa ainda chamar a atenção para as formas de *franchising* que Adalberto Simão Filho estabelece:

- Misto: forma genérica do sistema que diz respeito especificamente àqueles contratos em que existem mais de um dos tipos ou modalidades que foram há pouco apresentados. Nesse caso, franquea-se, por exemplo, serviços e produtos conjuntamente;

- Master: o franqueador contrata uma pessoa, conhecido como subfranqueador ou master franqueado, que, por sua vez, realiza o subfranqueamento do negócio, vendendo efetivamente o negócio para outras pessoas, que são os franqueados. Esse tipo de franqueamento é utilizado para cobrir grandes áreas territoriais, pois facilita a criação de uma rede de distribuição e seu melhor controle pelo franqueador, que o fará por meio de seu subfranqueador;

- Corner: nesse caso, o franqueador estabelece um contrato com o franqueado para que este monte um negócio no interior de um centro comercial ou shopping center, cuja instalação é feita em pontos-chave do local, de preferência em pontos de grande movimentação, dando-se a esses pontos-chave o nome de corners. Atualmente, essa forma de franqueamento também atende pelo nome de quiosque nos shopping centers;

- Associativo: essa forma de *franchising* é comum nos EUA, ocorrendo quando os franqueadores possuem ações no mercado de bolsa de valores e repassam algumas aos franqueados, que se tornam então sócios e também contribuem com dividendos;

- Financeiro: também pouco usual no Brasil, aqui o franqueado detentor do capital para investir, adquire o negócio formatado com a única finalidade de investimento, contratando uma pessoa de confiança para a gestão adequada do negócio;

<sup>81</sup> Disponível em: <<http://www.fisk.com.br>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

<sup>82</sup> Disponível em: <<http://www.ccaa.com.br>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

<sup>83</sup> Disponível em: <<http://www.unidas.com.br>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

- Multifranchise: verifica-se quando o franqueado possui mais de um tipo de negócio, da mesma rede, e em pontos diferentes;
- Multimarcas: aqui, o franqueado possui negócios de duas ou mais redes distintas, além de ter poderes contratuais para a gestão de todas elas, tanto em conjunto como separadamente, havendo plena consonância com os franqueadores;
- Nova instalação: o franqueado adquire o local em que a atividade comercial será desenvolvida. A franquia inicia-se do ponto zero;
- Reversão: o franqueado já possui uma loja ou ponto comercial em que anteriormente operava outra atividade, resolvendo ali montar o novo negócio adquirido por meio de contrato com um franqueador, adaptando-se ao padrão do contratado;
- Desenvolvimento de área: o franqueador contrata um franqueado para que este desenvolva pontos de venda a serem franqueados em áreas do estado ou do país;
- Itinerante: ocorre a transferência pelo franqueador de seus sistemas completos para que sejam operados através de uma unidade móvel pertencente ao franqueado. Trata-se de uma forma de expansão da rede para locais onde não foi possível o acesso de outra maneira.

### 1.3.3 Circular de Oferta de Franquia (COF)

Na condição de documento essencial para o início do relacionamento entre franqueador e franqueado, a Circular de Oferta de Franquia, também conhecida apenas por suas iniciais (COF), precisa ser introduzida desde logo.

Tendo sua origem nas exigências feitas internacionalmente para as empresas que pretendem lançar ações ou debêntures no mercado, a COF tem o papel de revelar a empresa franqueadora para os interessados em firmar contrato de franqueamento consigo. Luiz Felizardo Barroso<sup>84</sup> utiliza o termo *disclosure* para a função que é dada à COF, imprimindo à palavra o significado de “princípio da revelação total e sincera dos dados empresariais no mercado de capitais e no de franquias empresariais”.

O mesmo autor há pouco mencionado faz uma breve retrospectiva sobre o processo de elaboração e conseqüente exigência desse importante documento, fundamental para o início válido de um relacionamento de *franchising*<sup>85</sup>:

---

<sup>84</sup> BARROSO, Luiz Felizardo. **Direito e franchising**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 48.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 55-56.

Ao ser aprovado o Projeto de Lei nº 318/91 do falecido Deputado Magalhães Teixeira (PSDB-SP), hoje Lei nº 8.955/94, o princípio do *disclosure* foi mais uma vez introduzido em nosso país, tornando-se obrigatória a entrega, a todo e qualquer interessado na aquisição de uma franquia, de uma “circular de oferta respectiva”. Tal documento, à imagem e semelhança do prospecto – exigido pela legislação brasileira de sociedades anônimas e de Mercado de Capitais (CVM) – será o instrumento do *disclosure* da franquia empresarial, pois deverá conter, obrigatoriamente, uma série de informações atualizadas que todo candidato a franqueado deve ter em mãos para analisar cuidadosamente, antes de assinar qualquer contrato ou pré-contrato de franquia, ou de fazer qualquer pagamento ao franqueador ou a pessoa a ele ligada.

A Lei nº 8.955/94 detalha ao longo de seu Art. 3º as exigências mencionadas por Barroso, ficando clara a intenção de resguardar o investidor perante possíveis franqueadores que ajam de má-fé. A não entrega da Circular pelo franqueador ao investidor interessado em tornar-se seu franqueado no prazo mínimo de dez dias anteriores à assinatura de contrato ou pré-contrato, dá ao preterido a oportunidade para arguir a anulabilidade do documento firmado, bem como a devolução de valores já pagos, corrigidos (parágrafo único do Art. 4º).

Fica evidente a importância que a COF tem na relação entre franqueador e franqueado, vez que traz informações concretas sobre o negócio desejado e, assim, serve como auxiliar importante para a tomada de decisão.

### 1.3.4 Aspectos gerais sobre o contrato de *franchising*

O contrato de *franchising* pode ser definido<sup>86</sup> como o instrumento por meio do qual o franqueador concede ao franqueado o direito de ingresso na rede de franquias e também o de explorar uma unidade franqueada em localidade determinada, utilizando-se das marcas, do *know-how*, da operação, das técnicas e dos benefícios que são oferecidos pelo franqueador durante o período de vigência do instrumento. É nesse documento que ficam estabelecidas as normas válidas para o negócio feito, ou seja, a determinação de direitos e obrigações de franqueador e franqueado que deverão ser observados enquanto o documento tiver validade. Importa conhecer os aspectos gerais do instrumento.

José Cretella Neto menciona que o contrato de *franchising*<sup>87</sup> tem natureza mista (ou híbrida), vez que reúne diversas relações contratuais em apenas uma contratação, como, por exemplo, licença de uso de marca, concessão de direitos, transferência de tecnologia, assistência técnica, compra e venda, distribuição, fornecimento de bens, mercadorias e serviços, dentre outras, sendo algumas típicas e outras não.

<sup>86</sup>MENEZES, Flávio. **O direito do franchising**. São Paulo: ADC, 2004. p. 53.

<sup>87</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 24-26.

Também não é considerado solene, uma vez que basta a vontade das partes para que ele se aperfeiçoe, não havendo necessidade de ser empregada forma especial, exceto pela obrigação imposta pela Lei nº 8.955/94 sobre a necessidade de ser escrito.

É nominado, pois, como já mencionado, é regulado por lei.

É oneroso, uma vez que envolve remuneração por conta de um conjunto de serviços prestados, sendo essa onerosidade um dos elementos essenciais do *franchising* (item 1.2.1).

Quanto aos efeitos, o instrumento é bilateral (ou sinalagmático), pois cria, modifica ou extingue determinadas obrigações cujo conteúdo é patrimonial, devendo ambas as partes suportar as consequências.

Também é comutativo, ou seja, as obrigações das partes são equivalentes e certas, sendo as prestações devidas conhecidas de antemão e recíprocas, devendo haver equilíbrio durante toda a sua vigência.

Em relação à continuidade, o contrato de *franchising* é de trato sucessivo, ou seja, as prestações repetem-se no tempo e de forma sucessiva.

Quanto à manifestação de vontade, o instrumento em questão é classificado como de adesão, ou seja, o franqueador vale-se de uma forma padrão própria e que não permite, via de regra, nenhuma alteração.

E, por fim, é importante assinalar que o contrato de *franchising* é *intuitu personae*, ou seja, não admite nenhum tipo de sub-rogação pessoal, especialmente com relação ao franqueado, cuja presença física no comando do negócio é exigida. O motivo para essa característica é o grau de confiança que precisa ser estabelecido entre franqueador e franqueado para que o negócio tenha condições de seguir o curso normal de um desenvolvimento saudável e frutificador para ambas as partes.

Quanto ao conteúdo, é importante esclarecer que não existe um modelo padrão de contrato, ou seja, o franqueador costuma estabelecer o seu próprio documento. Entretanto, existem alguns elementos básicos<sup>88</sup> que precisam figurar obrigatoriamente no texto do documento, independentemente do formato final que venha a ter, para assegurar condições mínimas de sucesso no relacionamento entre as partes:

- qualificação atenta do franqueador e do franqueado;
- condições de uso da marca, expostas de forma clara, uma vez que é de caráter não exclusivo (existem outros franqueados) e condicionado, sendo importante que o franqueado conheça muito bem suas obrigações;

---

<sup>88</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. **Direito e franchising**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 67-74.

- obrigações de prestar assistência ao franqueado, ou seja, os deveres do franqueador também precisam estar claros para que o franqueado saiba dos limites de atuação daquele que lhe está concedendo o direito de uso de sua marca;

- detalhes sobre a transferência de *know-how*, que, mais do que um elemento básico, compõe o objeto do contrato de franchising;

- os pagamentos que o franqueador deverá receber por parte do franqueado;

- as limitações do direito conferido ao franqueado para que desenvolva a atividade econômica de sua unidade em uma determinada área geográfica;

- regulamento expreso quanto à obrigação do franqueado em relação aos fornecedores da rede no que diz respeito a aquisições de bens, produtos e serviços;

- o prazo pelo qual a relação contratual perdurará;

- cláusula de não concorrência (a regra é a sua adoção, mas pode não ser exigida pelo franqueador);

- obrigações de sigilo e confidencialidade, tendo em vista a transferência de informações estratégicas e segredos sobre métodos e processos desenvolvidos pelo franqueador;

- condições para transferência (repasso) da unidade franqueada, no caso do franqueado desistir do negócio;

- garantias para assegurar o compromisso do franqueado com o negócio (hipoteca ou pessoais), tendo em vista os débitos que este pode vir a contrair junto à franqueadora;

- hipóteses em que o contrato poderá ser terminado, quer por inadimplemento das obrigações, quer por falecimento ou, ainda, por caso fortuito;

- estipulação de multas que exerçam um caráter coercitivo sobre os contratantes e que sejam capazes de trazer ressarcimento pelos prejuízos que os descumpridores contratuais tenham causado;

- eleição de foro.

Outras mais poderão ser incorporadas, mas a espinha dorsal do sistema acabou de ser elencada.

Vale lembrar novamente que o contrato somente pode ser assinado após passados dez dias do recebimento da COF pelo Franqueado.

Voltar-se-á a mencionar o contrato de franchising no Capítulo 2 para a abordagem de mais detalhes que interessam a este estudo.

### 1.3.5 Pontos fortes e pontos fracos do sistema

Como todo negócio, o *franchising* traz algumas facilidades para seus participantes, ao mesmo tempo em que apresenta dificuldades. Marcelo Cherto relaciona<sup>89</sup> pontos importantes que os interessados em adentrar ao sistema precisam considerar a fim de não terem grandes surpresas no decorrer da vigência do contrato. Os principais serão abordados.

#### 1.3.5.1 Para o franqueador

Já foi mencionado neste estudo que uma das vantagens proporcionadas pelo *franchising* ao franqueador é a rápida expansão de sua rede. Destaca-se, pois, novamente esse aspecto, pois trata-se do principal ponto positivo que o sistema possui. É por seu intermédio que o franqueador consegue levar sua marca e seu produto ou serviço a consumidores de diferentes partes do território sem precisar investir em demasia, seja em recursos financeiros, seja em recursos humanos. Sobre essa necessidade de transpor barreiras geográficas, José Crettela Neto expõe<sup>90</sup>:

Ainda de acordo com Luiz Felizardo Barroso, em outra obra, o contrato de *franchising* não foi mera elaboração doutrinária, idealizada por juristas, nem tampouco uma inovação legislativa visando ao desenvolvimento e à regulamentação econômica de determinado setor da atividade empresarial privada, e sim, fruto das necessidades do próprio mercado, que necessitava de um instrumento jurídico adequado para viabilizar um tipo de operação comercial descentralizada, dinâmica, e dirigida à satisfação do consumidor final.

Há também um importante aspecto que beneficia o proprietário da marca. A presença dos franqueados em diferentes locais do país e o seu efetivo acompanhamento do negócio (o que, ao menos em tese, acontece), permite um melhor conhecimento sobre a região em que a unidade franqueada encontra-se, explorando de forma adequada o potencial econômico local, respeitados os hábitos e os costumes da região. Dessa forma, conhecendo bem o lugar e estando à frente do negócio diretamente, o franqueado tem condições de motivar seus funcionários para produzirem um melhor resultado, que reverterá em lucro, por tabela, também para o franqueador.

<sup>89</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 41.

<sup>90</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 47.

Além disso, tendo por trás uma rede de franquias, o franqueador tem condições de adquirir produtos em maior quantidade, o que lhe proporciona menores preços e melhores condições de pagamento, o que surte efeito também, por consequência, para os franqueados.

Marcelo Cherto menciona ainda como um ponto forte a possibilidade que o franqueador tem, pela própria característica do sistema em si, de exercer legalmente um maior controle sobre as atividades do franqueado, controle esse, segundo o autor, muito mais efetivo do que outros canais de venda conseguem exercer. Dentre as permissividades que o *franchising* dá ao franqueador, o autor menciona que este pode controlar em vários aspectos o franqueado<sup>91</sup>,

[...] podendo definir cada detalhe relacionado ao modo como seus produtos ou serviços devem ser expostos, oferecidos, explicados e vendidos ao consumidor, ou seja, pode definir exatamente como deverá se dar a experiência de consumo proporcionada a cada cliente final, o que é essencial para gerar condições para que este tenha, com relação ao produto ou serviço que lhe é oferecido e com o qual interage, a percepção que a empresa espera que ele tenha. E sem risco de que esse controle leve à caracterização de vínculo trabalhista entre a empresa e o Franqueado, como pode ocorrer com relação a alguns outros Canais de Vendas, já que a lei em vigor (Lei nº 8.955) estipula expressamente que não existe tal vínculo entre Franqueador e Franqueado.

Por outro lado, o custo envolvido no desenvolvimento de uma operação de *franchising* acertada é alto. Existe todo um caminho que precisa ser percorrido desde a ideia de tornar o negócio franqueável até a inauguração da primeira unidade franqueada, sem o qual o negócio poderá ser uma aposta arriscada. Muitos franqueadores optam por contratar consultorias especializadas (o que já apresenta um custo considerável), que representam uma ajuda importante na maioria dos casos em vista da experiência acumulada que possuem. Entretanto, o processo de tornar um negócio franqueável envolve muito trabalho por parte do próprio franqueador. Há toda a manualização do processo a ser desenvolvida, bem como a definição de estratégias para aprovação de perfil de franqueados, sua capacitação, elaboração de plano de suporte, dentre outras necessidades que, via de regra, envolvem investimentos. Em resumo, a conta é alta.

Além de custar caro, não é uma tarefa simples exercer controle sobre uma rede de franquias. Marcelo Cherto volta a mencionar esse quesito, dessa vez de forma menos positiva, alegando que<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising**: uma estratégica para a expansão de negócios. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 42.

<sup>92</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising**: uma estratégica para a expansão de negócios. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p. 47.

[...] normalmente, embora uma rede de Franquias seja bem mais “controlável” do que a maioria dos demais Canais de Vendas que a empresa poderia utilizar, de forma geral o Franqueador mantém, com relação às ações praticadas por seus Franqueados, um nível de controle direto mais reduzido do que teria sobre uma rede de unidades próprias, cujos gestores/operadores, sendo seus contratados, podem ser comandados, punidos e até demitidos, com ou sem justa causa, com uma razoável facilidade, quando e como a empresa bem entender [...]

Essa discussão acerca do controle exercido pelo franqueador do franqueado é parte importante para o presente estudo e será visto com mais detalhes no Capítulo 2.

### *1.3.5.2 Para o franqueado*

Ao tornar-se franqueado de uma respeitada franquadora, o novo empresário passa a ter uma chance maior de sucesso se comparado à implantação de um negócio independente, pois o sistema permite que tenha acesso, desde a celebração do contrato, aos processos e métodos já testados e à experiência e suporte do franqueador, além de poder trocar ideias com os demais “colegas” franqueados da rede. Operar sob uma marca conhecida e de reputação consolidada traz a oportunidade de poder ser dono do próprio negócio com menos riscos do que se resolvesse iniciar uma atividade sem precedente algum.

Outra vantagem que o franqueado tem ao ingressar em uma rede é a de poder participar de ações de marketing mais amplas, como por exemplo de mídias nacionais (publicidade em grandes redes de televisão), em horários nobres, coisa que seria pouco viável se estivesse atuando isoladamente. A rede ainda lhe proporciona acesso a insumos de custo mais baixo, muitas vezes já negociados pelo franqueador justamente para possibilitar esse benefício de seus franqueados.

Além disso, o franqueado ainda conta com uma equipe dedicada ao desenvolvimento de novos produtos (atividade que demanda grandes investimentos em tecnologia e pesquisa), que permanece observando o mercado para promover lançamentos de produtos ou serviços que contribuam para aumentar o faturamento de franqueados e franqueador. Esse acompanhamento do mercado como um todo também faz com que o franqueador detenha um banco de dados importante, muitas vezes composto por pesquisas de mercado vendidas por grandes consultorias a custos bem consideráveis, que podem ser disponibilizadas ao franqueado pelo fato de integrar a rede, acesso esse que seria improvável se estivesse à frente de uma atividade independente.

Contudo, a relativa segurança que o franqueado adquire por meio do sistema implica algumas consequências, como por exemplo, a perda de grande parte de sua independência.

Além de ser obrigado a seguir os métodos e processos desenvolvidos pelo franqueador, existe também imposição para aquisição de produtos, insumos, equipamentos e serviços do próprio franqueador ou de fornecedores por ele homologados. Não há, pois, muito espaço para iniciativas individuais.

O franqueado também precisa pagar taxas rotineiramente ao franqueador, independentemente de sua melhor ou pior performance, o que, em caso de desempenho ruim, acaba tornando-se um sobrepeso para o franqueado. Alguns franqueadores alegam não cobrarem taxas de seus franqueados, alegação essa que merece cuidado, visto que não é algo comum dentro do sistema. Afinal, a receita do franqueador depende, em maior ou menor escala, das taxas pagas pelos franqueados. Precisa ser gerada a partir de algum lugar, portanto.

Por fim, é importante chamar a atenção para as restrições impostas contratualmente ao franqueado, como por exemplo, a venda ou a transferência do negócio. É muito comum o franqueador somente anuir com o repasse da unidade franqueada após a sua prévia aprovação do adquirente. Além disso, existe a prática de impor limitações à atuação do franqueado quando este não mais estiver na rede. Alguns franqueadores estipulam em contrato a proibição do franqueado continuar atuando no mesmo segmento do franqueador após sua retirada do negócio, uma vez que, em função do conhecimento adquirido durante o tempo em que integrou a rede, poderia representar concorrência direta para o franqueador, comprometendo o desempenho do ex-parceiro por valer-se do *know-how* anteriormente adquirido.

#### **1.4 Representatividade do *Franchising* para os Mercados Mundial e Brasileiro**

O crescimento da utilização do *franchising* pode ser percebido em diferentes partes do mundo. A contribuição crescente do sistema no resultado das economias dos países é visível e constante, exceto em períodos em que a economia sofreu abalos, tal como no fim do ano de 2008, período em que os EUA passaram por momentos extremamente complicados e que repercutiu em todo o mundo, causando prejuízos em maior ou menor escala.

Importa, pois, trazer para o presente estudo números atuais sobre o desempenho do *franchising* nas principais economias mundiais, a fim de comprovar o seu crescimento, bem como para situar o Brasil nesse contexto.

### 1.4.1 *Franchising* nas principais economias do mundo

Nos EUA, berço do sistema, franqueadores e franqueados têm contribuído de maneira significativa para a economia daquele país, gerando crescentemente postos de trabalho em alguns dos principais setores.

De 2001 a 2005, o número de franquias cresceu em média 5,6% ao ano nos EUA. A consultoria PricewaterhouseCoopers<sup>93</sup> detectou que, entre os anos de 2008 e 2009, em virtude da forte crise econômica que assolou os americanos, houve uma retração de 0,1% na área. Entretanto, a previsão para 2010 é de crescimento de 2,0%, elevando o número de estabelecimentos em 17.801 unidades.

O mesmo otimismo é revelado em relação ao faturamento gerado pelo *franchising* nos EUA para 2010. De 2001 a 2005, o faturamento gerado pelo sistema obteve um crescimento anual de 9,7%. Experimentou, entretanto, menor crescimento entre os anos de 2007 e 2008, com 2,8% de aumento. Em 2009, houve um declínio de 0,7%, com perda líquida de 5,7 bilhões de dólares. Já para 2010, a consultoria mencionada previu crescimento de 2,8%, ou seja, um aumento de 23,6 bilhões de dólares em relação ao faturamento alcançado em 2009.

Em números totais, a IFA<sup>94</sup> revelou que o *franchising* representa cerca de 11% do setor privado da economia americana (o equivalente a US\$ 1,57 trilhões), sendo responsável pela geração de mais de 20 milhões de empregos diretos e indiretos, o que corresponde a 15% dos empregos no setor privado daquele país.

Tabela 1 – Os números do *franchising* nos EUA

					Média anual de variação	
	2007	2008	2009	2010	2008/2009	2009/2010
Franquias	847.244	883.984	883.292	901.093	-0,10%	2,00%
Faturamento (bilhões de dólares)	802,9	850,4	844,7	868,3	-0,70%	2,80%

Fonte: PricewaterhouseCoopers, 2010.

Na Europa, o sistema também chama a atenção. Em julho de 2010, uma pesquisa<sup>95</sup> da Federação Europeia de *Franchise* (*European Franchise Federation*) verificou que há 10.848

<sup>93</sup>HIGHLIGHTS of the 2010 franchise business economic outlook. Disponível em: <[http://franchise.org/uploadedFiles/IFA\\_NEWS/EconOutlook%20FactSheet2010.pdf](http://franchise.org/uploadedFiles/IFA_NEWS/EconOutlook%20FactSheet2010.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2010.

<sup>94</sup>ECONOMIC impact of franchised businesses. Disponível em: <<http://franchise.org/industrysecondary.aspx?id=31514>> Acesso em: 02 ago. 2010.

<sup>95</sup>EUROPEAN Franchise Federation. Disponível em: <[http://www.eff-franchise.com/IMG/pdf/Stats\\_Franchise\\_Europe\\_29072010-xlsx.pdf](http://www.eff-franchise.com/IMG/pdf/Stats_Franchise_Europe_29072010-xlsx.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2010.

marcas diferentes franqueadas atuando em 20 países: Alemanha, Áustria, Bélgica, Croácia, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Itália, Polônia, Reino Unido, República Checa, Sérvia, Suíça, Turquia e Ucrânia. No Reino Unido, por exemplo, estimou a existência de 34.800 franquias em atividade. Já na França, a pesquisa revelou existirem 83.989 estabelecimentos franqueados, tendo havido crescimento no triênio 2007-2009 em ambos os países.

Enquanto isso, a Ásia traz números impressionantes sobre o *franchising*. Três países em especial chamam a atenção: China, Coreia do Sul e Japão. A economia chinesa tem alcançado níveis de crescimento que a colocam fortemente na disputa pelas primeiras posições entre as grandes economias mundiais. Segundo o Centro de Informação do Estado, instituto ligado ao governo chinês, a economia daquele país deverá apresentar em 2010 um crescimento na ordem de 9,5%<sup>96</sup>. Para fins de comparação o *Federal Reserve* (Fed), o banco central dos EUA, estimou que o crescimento da economia americana não ultrapassará 3,5% em 2010<sup>97</sup>. Assim, em estando favorável a economia chinesa para crescimento, é natural que o *franchising* valha-se dessas condições para desenvolver-se. A IFA, em relatório<sup>98</sup> divulgado em dezembro de 2009 sobre as possibilidades que o *franchising* encontra na China, considerou o cenário atual bastante promissor para o crescimento do sistema em terras chinesas, principalmente pelo fato de representar uma forma de aproveitamento da grande mão de obra disponível que existe na China, cuja ociosidade é uma preocupação constante do governo daquele país. O citado relatório ainda menciona dados que revelam o potencial inexplorado do *franchising* na China: enquanto que nos EUA as redes de franquias possuem em média 540 estabelecimentos franqueados, a média chinesa é de 43 estabelecimentos por rede; e, por fim, enquanto que o *franchising* responde por cerca de 3% do total das vendas do varejo, nos EUA essa porcentagem é de 30%. Na Coreia do Sul, o Departamento de Inteligência do governo estimou<sup>99</sup> que o *franchising* tenha já gerado o valor de US\$ 70,2 bilhões, entre *royalties* e demais taxas pertinentes ao sistema. E no Japão, segunda maior economia mundial, o país tem grande representatividade no *franchising*, como pode ser visto

<sup>96</sup> PIB da China deve crescer 9,5% em 2010, diz instituto do governo. **Folha.com**, São Paulo, 27 jul. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/770706-pib-da-china-deve-crescer-95-em-2010-diz-instituto-do-governo.shtml>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

<sup>97</sup> BOLSAS asiáticas caem após dados sobre crescimento dos EUA e China. **Globo.com**, São Paulo, 15 jul. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/07/bolsas-da-asia-caem-com-preocupacao-com-economias-dos-eua-e-china.html>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

<sup>98</sup> FRANCHISE industry in China. Disponível em: <[http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise\\_Industry/International\\_Development/franchising%20in%20China.pdf](http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise_Industry/International_Development/franchising%20in%20China.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2010.

<sup>99</sup> COUNTRY fact sheet: South Korea. Disponível em: <<http://www.franchise.org/IndustrySecondary.aspx?id=45624>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

no *ranking* mundial mais recente, divulgado pelo World Franchise Council<sup>100</sup>, baseado em dados de 2008:

Tabela 2 – Por número de franqueadores

	País	Franqueadores
1º	EUA	2.900
2º	China	2.600
3º	Coreia do Sul	2.465
4º	Índia	1.800
5º	Brasil	1.379
6º	Canadá	1.200
7º	Japão	1.194
8º	França	1.141
9º	Austrália	1.000
10º	Filipinas	967

Fonte: World Franchise Council

Tabela 3 – Por número de unidades franqueadas

	País	Franqueadas
1º	EUA	900.000
2º	Coreia do Sul	343.860
3º	Japão	235.440
4º	China	195.000
5º	Índia	120.000
6º	Canadá	78.000
7º	Brasil	71.954
8º	Austrália	70.000
9º	México	70.000
10º	Itália	58.026

Fonte: World Franchise Council

Como se pode constatar no *ranking*, a Índia é outra nação em que o *franchising* encontra-se muito bem difundido. Segundo a edição 2010 do relatório sobre varejo mundial “Global Retail Development Index”<sup>101</sup>, produzido pela consultoria americana A.T.Kearney, o

<sup>100</sup>O World Franchise Council visa agregar as associações nacionais de *franchise* de todos os países.

<sup>101</sup>EXPANDING opportunities for global retailers. Disponível em: <[http://www.atkearney.com/images/global/pdf/2010\\_Global\\_Retail\\_Development\\_Index.pdf](http://www.atkearney.com/images/global/pdf/2010_Global_Retail_Development_Index.pdf)>. Acesso em: 06 ago 2010.

mercado indiano é o terceiro mais atrativo em escala mundial, atrás somente da China e do Kuwait. Com um crescimento da economia estimado em 8%, a Índia demonstra uma grande capacidade para desenvolver seu varejo, revelando-se, assim, ser um palco propício para o crescimento do *franchising*. Entretanto, os franqueadores que lá se instalam precisam levar muito em conta os costumes diferenciados de uma cultura ímpar. O McDonald's, por exemplo, teve de banir<sup>102</sup> totalmente de seu cardápio as carnes, algo nunca feito anteriormente pela empresa em lugar algum do planeta, visto que os bovinos são sagrados para os indianos. Essa mudança radical foi uma demonstração clara do apetite da franqueadora americana pelo mercado da Índia, e diante de tal cenário promissor, não sem razão.

#### 1.4.2 *Franchising* na economia brasileira

Conforme pode-se constatar pelas Tabelas 2 e 3, o Brasil ocupa a quinta posição no *ranking* mundial de franqueadoras, atrás dos EUA, China, Coreia do Sul e Índia. Já em termos de número de franquias, o país encontra-se na sétima colocação, sendo superado por EUA, Coreia do Sul, Japão, China, Índia e Canadá. Entretanto, é importante levar em consideração que os dados de tal *ranking*, conforme já mencionado, datam de 2008, e que o desempenho brasileiro no *franchising* tem crescido de maneira impressionante, como pode ser entendido através dos dados divulgados pela ABF:

Tabela 4 – Os números do *franchising* no Brasil

	2007	2008	2009	2010	Média anual de variação	
					2008/2009	2009/2010
Franquias	65.553	71.954	79.988	86.387	11,16%	8,00%
Faturamento (bilhões de reais)	46,039	55,032	63,120	72,588	14,70%	15,00%

Fonte: Associação Brasileira de Franchising<sup>103</sup>

Não foi constatado recuo no setor brasileiro de franquias diante da crise mundial. O ano de 2009 alcançou o faturamento de R\$ 63,12 bilhões, o que equivale a um crescimento de 14,7% em relação ao ano anterior. A ABF ainda destacou quando da divulgação dos números o aumento significativo de redes e unidades. Em 2009, 264 novas redes surgiram no mercado,

<sup>102</sup>INDIA: market for the masses. Disponível em <<http://www.franchise.org/Franchise-News-Detail.aspx?id=40638>>. Acesso em: 06 ago. 2010.

<sup>103</sup>ABF. Evolução do setor 2001-2009. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=11&codC=4&origem=sobreosetor>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

um aumento de 19,1%, totalizando 1.643. Já o número de unidades (pontos de venda de serviços ou produtos), saltou de 71.954 para 79.988, um aumento de 11%. Essa expansão resultou na abertura de 72 mil novos postos de trabalho. O setor é responsável hoje por mais de 700 mil empregos diretos, sendo também um dos setores que mais oferece a oportunidade do primeiro emprego, além de investir no treinamento e capacitação de seus funcionários.

Ainda na avaliação da ABF, o aumento de redes e unidades somado ao aumento do poder de consumo das classes B e C foram os grandes responsáveis pelo crescimento do setor.

Para 2010, a expectativa continua positiva. A previsão da ABF é de que em 2010 o setor eleve o faturamento entre 15% e 16 %. Em número de novas marcas a expectativa é de 10 a 12%, já em número de unidades essa variação pode ficar entre 8 e 10%.

Em faturamento, o segmento de franquia que mais cresceu em 2009 foi o de acessórios pessoais e calçados, pelo terceiro ano consecutivo registrando 41,2% de aumento em relação ao ano passado. Em segundo lugar está o setor de vestuário com 37,5% de aumento de faturamento, seguido pelo setor de informática e eletrônicos, com crescimento de 28,9%, em relação a 2008. O setor de alimentação manteve seu ritmo de crescimento. Em 2009, o setor cresceu 21,8%.

Em relação ao crescimento do número de redes, o destaque de 2009 foi o setor de hotelaria e turismo que cresceu 33,3%, seguido por acessórios pessoais e calçados, com aumento de 30,7%, e de veículos, com 25,9%. O segmento de acessórios pessoais e calçados também foi o que mais cresceu em número de unidades, 23,5%, seguido pelo de alimentação com 22,3% e pelo de móveis, decoração e presentes, com 21,8% de crescimento.

E o crescimento não ficou somente dentro dos limites do Brasil. A ABF também constatou expansão internacional, tal como revela trecho de notícia veiculada no site Falando de Varejo<sup>104</sup>:

A expansão internacional também cresceu em 2009. Atualmente 65 redes nacionais já operam no Exterior. Nos planos da ABF está continuar apoiando, juntamente com a APEX - Brasil, as redes interessadas em expandir suas atividades para outros países. “A exportação de produtos e marcas agregam valor à balança comercial do País e, por isso, é foco do governo federal. Para as redes as oportunidades geradas nos últimos anos estão se traduzindo em negócios”, explica Camargo.

A Tabela 5 traz a participação que cada um dos segmentos considerados pela ABF obteve no resultado de 2009. Muito embora a estratificação não leve em conta o tipo de

---

<sup>104</sup>ABF anuncia desempenho do setor de franquia e confirma crescimento de 14,7% no faturamento de 2009. Disponível em: <<http://falandodevarejo.blogspot.com/2010/03/abf-anuncia-desempenho-do-setor-de.html>> Acesso em: 08 ago. 2010.

franquia (industrial, produto ou serviço), mas o ramo do varejo em que atua, nota-se desde logo que o segmento de serviços possui uma grande representatividade frente aos demais, o que não significa que não haja franquias de serviços nos demais segmentos (por exemplo, ensino de informática é considerado no segmento de educação e treinamento, muito embora seja essencialmente serviço).

Tabela 5 – Participação de cada segmento no faturamento do *franchising* no Brasil (em bilhões de R\$)

Segmentos	2009	Participação (%)
Acessórios Pessoais e Calçados	3.727	5,90
Alimentos	10.929	17,32
Educação e Treinamento	5.194	8,22
Esporte, Saúde, Beleza e Lazer	9.867	15,64
Fotos, Gráficas e Sinalização	1.487	2,36
Hotelaria e Turismo	1.266	2,00
Informática e Eletrônicos	932	1,48
Limpeza e Conservação	625	0,99
Móveis, Decoração, Presentes e Mobiliárias	2.759	4,37
Negócios, Serviços e Outros Varejos	18.604	29,48
Veículos	2.630	4,16
Vestuário	5.100	8,08
<b>Total</b>	<b>63.120</b>	<b>100,00</b>

Fonte: Associação Brasileira de Franchising<sup>105</sup>

Assim, é preciso olhar para o *franchising* de serviços com uma atenção especial, pois, como dito anteriormente, é considerada a modalidade que possui maior diversidade e, por conta disso, também é o que tem obtido maior crescimento, sendo que esse crescimento pode trazer, por tabela, problemas na mesma escala, visto que o franqueado presta um serviço diretamente para o consumidor final e com pouca interferência do franqueador, idealizador do método para que a prestação de serviço seja feita adequadamente.

Torna-se importante analisar a responsabilidade que o *franchising* tem em relação ao consumidor, o que será feito no capítulo seguinte.

<sup>105</sup>ABF. Desempenho 2009-2008. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=11&codC=11&origem=sobreosetor>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

## 2 O *FRANCHISING* E A RESPONSABILIDADE EM RELAÇÃO AO CONSUMIDOR

Até o presente momento, neste estudo, abordou-se o relacionamento entre dois personagens no sistema de *franchising*: franqueador e franqueado. Da mesma forma, foram mencionados os aspectos ligados ao início e à formalização de tal relacionamento, elencando-se os elementos essenciais para a existência de um contrato de *franchising*. Entretanto, é preciso mencionar o terceiro personagem participante, que consiste no alvo a ser alcançado e principal motivador para que franqueador e franqueado sejam levados a selar um compromisso comercial e jurídico: o consumidor.

Muito embora o consumidor não faça parte diretamente do negócio estabelecido entre franqueador e franqueado, é preciso desde logo reconhecer a sua importância fundamental para o *franchising*, vez que o sistema somente encontra condições de sobreviver se houver interessados em adquirir os produtos e serviços idealizados pelo franqueador e comercializados pelo franqueado. E, como já se percebeu, o *franchising* apresenta particularidades em sua gênese que acabam por semear dúvidas também acerca das consequências advindas do relacionamento com os clientes finais, principalmente quando ocorrem problemas nessa relação.

Considerando que o foco do presente estudo é verificar os limites existentes entre as responsabilidades envolvidas no relacionamento que o franqueador e o franqueado têm para com o consumidor, torna-se imprescindível que se olhe mais atentamente em direção à responsabilidade sob três lentes: perante a Lei do *Franchising* (nº 8.955/94), o Código Civil (nº 10.406/01) e o Código de Defesa do Consumidor (nº 8.078/90).

Antes, entretanto, é preciso abordar a responsabilidade civil e seus principais pontos, a fim de facilitar o entendimento da análise posterior.

### 2.1 Responsabilidade

Maria Helena Diniz<sup>106</sup> ensina que a palavra “responsabilidade” é proveniente do verbo latino *respondere*, que indicava o fato de ter alguém se constituído garantidor de alguma coisa. Chama a atenção também para a raiz latina *spondeo* que o termo possui, significando este o modo pelo qual o devedor era vinculado nos contratos verbais no direito romano.

---

<sup>106</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 35.

Entretanto, a própria autora menciona que essa explicação acerca da origem da palavra é insuficiente para entender-se o significado que o termo responsabilidade traz consigo, sendo necessário explorar os dizeres de outros doutos acerca do assunto para se lograr êxito.

Antônio Houaiss<sup>107</sup> explica que, *lato sensu*, “responsabilidade é a obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros”. Ou seja, a ação exercida por uma pessoa gerará reações pelas quais ela, como causadora, poderá ser responsabilizada ou não. Pode-se fazer um paralelo com o Princípio da Ação e Reação, também conhecido como 3ª Lei de Newton, cujo enunciado diz que “se um objeto exerce uma força sobre outro objeto, este outro exerce uma força de mesma intensidade, de mesma direção, mas em sentido oposto”<sup>108</sup>. Newton propôs que toda força de ação está associada a uma força de reação, o que significa dizer que, em um relacionamento entre dois corpos, existirão sempre duas forças - ação e reação -, as quais, por estarem aplicadas em corpos distintos, nunca se equilibram.

De Plácido e Silva, semelhantemente a Houaiss, diz que, “em sentido geral, pois, responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa”<sup>109</sup>. A partir dessa e da definição mencionada anteriormente, é possível extrair-se dois aspectos em relação à responsabilidade em sentido geral: primeiro, que ela prescinde de uma atitude que tenha sido tomada por alguém e, segundo, que essa mesma atitude gerará uma reação pela qual quem lhe deu causa terá obrigação de responder.

Estabelecida a gênese da responsabilidade *lato sensu*, é preciso estreitar mais o assunto, de forma a focalizar a responsabilidade civil.

## 2.1.1 O sistema tradicional da responsabilidade civil

### 2.1.1.1 Breve histórico evolutivo das reações aos danos sofridos

Maria Helena Diniz<sup>110</sup> explica que, nos primórdios da História, a reação conjunta de um grupo contra o seu agressor era a solução utilizada para contrapor os prejuízos sofridos, ou seja, a vingança coletiva era o meio de punição. Da reação em grupo, evoluiu-se para a

<sup>107</sup>RESPONSABILIDADE. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Versão 3.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. CD-ROM.

<sup>108</sup>Isaac Newton (1643-1727), cientista inglês, publicou em 1687 a obra *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, na qual abordou a lei da gravitação universal e as três leis de Newton, que serviram de fundamento para a mecânica clássica, sendo até hoje considerada uma das publicações mais importantes da História da Ciência.

<sup>109</sup>SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.222.

<sup>110</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 9.

individual ou privada, modalidade por meio da qual o homem passou a fazer justiça pelas próprias mãos, propagando-se a chamada Lei de Talião, encontrada no Código de Hamurabi (cerca de 1700 a.C.)<sup>111</sup>, cuja síntese é conhecida pela expressão “olho por olho, dente por dente”. Até então, o poder público somente intervinha para coibir abusos, declarando quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação exercido, de forma que o causador da lesão recebesse dano idêntico.

A evolução social levou à *Lex Aquilia de damno*, norma fundada no argumento de que o dano deveria receber reparação pecuniária, fazendo com que o patrimônio do causador da lesão tivesse de suportar o ônus da reparação, levando-se em consideração o valor da coisa. Tal ideia conduziu a culpa ao patamar de fundamento do que se passou a entender como responsabilidade, de forma que o agente poderia isentar-se de qualquer incumbência se tivesse agido sem culpa. Assim, o dano passou a ser interpretado como consequência da conduta culposa por parte do agente. Contudo, não muito tempo depois, começaram a aparecer sanções baseadas nessa mesma lei, porém aplicadas a casos de prejuízo causados por omissão ou sem que tivesse havido estrago físico e material da coisa, representando um sinal de que a hegemonia da culpa enquanto alicerce da responsabilidade não tardaria a ser severamente questionada.

Maria Helena Diniz menciona que a teoria da responsabilidade civil somente estabeleceu-se por meio da doutrina, tendo sido o jurista francês Jean Domat (1625–1696)<sup>112</sup> a figura responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil, cujas ideias figuraram no Código Civil francês e acabaram por influenciar todas as legislações que estabeleceram a culpa como seu fundamento. O que estivesse fora do contexto da culpa, entretanto, como observa Paulo de Tarso Vieira Sanseverino<sup>113</sup>, seria obra do destino e, portanto, não indenizável:

Em 1804, o *Code Civil* confere uma roupagem jurídica para a nova ideologia dominante, protegendo a propriedade privada de forma absoluta (art. 544) e consagrando o princípio da autonomia da vontade no plano do direito contratual (art. 1.134). A liberdade individual foi elevada à condição de valor fundamental do direito privado.

Na responsabilidade civil, a força do princípio da autonomia da vontade expressou-se no conceito de culpa (*faute*). Somente os atos ilícitos voluntários, que fossem fruto da intenção do agente (dolo) ou que resultassem de um descuido (negligência ou imprudência), ensejavam o surgimento da obrigação de indenizar. Fora disso, os danos eram considerados frutos dos azares do destino, não obrigando ninguém por

<sup>111</sup>CÓDIGO de Hamurabi. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo\\_de\\_Hamurabi](http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi)>. Acesso em: 01 nov. 2010.

<sup>112</sup>JEAN Domat. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Jean\\_Domat](http://en.wikipedia.org/wiki/Jean_Domat)>. Acesso em: 01 nov. 2010.

<sup>113</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 43.

sua reparação. Estabeleceu-se, assim, o dogma da culpa: não há responsabilidade sem culpa.

Contudo, o passar do tempo e o surgimento de novas tecnologias revelaram a insuficiência da culpa como único fundamento para a responsabilidade civil. Sozinha, a culpa já não mais servia como justificativa a todos os prejuízos. O desenvolvimento industrial, a produção de itens em grande escala e a circulação das pessoas por meio de veículos automotores contribuíram para o desenho de um ambiente social novo e cheio de perigos tanto à vida quanto à saúde das pessoas.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino<sup>114</sup> cita em sua obra um exemplo de problema típico do que chamou de “risco anônimo”, na época em que os trens eram considerados uma grande evolução tecnológica na área de transportes. As fagulhas produzidas pelo atrito das rodas com os trilhos e as sobras de cigarros descartadas pelos passageiros contribuíam para causar incêndios nas lavouras de proprietários em cujas terras os trilhos passavam, representando, assim, grande prejuízo para os agricultores. Entretanto, tais danos não se encaixavam no contexto da culpa, cujo exame psicológico era até então necessário para apurar os responsáveis pelos prejuízos. A responsabilidade civil necessitava de um novo fundamento.

Também explica Sanseverino que, no fim do século XIX, o francês Raymond Saleilles passou a liderar um movimento que defendia a objetivação da responsabilidade em duas de suas obras<sup>115</sup>, propondo que a ideia da culpa fosse substituída pela de causalidade objetiva por meio de uma nova interpretação da palavra *faute* (culpa), utilizada no Art. 1.382 do Código Civil francês. O jurista afirmava que ela se referia apenas ao próprio fato causador do dano, não devendo haver questionamento do elemento psicológico. Também criticava a noção de culpa, reputando-a falsa e humilhante, ao mesmo tempo em que sugeria a ideia de que, em atenção à dignidade humana, cada pessoa deveria assumir os riscos de sua atividade.

No mesmo sentido, Louis Josserand desenvolveu uma obra<sup>116</sup> em que concentrou a atenção em torno da responsabilidade civil por fato de coisas inanimadas a partir da interpretação da jurisprudência francesa dada ao inciso I do Art. 1.384 do Código Civil francês, que entendia ser a presunção legal da culpa absoluta, a não ser que fosse verificada

<sup>114</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 44.

<sup>115</sup>“*Les accidents de travail et La responsabilité civile*” (Os acidentes de trabalho e a responsabilidade civil) e “*Essai d’une théorie générale de l’obligation d’après Le Projet Du Code Allemand*” (Ensaio de uma teoria geral das obrigações nos termos do Projeto do Código Alemão), extraídos de SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

<sup>116</sup>“*De La responsabilité du fait des choses inanimées*” (A responsabilidade das coisas inanimadas), extraído de SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

existência de força maior ou da culpa da vítima. Josserand sugeriu, após ampla análise da culpa, o seu completo banimento do contexto da responsabilidade civil, pois defendia a ideia de que as pessoas são responsáveis não somente pelos seus atos culposos, mas também pelos atos que causarem dano injusto às outras pessoas. Pregava a necessidade de se substituir a culpa pela ideia do risco, vez que o criador de uma situação arriscada deveria suportar suas consequências.

Eis que surgira então a ponderação sobre o risco; não para extinguir a culpa na apuração da responsabilidade, mas como fundamento de semelhante força do até então predominante foco e de necessária consideração para a ampliação do alcance da responsabilidade.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino comenta a respeito no novo fundamento:

Como a liberdade de iniciativa capitalista, necessária ao progresso econômico, continha uma grande dose de risco inerente à própria atividade, o titular do empreendimento, que objetivava o seu lucro pessoal, deveria responder pelo risco de sua atividade (*ubi emolumentum, ibi onus*).

Desse modo, a responsabilidade civil, em alguns casos determinados, passou a ser considerada objetiva. Conferiu-se maior importância ao dano sofrido pela vítima, como fator de desequilíbrio social, e se dispensou a presença de culpa no fato gerador da obrigação de indenizar.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz<sup>117</sup> menciona que o desenvolvimento humano ocasionara tamanhas mudanças que levou, conseqüentemente, a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil, o que a jurista chama de “processo de humanização”, o qual

[...] representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado. Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi onus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas consequências.

Segundo Sanseverino, a noção de risco é bastante antiga, tendo sido desenvolvida para solucionar situações em que ocorressem a deterioração ou destruição de bens devido a caso fortuito ou força maior. Em não havendo a identificação de comportamento culposo por parte de alguém envolvido na relação, o risco era atribuído ao titular do direito sobre a coisa atingida. Assim, via de regra, no direito das coisas, os riscos ficam por conta do titular do

---

<sup>117</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 11.

direito real, normalmente o seu proprietário. Em sentido semelhante, no direito das obrigações, os riscos são atribuídos, geralmente, ao credor.

Portanto, na responsabilidade pelo risco, o que ocorre é a socialização desse aspecto, sendo o dano suportado por pessoa diferente da prevista na regra geral mencionada há pouco. Em vez de considerar a própria vítima como culpada em situações nas quais essa verificação não restava provada, considerou-se mais justa a imputação da responsabilidade ao titular do empreendimento que ocasionara a ocorrência do evento.

Sobre a teoria do risco, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino conclui<sup>118</sup>:

Assim, a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Imputa-se a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas conseqüências lesivas de sua atividade.

Nota-se, pois, que a reação aos danos sofridos evoluiu consideravelmente ao longo da História, sendo o atual estágio, o da objetivação da responsabilidade civil, o que mais se aproxima do justo se analisado sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>119</sup>.

Contudo, as ideias vanguardistas dos juristas franceses não foram facilmente aceitas, tendo levado tempo considerável para que a doutrina civilista das mais diferentes nações afastasse a teoria da culpa como único fundamento da responsabilidade civil. E não foi diferente no Brasil.

Sanseverino menciona que, pouco a pouco, muito embora leis de maior importância, como o Código Civil brasileiro de 1916, não mencionassem qualquer aspecto acerca da responsabilidade objetiva, surgiram novas leis especiais que já demonstravam preocupação em extrapolar a teoria da culpa, como foi o caso do Decreto nº 2.681/12, que regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro, estabelecendo a obrigação das empresas em indenizarem os danos causados aos proprietários marginais pela exploração de suas linhas, não havendo qualquer menção à necessidade de ser comprovada culpa. Esta teria sido, segundo Sanseverino, a primeira manifestação concreta acerca da responsabilidade objetiva no direito brasileiro.

---

<sup>118</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

<sup>119</sup>Ibid., p. 47.

Orlando Gomes escancara a necessidade de mudança imposta pela evolução do pensamento em choque com o processo moroso de atualização dos Códigos:

Com a teoria da responsabilidade objetiva se está reproduzindo este espetáculo. Os Códigos resistem às suas investidas, ciosos de sua intangibilidade fátua. Mas, os fatos se revoltam contra os Códigos e, se não os dominam no primeiro arremesso, inspiram leis especiais, que quebram o monopólio do princípio geral. As relações especializam-se para exigir preceitos especiais, até o momento fatal em que o princípio geral rege número tão reduzido de relações que a regra passa a ser a exceção. Este fenômeno se está processando com a teoria objetiva da responsabilidade. Precisando vencer um princípio estratificado pela ação dos séculos, encontrou formidável resistência que não pôde ser eliminada no primeiro golpe. Mas, voltou à carga pelo sistema das guerrilhas, penetrando na legião através de preceitos contidos nas leis especiais, destinadas a reger grupos de relações para as quais se faz sentir mais necessária a adoção de novas idéias.<sup>120</sup>

Assim, entre a permanência da responsabilidade civil atrelada à conhecida teoria da culpa e a necessidade de uma legislação mais moderna que contemplasse novas formas de se encarar a responsabilidade pelos danos causados às pessoas, venceu a segunda vertente, o que trouxe ao direito brasileiro duas importantes leis prevendo esse avanço na análise da responsabilidade civil: o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), Códigos estes que voltarão a ser mencionados mais adiante e de maneira pormenorizada.

Dessa forma, mostra-se necessário explorar mais especificamente agora importantes aspectos acerca da responsabilidade civil, o que será feito a seguir.

#### *2.1.1.2 Conceito de responsabilidade civil*

Novamente, recorre-se a De Plácido e Silva<sup>121</sup> para definir o foco pretendido. Segundo o autor, responsabilidade civil

[...] é a expressão usada na linguagem jurídica, em distinção à responsabilidade criminal ou penal. Designa a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem. Revela-se, assim, ou melhor, resulta da ofensa ou da violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outrem.

Diante dessa explicação, fica ainda mais clara a similaridade entre a responsabilidade e o Princípio da Ação e da Reação comentado no início do capítulo em andamento. Elucidando: o sujeito X pratica uma ação sobre Y, ação que causou a este um dano, pelo qual Y reagirá em sentido contrário a X que, por sua vez, precisará responder por meio de

<sup>120</sup>GOMES, Orlando. Culpa x risco, in **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 37, nº. 83, 1940, p. 383.

<sup>121</sup>SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.222.

reparação ou ressarcimento. Se X não houvesse provocado dano a Y, não haveria motivos para que este reagisse contra X.

Maria Helena Diniz<sup>122</sup> conceitua o instituto da seguinte forma:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>123</sup>, por sua vez, delimita o campo de atuação da responsabilidade civil:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Vê-se que o autor liga responsabilidade civil com obrigação. No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho<sup>124</sup> conceitua responsabilidade civil, dando exemplos:

A responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último. Classifica-se como obrigação não negocial, porque sua constituição não deriva de negócio jurídico, isto é, de manifestação de vontade das partes (contrato) ou de uma delas (ato unilateral). Origina-se, ao contrário, de ato ilícito ou de fato jurídico. O motorista que desobedece às regras de trânsito e dá ensejo a acidente torna-se devedor da indenização pelos prejuízos causados: o ato ilícito (desobediência às regras de trânsito) gera sua responsabilidade civil. A seu turno, o empresário que fornece ao mercado produto ou serviço defeituoso deve indenizar os prejuízos derivados de acidente de consumo: o fato jurídico (explorar atividade econômica de fornecimento de produtos ou serviços) origina, aqui, a responsabilidade civil.

Torna-se importante também esclarecer a diferença entre as responsabilidades civil e criminal. A ilicitude pode ser tanto penal quanto civil. Entretanto, como a conduta penal descrita sempre é uma tipificação restrita, a princípio, a responsabilidade penal exige o dever de indenizar. É justamente por esse motivo que a sentença penal condenatória faz coisa julgada na área cível no que diz respeito ao dever de indenizar o dano proveniente da conduta do criminoso, conforme estabelecem os arts. 91, I, do Código Penal, 63, do Código de Processo Penal e 584, II, do Código de Processo Civil. No Brasil, as jurisdições civil e penal

<sup>122</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 36.

<sup>123</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4, p. 1.

<sup>124</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações - responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 266.

são independentes; entretanto, há reflexos da penal no juízo cível. Pode-se utilizar como exemplo a sentença absolutória que, por falta de provas quanto ao fato ou quanto à autoria, ou ainda quando reconhece um fato que tenha justificado a ação ilícita, não influencia em uma ação indenizatória.<sup>125</sup>

### 2.1.1.3 Espécies

Maria Helena Diniz<sup>126</sup> classifica a responsabilidade civil considerando três aspectos: quanto ao seu fato gerador, em relação ao seu fundamento e relativamente ao agente.

**Quanto ao seu fato gerador** – é comum a doutrina classificar a responsabilidade como contratual e extracontratual (ou, ainda, negocial e extranegocial; contratual e aquiliana). Entende-se por responsabilidade contratual aquela proveniente de um contrato, de um negócio jurídico formalizado, de uma obrigação preexistente. A ausência de formalidade é característica da responsabilidade extracontratual. Entretanto, o entendimento predominante, segundo Sílvio de Salvo Venosa, é o de que essa classificação seja meramente didática, visto que ambas as modalidades têm como fundamento a culpa. No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho entende que tal distinção não tenha relevância prática, vez que a indenização devida será igual, havendo ou não entre credor e devedor da obrigação de indenizar, uma relação negocial. É por essa razão que Coelho classifica a responsabilidade civil como obrigação não negocial. Para ele, quando ocorre o inadimplemento de contrato, a indenização dos danos é consectária, não influenciando o grau de culpa do lesante na estipulação de seu montante. Já na responsabilidade civil, o inadimplemento constitui a prestação em si, que recebe influência do grau de culpa do lesante na estipulação de seu valor.

**Em relação ao seu fundamento** – é importante fazer a distinção entre as duas espécies de responsabilidade civil, ambas já mencionadas na parte inicial do presente capítulo: a subjetiva e a objetiva. Coelho<sup>127</sup> as distingue da seguinte forma:

Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato ilícito e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos lícitos, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude da conduta do sujeito a quem se

<sup>125</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 20.

<sup>126</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 121.

<sup>127</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações - responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 269.

imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva.

Maria Helena Diniz ensina de maneira semelhante, mas utiliza as teorias da culpa e do risco para diferenciá-las. Para a autora, a responsabilidade subjetiva tem como justificativa a culpa ou o dolo por ação ou omissão lesiva a uma determinada pessoa, sendo necessária a prova da culpa do agente para que exista o dever de reparar. Já a responsabilidade objetiva baseia-se no risco, sendo irrelevante a conduta culposa ou dolosa daquele que causou o dano, vez que bastará a existência do nexo causal entre a ação do agente e o prejuízo sofrido pela vítima para que exista o dever de indenizar.

Fábio Ulhoa Coelho<sup>128</sup> sintetiza bem a função da responsabilidade objetiva:

A responsabilidade civil, quando objetiva, cumpre também a função de socialização de custos. Os exercentes de algumas atividades podem distribuir entre os beneficiários delas as repercussões econômicas dos acidentes, mesmo que não tenham nenhuma culpa por eles.

**Relativamente ao agente** – diz respeito ao lesante, ou seja, à pessoa que praticou a ação. Nesse sentido, a responsabilidade pode ser direta, espécie em que a própria pessoa imputada realizou a ação, ou indireta (complexa), se a ação foi praticada por terceiro, com o qual o agente tem relação legal de responsabilidade ou, ainda, de guarda sobre coisas inanimadas ou de fato de animal.

Mencionadas as espécies de responsabilidade civil, é preciso expor seus pressupostos.

#### *2.1.1.4 Pressupostos*

De acordo com Diniz<sup>129</sup>, a imprecisão doutrinária acerca dos pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil dificulta a caracterização dos elementos de maneira tranquila. Entretanto, a autora estabelece três itens essenciais:

**Ação** – é necessário que ocorra um ato humano, comissivo ou omissivo, podendo ser lícito ou ilícito, voluntário e imputável, praticado pelo próprio agente ou por terceiro, ou por coisa inanimada ou, ainda, um fato de animal, tendo tal ação causado dano a outrem, dano esse que gerará o dever de satisfazer aos direitos do lesado. Como já exposto anteriormente, a responsabilidade que decorre de ato ilícito tem como base a ideia de culpa, enquanto que a

<sup>128</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações - responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 287.

<sup>129</sup>DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 47.

responsabilidade sem culpa baseia-se no risco. O lesante pode ter um comportamento de comissão, em que pratica um ato que não deveria, ou de omissão, fundado na não observância de um dever de agir ou da prática de determinado ato que deveria realizar-se. A ação deve, ainda, ser voluntária, ou seja, ser controlada pela vontade do agente.

**Dano** – podendo ser moral ou patrimonial, é o revés sofrido pela vítima da ação comissiva ou omissiva do agente ou por parte de terceiro por quem o imputado responde, ou, ainda, por um fato de animal ou coisa que esteja a ele vinculada. Não há que se falar em responsabilidade civil sem dano, o qual deverá ser certo, podendo envolver um bem ou um interesse jurídico, havendo necessidade de se provar concretamente a lesão sofrida. Importa ressaltar que o dano moral pode ser cumulado com o patrimonial.

**Nexo de causalidade entre o dano e a ação** – trata-se do vínculo entre o agente e o dano causado por este, não existindo possibilidade de se falar em responsabilidade sem a existência desse elemento. Se o lesado sofreu um dano e este não foi produzido pela conduta do réu, não há sentido em se considerar o pedido de indenização procedente. É necessário também lembrar de que o nexo de causalidade depende da não existência de causas excludentes de responsabilidade, as quais serão vistas em seguida.

Já Fábio Ulhoa Coelho separa os pressupostos de responsabilidade civil de acordo com a espécie, considerando para a responsabilidade subjetiva: a) culpa do devedor; b) dano patrimonial ou extrapatrimonial do credor e, c) relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano do credor. No caso da responsabilidade objetiva, considera: a) dano patrimonial ou extrapatrimonial do devedor e, b) relação de causalidade entre ato ou atividade do devedor e o dano do credor. Entretanto, é possível perceber os elementos considerados por Maria Helena Diniz também nessa reorganização, havendo diferenças em nomenclatura e disposição de elementos, o que confirma a ideia da autora quando afirmou não haver consenso entre os doutrinadores acerca dos pressupostos da responsabilidade civil.

#### *2.1.1.5 Excludentes*

Segundo Sílvio de Salvo Venosa<sup>130</sup>, são excludentes de responsabilidade civil as situações em que ocorre o rompimento do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano causado por este a outrem. Em ocorrendo qualquer uma delas, não há que se falar em responsabilidade civil.

---

<sup>130</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4, p. 56.

Maria Helena Diniz estabelece que há seis excludentes de responsabilidade, a saber:

- culpa exclusiva da vítima, sendo que essa situação exclui qualquer responsabilidade que o causador do dano porventura tenha. Todos os prejuízos devem ser arcados pela vítima, sendo o agente causador considerado somente um instrumento por meio do qual ocorreu o acidente, não havendo nexos entre o lesante e o dano causado por este;

- culpa concorrente, em que tanto o lesante quanto a vítima contribuíram para a ocorrência do dano. Via de regra, a indenização nesse caso é procedente, porém diminuída, tendo em vista que agente e vítima contribuíram, por meio de negligência, imperícia ou imprudência, para que o dano acontecesse. Importa ressaltar que não desaparece o nexo causal nessa hipótese; haverá somente uma atenuação da responsabilidade;

- culpa comum, que não se confunde com a culpa concorrente. Nesta, as ações do agente e da vítima, independentemente tomadas, ocasionaram no dano percebido. Já no caso da culpa comum, tanto agente quanto vítima causam culposamente e em conjunto o mesmo dano, o que dá ensejo à compensação de reparações. Ocorre a neutralização de responsabilidades, eliminando, assim, a necessidade de alguém ter de indenizar alguém;

- culpa de terceiro, situação em que o dano é causado por qualquer pessoa exceto a vítima ou o agente. Aqui, se alguém for demandado para indenizar um prejuízo que lhe tenha sido imputado pelo autor, poderá pedir exclusão de sua responsabilidade se a ação que provocou o dano for de exclusiva culpa do terceiro;

- força maior ou caso fortuito, cuja inevitabilidade elimina a culpabilidade, o que cessa, por sua vez, a responsabilidade;

- cláusula de não indenizar, a qual exclui a responsabilidade civil, não por desaparecer o liame de causalidade, mas em razão da própria convenção entre as partes (exceto nos casos em que o consumidor for pessoa física, visto que a Lei nº 8.078/90 não permite a utilização de tal cláusula).

Mencionadas as excludentes, é importante enfatizar o papel que Fábio Ulhoa Coelho atribui à responsabilidade. O autor vê o instituto como mecanismo de prevenção: no caso da responsabilidade subjetiva, sancionando o ato ilícito, desestimula a sua prática; se na seara da responsabilidade objetiva, ao tratar a indenização como custo gerado pela atividade, estimula a prevenção dos acidentes ou prejuízos como forma de racionalizar a economia.

## **2.2 A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor**

O sistema de *franchising*, como exposto no Capítulo 1, é um formato relativamente novo de relacionamento comercial, sendo um de seus principais objetivos a expansão das atividades de uma marca, de forma a alcançar o maior número possível de consumidores, sem demandar, entretanto, grandes investimentos por parte do proprietário da marca para tal. Assim, o cliente que adquire um produto ou um serviço por meio de uma franquia, na grande maioria das vezes não percebe que, na verdade, está lidando com duas empresas distintas: o franqueador e o franqueado, ou seja: há dois fornecedores distintos envolvidos com o consumidor.

Essa particularidade não suscita consequências relevantes quando a relação de consumo se realiza dentro do esperado. Entretanto, a partir do momento em que ocorrem os chamados acidentes de consumo, a situação torna-se mais complexa, razão pela qual é necessário esclarecer pontos atinentes à responsabilidade dos fornecedores perante o consumidor e, mais especificamente, nas situações em que o *franchising* esteja presente, à luz do Código de Defesa do Consumidor.

### 2.2.1 Definição de consumidor

De acordo com Cláudia Lima Marques<sup>131</sup>, definir o consumidor não é uma tarefa simples, nem mesmo para a lei. A autora sustenta que a complexidade existente no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) pode ser percebida desde o momento em que o legislador tencionou definir o sujeito a quem desejava proteger, tendo se valido de quatro normas para tal:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

[...]

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

[...]

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.<sup>132</sup>

Também acerca da dificuldade em se definir o consumidor, Leonardo de Medeiros Garcia<sup>133</sup> segue raciocínio semelhante ao de Cláudia Lima Marques, nomeando a definição

<sup>131</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69.

<sup>132</sup>BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2010.

estabelecida pelo Art. 2º, *caput*, como o “consumidor *stricto sensu* ou *standard*”, sendo os demais supracitados considerados “consumidores equiparados”. Assim, o consumidor não é visto somente enquanto indivíduo, como uma pessoa que possui direitos individuais, mas também sob uma ótica meta ou transindividual, ou de grupo.

Marques<sup>134</sup> menciona, ainda, outros cuidados referentes à definição de consumidor:

O consumidor é uma definição também ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. Visa também defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais. É uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas.

No CDC, também, a definição de consumidor não distingue entre o adquirente de produtos e o usuário de produtos, nem entre o objeto da relação de consumo, se uso de produtos ou de serviços – logo, não conhecemos, como a Argentina, uma diferenciação entre o consumidor e o usuário: para o CDC, todos são consumidores. É assim que, nas quatro definições do CDC, muitos verbos e conceitos indeterminados são usados para descrever a atividade do sujeito (adquirir ou utilizar, produto ou serviço), para descrever uma situação ou um papel (intervir na relação de consumo, expostos a práticas, destinatário final, vítima de fato de produto ou do serviço). Mister, por fim, repetir que o conceito de consumidor, no novo direito privado brasileiro, não deixa de ser também um conceito relacional, como vimos no número anterior: o consumidor aparece quando há um fornecedor na relação.

A evidente complexidade da questão é reforçada quando a autora expõe as duas teorias existentes acerca do conceito de consumidor frente à definição principal do Art. 2º do CDC: a finalista e a maximalista.

De acordo com a teoria finalista, o destinatário final é aquele chamado destinatário fático e econômico do bem ou do serviço, podendo ele ser pessoa física ou jurídica. Ou seja, não basta que o produto tenha sido por ele retirado da cadeia de produção; é necessário que o consumidor seja seu destinatário final, o que significa dizer que não deve adquirir produto ou serviço para revenda, para uso profissional. Dessa forma, a figura do consumidor fica restrita àquele que utiliza ou adquire um produto para uso próprio e da família, o não profissional, visto que a finalidade do CDC é tutelar o grupo social considerado mais vulnerável. Já a teoria maximalista defende que o Art. 2º deva ter a interpretação mais abrangente possível, considerando a definição do mencionado artigo puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tenha ou não fim de lucro no momento em que adquire um produto

<sup>133</sup>GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 24.

<sup>134</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69.

ou utiliza um serviço. Assim, o destinatário final, para os maximalistas, é o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o usa, o consome.

Cláudia Lima Marques, adepta da teoria finalista, vê como principal problema da teoria oposta o fato de que esta transforma o direito do consumidor em uma espécie de direito privado geral, visto que faz com que a maior parte dos contratos comerciais previstos no Código Civil seja dele retirada, uma vez que comerciantes e profissionais também podem ser considerados consumidores, mas de forma intermediária, de insumos para a atividade-fim de cada um, para produção e distribuição. Defende veementemente seu ponto de vista:

No Código Civil (e na parte primeira do Código Comercial agora revogado), o privilegiado geralmente é o vendedor, que assume o risco de transferir seu produto para o outro profissional; no CDC, a proteção é do comprador, destinatário final, o consumidor. A pergunta aqui é por que proteger o comprador-profissional, por que proteger um fornecedor frente ao outro. As relações entre iguais estão bem reguladas pelo Código Civil de 2002, pelo que restou do Código Comercial de 1850 e pelas leis especiais privilegiadoras dos comerciantes.

Entretanto, a autora menciona que a matéria já se encontra atualmente pacificada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), tendo este optado por seguir a posição finalista depois de 14 anos de intensa discussão.

Assim, o consumidor deve ser entendido como a parte vulnerável em uma relação de consumo, sendo a vulnerabilidade explicada por Marques<sup>135</sup> como

[...] uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Sílvio de Salvo Venosa<sup>136</sup> esclarece que, antes da promulgação da Lei nº 8.078/90, não existia proteção eficiente para o consumidor, que ficava então subordinado ao que chama de “princípios ortodoxos” da responsabilidade civil.

Definido o consumidor, é necessário entender mais sobre o outro integrante da relação de consumo: o fornecedor.

<sup>135</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 73.

<sup>136</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4, p. 256.

### 2.2.2 Definição de fornecedor

Cláudia Lima Marques sustenta que, ao se definir o consumidor, define-se também o fornecedor, uma vez que, em sendo a definição do primeiro relacional, um somente pode existir em função da presença do outro. É baseada nessa forte ligação entre os dois elementos da relação de consumo que a autora justifica a amplitude concedida pelo legislador à definição de fornecedor no CDC, encontrada em seu Art. 3º:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.<sup>137</sup>

Dessa forma, afirma Marques que, em sendo ampla a definição de quem é considerado fornecedor perante a lei, aumenta-se também a possibilidade de se proteger um maior número de relações por meio do CDC.

Leonardo de Medeiros Garcia esclarece, ainda em relação à definição dada pelo Art. 3º do CDC, que “a chave para se encontrar a figura do fornecedor está na expressão ‘desenvolvem atividade’”<sup>138</sup>, dando a entender que o agente que pratica determinada atividade de forma habitual é que será, efetivamente, considerado fornecedor. Cita como exemplo uma escola. Quando esta oferece cursos não gratuitos no mercado e pelo fato de desenvolver atividade de ensino, é considerada fornecedora. Entretanto, quando a escola resolve vender um veículo de uso administrativo, não será considerada, nesse caso, fornecedora, visto que não é sua atividade habitual a compra e venda de veículos.

Muito importantes, juntamente com a definição de fornecedor, são as definições que a lei dá para produtos e serviços, que compõem o mesmo Art. 3º:

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Segundo Cláudia Lima Marques, no tocante ao fornecimento de produtos, o critério considerado caracterizador é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, tais como a comercialização, produção ou importação, também havendo indicação da necessidade da presença de certa habitualidade, como a transformação ou a distribuição de produtos. A

<sup>137</sup>BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2010.

<sup>138</sup>GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 25.

autora ensina que essas características excluem da apreciação do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, visto que considerados puramente civis e, por essa razão, sujeitos à aplicação do Código Civil. Assim, produto pode ser entendido como qualquer bem, consumível fisicamente ou não, novo ou usado, móvel ou imóvel, fungível ou infungível, principal ou acessório, material ou imaterial.

Já em relação ao fornecimento de serviços, Marques explica que, por ter o mencionado artigo trazido uma definição mais concisa sobre o assunto, abriu-se a oportunidade de se ter uma interpretação mais ampla. O critério caracterizador, nesse caso, é o de “desenvolver atividades de prestação de serviços mediante remuneração”, não havendo especificações acerca da necessidade de o fornecedor ser um profissional, por exemplo, mas sendo suficiente que a atividade desenvolvida por ele seja habitual ou reiterada. E, ainda que a remuneração seja um critério caracterizador para a aplicação do CDC aos serviços, a autora esclarece que os serviços podem ser gratuitos e estar sujeitos à referida lei, até mesmo os considerados “amostras grátis”. Tal medida vem sendo adotada pela jurisprudência devido à crescente prática comercial de enviar produtos ditos gratuitos, brindes, prêmios etc., os quais ensejavam cobranças posteriores, causando contrariedade a um número grande de consumidores.

Conclui Marques:

Em outras palavras, a expressão utilizada pelo art. 3º do CDC para incluir todos os serviços de consumo, “mediante remuneração”, é sábia, adaptada ao mundo atual, onde tudo pode parecer “gratuito” (o consumidor idoso, por exemplo, não paga o transporte urbano), mas é sabidamente remunerado e não uma atividade de cortesia ou benesse, logo, é suficientemente abrangente. Em verdade, significa uma troca intencional entre a clássica classificação dos negócios como “onerosos” e gratuitos por remunerados e não remunerados.

[...]

Conclui-se, pois, que, no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, há “enriquecimento” dos fornecedores pelos serviços ditos “gratuitos”, que é justamente sua remuneração. Importante que estes estejam submetidos ao CDC.<sup>139</sup>

Uma questão importante também acerca da definição de fornecedor é entender claramente que, muito embora a autora identifique serem geralmente os empresários considerados fornecedores frente ao CDC, o fato é que a lei ampliou esse entendimento, estendendo-o àqueles que não são empresários perante a legislação.

---

<sup>139</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 83-84.

O Código Civil<sup>140</sup> define “empresário” em seu Art. 966, *caput*, estabelecendo que pode ser considerado como tal a pessoa que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Segundo Fábio Ulhoa Coelho<sup>141</sup>, três são os elementos em que se desdobram essa definição:

a) *atividade econômica organizada*: entende-se por atividade econômica aquela que possui condições de gerar lucro a quem a explora, ou seja, a que tem potencial de lucratividade, muito embora não haja garantias de que ela venha realmente a gerar lucros, havendo sempre risco de insucesso. Entretanto, não basta somente o exercício de atividade econômica; esta deve ser considerada organizada, característica que diz respeito à forma pela qual a atividade é explorada. Coelho explica melhor:

O exercente de atividade econômica considera-se empresário, para efeitos técnicos, quando lhe dá um determinado nível de organização, isto é, quando emprega mão de obra, compra insumos, adquire ou desenvolve tecnologia e investe em capital num determinado volume característico da empresarialidade.<sup>142</sup>

Sendo assim, é preciso que o empresário, para ser considerado como tal, exerça organizadamente atividade econômica.

b) *produção ou circulação de bens ou serviços*: a produção de bens diz respeito à indústria e à construção civil, enquanto que a circulação de bens corresponde à atividade comercial de intermediação na cadeia de escoamento de mercadorias. Também é importante frisar que produção de serviços é sinônimo de prestação de serviços e, da mesma forma que a circulação de bens, a circulação de serviços também corresponde à intermediação, mas da prestação de serviços. Importa lembrar, entretanto, que só é considerado tecnicamente empresário aquele que produz ou faz circular bens ou serviços de forma organizada;

c) *profissionalidade*: segundo Coelho, este elemento desdobra-se em outros dois – habitualidade e intuito lucrativo. Pelo primeiro, entende-se que a atividade econômica exercida pelo empresário, para assim ser considerado, deverá ser usual, ou seja, praticada com regularidade. Pelo segundo elemento, conclui-se que o empresário deve ter como mote de sua atividade econômica o lucro. Nesse caso, desconsideram-se atividades econômicas que não visem a geração de lucros, o que faz com que as pessoas que idealizem tais atividades não sejam consideradas empresárias.

<sup>140</sup>BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2010.

<sup>141</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: obrigações - responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 366.

<sup>142</sup>Ibid., p. 367.

Assim, diante da amplitude que o CDC dá à definição de quem pode ou não ser considerado fornecedor, ousa-se estabelecer o entendimento de que todo empresário pode ser considerado um fornecedor, mas nem todo fornecedor pode ser considerado empresário. Entretanto, é importante lembrar a visão da definição relacional já mencionada anteriormente, a qual estabelece que o fornecedor somente pode ser assim definido quando da presença de um consumidor na relação.

Um último ponto a ser ressaltado em relação ao fornecedor é a especificação que o CDC faz referente ao que se chama de cadeia de fornecimento, a qual pode ser inicialmente entendida diante da já mencionada amplitude presente no Art. 3º, que nomeia como fornecedor desde o produtor quanto o distribuidor, passando por outras atividades descritas no texto da lei que envolvam o fornecimento de produtos ou serviços, não importando a sua relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual, com o consumidor.

Cláudia Lima Marques explica que, no momento em que o CDC menciona fornecedores, refere-se a todos os profissionais que se encontrem envolvidos na cadeia de fornecimento da sociedade de consumo, seja fabricando, produzindo, transportando, distribuindo produtos ou criando e executando serviços. Adicionalmente, ressalta que o parágrafo único do Art. 7º do CDC especifica que há solidariedade na referida cadeia: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Entretanto, o próprio Código prevê exceções e exclusões, como, por exemplo, no caso de produtos defeituosos, hipótese em que os comerciantes podem ser considerados responsáveis subsidiários (artigos 12 e 13), independentemente de culpa. Nos demais casos, a lei entende que a responsabilidade é da cadeia como um todo e solidária, tal como especificado nos artigos 14, *caput*, 18 e 20 do CDC. Assim, conclui Marques que “o método do CDC foi de considerar fornecedor e daí responsável toda a cadeia e de nominar os fornecedores responsáveis, caso não sejam todos os presentes na cadeia”.<sup>143</sup>

Por fim, a autora menciona uma teoria criada por Leonardo Bessa: a do fornecedor “equiparado”. Tal teoria defende que, diante da situação de vulnerabilidade principal no mercado de consumo, chegou-se a uma espécie de ampliação do campo de aplicação do CDC por meio de uma nova visão alargada do Art. 3º. Tal “alargamento” levou ao fornecedor-equiparado, entendido como o terceiro na relação de consumo, sendo apenas um intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, que atua frente a um consumidor ou a um grupo de consumidores tal como se fornecedor fosse. A autora finaliza sobre o tema:

---

<sup>143</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 84.

A figura do fornecedor equiparado, aquele que não é fornecedor do contrato principal de consumo, mas é intermediário, antigo terceiro, ou estipulante, hoje é o “dono” da relação conexa (e principal) de consumo, por deter uma posição de poder na relação outra com o consumidor. É realmente uma interessante teoria, que será muito usada no futuro, ampliando – e com justiça – o campo de aplicação do CDC.<sup>144</sup>

Assim, ressaltam-se as questões da cadeia de fornecimento e do fornecedor equiparado, que serão novamente abordadas mais adiante quando da análise dos participantes do sistema de *franchising* enquanto fornecedores.

### 2.2.3 A responsabilidade civil pelos acidentes de consumo

#### 2.2.3.1 Acidentes de consumo

As Seções II e III atinentes ao Capítulo IV do CDC trazem como títulos “Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço” e “Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço”, respectivamente. Entretanto, segundo Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, a doutrina costuma utilizar mais, em vez de “fato do produto ou do serviço”, a expressão “acidentes de consumo”, por entendê-la mais adequada à dimensão que referido Código deseja dar ao problema.

Explica Sanseverino<sup>145</sup> que o fato, podendo este ser próprio, de outrem, de animais e da coisa, é pressuposto na responsabilidade civil tradicional, incluindo-se todas essas modalidades no conceito de ato ilícito, que exige um ato humano no que chama de suporte fático, uma vez que o direito brasileiro adota o princípio da transjetivação, pelo qual mesmo o fato da coisa ou fato do animal são considerados atos ilícitos, vinculados a uma pessoa. Diante disso, questiona o autor se não seria possível, ao invés de utilizar a expressão “fato de consumo”, substituí-la por “ato de consumo” e, por consequência, também empregar “ato ilícito de consumo”. Respondendo a si próprio, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino vê como possível a utilização de ambas as expressões, muito embora julgue a segunda inconveniente, pelo fato do elemento ilicitude, ainda que presente no conceito de defeito, não ser elemento autônomo do suporte fático do fato gerador da responsabilidade civil.

Ensina o autor:

---

<sup>144</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 86.

<sup>145</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 115.

Desprezado o elemento culpa do suporte fático do fato de consumo e presumido o elemento ilicitude, observa-se que, frequentemente, o fornecedor é responsabilizado por fatos puramente acidentais provocados por produtos ou serviços no mercado de consumo, que, muitas vezes, podem não apresentar qualquer defeito. No direito brasileiro, essa situação é bastante clara, sendo suficiente observar que, se o fornecedor não demonstrar, nos termos do art. 12, § 3º, inciso II, e do art. 14, § 3º, I, do CDC, a inexistência de defeito, será obrigado a indenizar os danos sofridos pelo consumidor em decorrência da utilização de determinado produto ou serviço, ainda que, na realidade, não seja defeituoso. Por isso, muitos autores optaram pela utilização da expressão “acidentes de consumo”.<sup>146</sup>

No mesmo sentido, escreve Antônio Herman V. Benjamin, citando Aguiar Dias:

Não há nada tão incongruente como expressar em responsabilidade por fato da coisa a que deriva de acidentes ocorridos com veículos ou objetos de nossa propriedade ou sob nossa guarda, porque a coisa não é capaz de fatos.<sup>147</sup>

Assim, conclui Benjamin pela adequação da expressão “acidentes de consumo”, defendendo o destaque que dá à consequência da responsabilidade, enquanto que “fato do produto ou serviço” enfatiza o elemento material causador da responsabilidade. O autor ressalta que não é a origem do fato o dado fundamental da questão, mas sim a “localização humana de seu resultado”, ou seja, o acidente de consumo.

Ainda assim, entende Sanseverino que, muito embora a maior parte da doutrina prefira a utilização de “acidentes de consumo”, tanto o seu emprego como a de “fatos de consumo” ou “atos de consumo” ilustram apenas faces diversas de um mesmo assunto, podendo ser utilizadas como sinônimos para expressar o mesmo fenômeno jurídico.

### 2.2.3.2 *Distinção entre defeito e vício*

Em seus artigos 12 a 17, o CDC resguarda o consumidor frente a produtos e serviços presentes no mercado de consumo que não apresentem a esperada segurança, sendo, por isso, possíveis causadores de danos à saúde e ao patrimônio dos consumidores. Entende-se que o bem tutelado é a segurança física e patrimonial do consumidor contra os danos causados pelos acidentes de consumo.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino menciona que, em um cenário ideal, todos os danos causados à sociedade de consumo deveriam ser indenizados. Entretanto, como essa totalidade

<sup>146</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 115-116.

<sup>147</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 114.

não é viável, sob pena de inviabilizar a atividade produtiva, são estabelecidas certas limitações para a responsabilização dos fornecedores, sendo a primeira delas a de que somente os danos causados por um produto ou serviço defeituosos devam ser indenizados. Ou seja, é necessário que o defeito no produto ou serviço esteja caracterizado para que nasça a obrigação de indenizar.

O autor comenta que a legislação não fornece um conceito preciso acerca do que seja defeito, não estabelece uma definição que consiga agregar a totalidade de situações possíveis na vida social. Ao invés disso, optou por uma cláusula geral, medida acertada na visão do jurista, dada a complexidade social e o incessante avanço tecnológico, razões estas mais do que suficientes para se refutar um conceito fechado de defeito.

Sanseverino entende que “são considerados defeituosos os produtos ou serviços que não apresentam a segurança que deles legitimamente se espera na sociedade de consumo”<sup>148</sup>. O autor também vê o respeito ao princípio da boa-fé como norteador do conceito de defeito:

O conceito de defeito relaciona-se diretamente à ideia de segurança do produto ou do serviço, que se situa como eixo normativo dessa cláusula geral de responsabilidade civil. Como os produtos e serviços devem circular no mercado de consumo sem colocar em risco a integridade física e patrimonial dos consumidores, atribui-se aos fornecedores dever geral de segurança em relação aos consumidores, que têm sua matriz no princípio da boa-fé objetiva.<sup>149</sup>

A questão da boa-fé objetiva cria um dever geral de segurança para os fornecedores, impondo-lhes a obrigação de somente lançarem no mercado produtos e serviços seguros para o consumidor. Segundo Sanseverino, não há como exigir-se segurança absoluta, o que é impossível na vida social. Sustenta, entretanto, que a exigência é feita no sentido de que esses produtos e serviços apresentem a segurança legítima e razoavelmente esperada pelo consumidor.

No mesmo sentido, entende Fábio Ulhoa Coelho sobre defeito:

Fornecimento defeituoso [...] é aquele em que o produto ou serviço apresenta uma impropriedade, e é ela que provoca o dano ao consumidor. [...] o consumidor utiliza o produto ou serviço tal como deveria, e encontra-se normalmente bem informado acerca dos riscos envolvidos. O acidente de consumo acontece porque há alguma coisa errada no fornecimento.<sup>150</sup>

<sup>148</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123.

<sup>149</sup>Ibid., p. 124.

<sup>150</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações - responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 374.

Antônio Herman V. Benjamin menciona, tal como os demais autores já citados, que “o elemento central para a construção do conceito de defeito é a carência de segurança”<sup>151</sup>.

Quanto às espécies de defeitos, o autor esclarece que estes são divididos de acordo com a sua origem, podendo ser defeitos de fabricação, defeitos de concepção e defeitos de comercialização, sendo todos expressamente previstos no CDC:

- defeitos de fabricação: Benjamin explica que o Art. 12, *caput*, deixa clara a imposição de que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são responsáveis pelos danos causados aos consumidores por “defeitos decorrentes de [...] fabricação, [...] montagem, [...] manipulação, [...] ou acondicionamento de seus produtos”. Segundo o autor, esses defeitos, assim como os de projeto e de informação, produzem efeitos jurídicos, dentre os quais os mais importantes estão o dever de proceder ao chamado *recall*<sup>152</sup> e a obrigação de reparar os danos causados;

- defeitos de concepção: segundo o autor, o mesmo Art. 12, *caput*, também determina que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são considerados responsáveis pelos danos causados por defeitos que decorram de projetos ou fórmulas. Esses defeitos, conhecidos também pelas denominações de formulação, construção ou de design, dão ensejo à reparação dos danos que tenham causado;

- defeitos de comercialização: por fim, o Art. 12, *caput*, determina que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são responsáveis pelos danos causados por defeitos que decorram da apresentação dos produtos, assim como por informações insuficientes ou não adequadas acerca de sua utilização e riscos. Antônio Herman V. Benjamin menciona, especificamente sobre essa espécie:

O dever de informar é, como regra, cumprido *a priori*, isto é, antes da colocação do produto ou serviço no mercado. Normalmente precede ou acompanha o produto ou a prestação do serviço. Entretanto, quando o fornecedor só vier a tomar conhecimento do risco após a comercialização do bem de consumo, cabe-lhe, então, cumprir seu dever de informar *a posteriori* (art. 10, § 1º). O que não lhe é lícito é calar sobre aquele risco de que só posteriormente veio a saber. De qualquer modo, a informação posterior não impede a obrigação de indenizar, caso o consumidor não seja alcançado a tempo.<sup>153</sup>

<sup>151</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.

<sup>152</sup>*Recall* é uma palavra de origem inglesa cuja tradução é “mandar voltar”. Trata-se de uma solicitação de devolução de um lote ou de uma linha inteira de produtos feita pelo fabricante dos mesmos. Geralmente, as empresas adotam essa medida quando descobrem problemas relativos à segurança do produto, sendo comumente utilizado por montadoras de carros.

<sup>153</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 128-129.

Enquanto defeitos são falhas do produto ou do serviço que colocam em risco a segurança do consumidor, podendo lhe causar danos pessoais ou patrimoniais, vícios são considerados falhas, aparentes ou ocultas, que normalmente afetam apenas o produto em si ou o serviço, de forma a torná-los inadequados ao uso a que estavam destinados, por deixarem de apresentar a qualidade ou a quantidade esperada pelo consumidor, até mesmo por deficiência de informação.

Fábio Ulhoa Coelho define vício, dando exemplos:

[...] o fornecimento é viciado quando a impropriedade no produto ou serviço existe, mas é inócua, no sentido de não causar danos de monta aos consumidores. Se o eletrodoméstico simplesmente não funciona, o pacote não contém a quantidade indicada do produto, a agência de turismo esqueceu-se de comunicar a reserva ao hotel, o banco não informou adequadamente o correntista sobre as taxas que cobra por seus serviços, ou, em casos semelhantes, o consumidor sofre dissabores e prejuízos de pouca importância, mas a impropriedade é sanada com o conserto ou troca do produto, reexecução do serviço, desfazimento do contrato ou indenização.<sup>154</sup>

Seguindo a mesma linha de Coelho, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino distingue vícios de defeitos:

As principais diferenças entre os vícios e os defeitos referem-se ao bem jurídico tutelado, à existência de vínculo contratual e aos efeitos produzidos. No defeito, o bem jurídico tutelado é a segurança física e patrimonial do consumidor, enquanto que nos vícios, protege-se a adequação do produto ou serviço à finalidade a que se destina.

Nos defeitos, não há necessidade de vínculo contratual entre o consumidor prejudicado e o fornecedor responsável. Já nos vícios, apesar da ampliação do sistema de solidariedade (art. 25, §§ 1º e 2º, do CDC) entre os fornecedores, há necessidade de uma cadeia contratual a unir o consumidor e o fornecedor responsável.

Finalmente, os vícios e os defeitos apresentam regimes jurídicos diversos. Nos vícios, a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços é mais restrita: substituição do produto, reexecução do serviço, rescisão do contrato, abatimento no preço, perdas e danos. Nos defeitos, a responsabilidade é mais extensa, devendo ser reparada na totalidade dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pelo consumidor.<sup>155</sup>

É importante, ainda, salientar a diferença que CDC deu ao tratamento dos vícios em relação ao Código Civil, analisado em sua versão anterior, a de 1916, vigente à época da promulgação da lei consumerista. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino<sup>156</sup> menciona que o Código Civil, quando da regulação dos vícios redibitórios, equiparou os vícios e os defeitos

<sup>154</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações - responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 374.

<sup>155</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 165-166.

<sup>156</sup>Ibid., p. 164-165.

ocultos da coisa, o que poderia levar à ideia de que fossem sinônimos. De forma contrária, o CDC optou por regular de forma separada vícios e defeitos, tendo sido a garantia por vícios amplamente reformulada, estabelecendo efeitos bem diferentes para cada um, conforme exposto na citação feita há pouco. Além disso, o autor estabeleceu seis diferenças que existiam entre ambas as leis, a saber:

Tabela 6 – Principais diferenças entre o Código Civil de 1916 e o Código de Defesa do Consumidor na disposição sobre vícios

Código Civil de 1916	Código de Defesa do Consumidor
Garantia o adquirente apenas em relação a vícios ocultos.	Englobou vícios ocultos e aparentes.
Abrangia somente os vícios da coisa.	Abrangeu os vícios do produto e do serviço que envolvessem qualidade, quantidade e informação deficiente.
A responsabilidade envolvia somente o vendedor ou alienante.	Estabeleceu-se solidariedade entre todos os integrantes da cadeia de fornecimento.
Regra dispositiva concedia a garantia, que podia ser atenuada ou excluída pelas partes por meio de cláusula contratual.	Regra cogente estabeleceu a responsabilidade, de natureza legal, não podendo ser nem atenuada, nem excluída por cláusula em contrato.
Estabelecia somente os efeitos de rescisão do contrato ou abatimento do preço, vez que as perdas e danos exigiam má-fé do vendedor.	Efeitos foram ampliados.
Prazos eram exíguos (15 dias para bens móveis e 6 meses para bens imóveis, a contar da tradição da coisa).	Ampliou prazos, modificou o termo inicial e estabeleceu causas de interrupção do prazo decadencial.

Por fim, tanto Fábio Ulhoa Coelho quanto Paulo de Tarso Vieira Sanseverino chamam a atenção para o fato de que, na responsabilidade civil por acidentes de consumo, a preocupação da legislação refere-se apenas à reparação dos danos causados por defeito de produtos e serviços que se mostrem nocivos à segurança física e patrimonial dos consumidores ou, até mesmo, de simples usuários.

### 2.2.4 A objetividade na responsabilização do fornecedor

Antônio Herman V. Benjamin<sup>157</sup> defende que a sociedade de consumo, diante de tamanhos avanços tecnológicos empregados em produtos e serviços continuamente lançados no mercado, já não convivia de forma satisfatória com um regime de responsabilidade civil baseado em culpa. Por isso, a substituição da culpa no papel de informadora do dever de reparar por outro critério vinha sendo reclamada há algum tempo.

O CDC inovou nesse sentido, afastando-se do direito tradicional e dando um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Assim, a partir da promulgação da lei, não mais importou se o responsável legal agira com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado um produto ou serviço com defeito, nem havendo relevância o fato de ter sido o mais cuidadoso possível ao fazê-lo. Perante o Código mencionado, o réu passara a ser responsável, mesmo que apto a provar que agira com a melhor diligência e perícia.

Segundo Benjamin, essa tese fora defendida por Nelson Nery Jr. perante a Comissão de Juristas que teve a tarefa de elaborar o anteprojeto da lei, tendo tal tese logrado êxito.

Assim, conforme sustenta Sanseverino, a responsabilidade civil do fornecedor por danos provocados a partir de produtos ou serviços possuidores de defeitos é, inequivocadamente, no direito brasileiro, objetiva, conforme as regras estabelecidas nos artigos 12 e 14 do CDC, os quais mencionam de forma clara que não há necessidade da presença da culpa na sustentação do fato de consumo, respondendo os fornecedores “independentemente de culpa” por danos causados ao consumidor.

Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, justifica o novo critério, relacionando o empresário com o consumidor:

A imputação, em regra, de responsabilidade objetiva aos empresários é plenamente justificável. Encontram-se eles sempre numa posição econômica que lhes permite socializar, entre os seus consumidores, os custos da atividade empresarial. Note-se, não é a objetivação da responsabilidade que induz o empresário a repartir com seus consumidores os custos associados aos acidentes. Se assim fosse, caberia até mesmo questionar sua pertinência na justiça. Afinal, se estivesse ao alcance do direito poupar os consumidores das repercussões dos acidentes associados às atividades empresariais, recomendariam os valores de justiça que o fizesse. Isso, porém, está fora do alcance da ordem jurídica. Não é a responsabilidade objetiva que gera a socialização dos custos – ela acontece de qualquer modo, já que o preço dos produtos e serviços pagos pelos consumidores deve sempre ser suficiente para o empresário recuperar investimento e custos, além de obter lucro. É ínsito ao sistema capitalista de produção, portanto, o mecanismo descrito pela noção de socialização de custos. A responsabilidade objetiva, na verdade, apenas tem lugar quando o devedor está em condições de socializar os custos de sua atividade. A lei aproveita-

<sup>157</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 124.

se de uma situação de fato para, de um lado, facilitar o acesso da vítima à indenização (princípio da indenidade) e, de outro, realocar os recursos econômicos de forma mais racional.<sup>158</sup>

Dessa forma, o autor combate uma possível “visão romântica” que a sociedade possa ter em relação ao CDC, justificando ter sido adotada a responsabilidade objetiva não apenas porque era uma medida adequada, mas por ser uma medida viável perante o sistema capitalista.

Assim, defende Fábio Ulhoa Coelho que a responsabilidade objetiva dos empresários é, simultaneamente, material, por estarem eles em posição econômica que permita a socialização dos custos da atividade empresarial; e formal, diante dos preceitos presentes no Código Civil e em outras leis, que expressamente mencionam a irrelevância da culpa para a sua imputação. Cabe ressaltar aqui o importante Art. 927 do referido Código, que representou fundamental passo da lei civil em 2002, no sentido de acompanhar a tendência já estabelecida pelo CDC em 1990, quando da sua entrada em vigência:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.<sup>159</sup>

Como visto, o risco da atividade é tratado com especial importância quando da apuração da responsabilidade. Nesse sentido, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino menciona as palavras de Nelson Nery Jr., em que este

[...] manifesta-se no sentido de ter sido instituída uma responsabilidade objetiva com adoção da teoria do risco da atividade exercida pelo fornecedor: “A simples existência da atividade econômica no mercado, exercida pelo fornecedor, já o carrega com a obrigação de reparar o dano causado por essa mesma atividade”. Apesar disso, observa-se que não se chegou ao extremo da teoria do risco integral, porquanto admite-se a exoneração da responsabilidade do fornecedor por meio da prova de determinadas eximentes.<sup>160</sup>

Reconhecido, pois, o caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor, cabe abordar agora os pressupostos de tal responsabilidade em face da regra estabelecida pelo CDC.

<sup>158</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações - responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2, p. 365-366.

<sup>159</sup>BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406compilada.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2010.

<sup>160</sup>NERY JÚNIOR, apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 188.

### 2.2.5 Pressupostos da responsabilidade civil no microsistema do CDC

No sistema tradicional da responsabilidade civil, já mencionado na seção 2.1.1 do presente estudo, foram destacados três elementos como sendo os seus fundamentais: a ação, o dano e o nexo de causalidade entre dano e ação. Foi exposto também que não existe tranquilidade entre os doutrinadores acerca da sua estipulação. Entretanto, ao se transportarem tais elementos para a responsabilidade civil por acidentes de consumo, devem ser adaptados às peculiaridades do novo microsistema normativo do CDC. É o que defende Paulo de Tarso Vieira Sanseverino<sup>161</sup>.

Segundo o autor, a responsabilidade que decorre de fato de consumo é uma modalidade de responsabilidade objetiva, o que leva, por consequência, à dispensa do elemento culpa no suporte fático do acidente de consumo. O jurista também exclui a ilicitude, presente na ação, no sistema tradicional. Assim, considera que, no microsistema do CDC, devam ser considerados somente os elementos fato (ou ação), dano, nexo de causalidade e a imputação.

Estabelecidos os elementos basilares, Sanseverino ensina que são quatro os pressupostos para a responsabilidade pelo fato de consumo, após a edição do CDC:

- o defeito do produto ou do serviço;
- o nexo de imputação;
- o dano patrimonial ou extrapatrimonial;
- o nexo causal entre o defeito e o dano.

Entende o autor que existe a necessidade de se considerar o nexo de imputação como forma de estabelecer um vínculo entre a atividade do fornecedor e o defeito no produto ou serviço. E especifica a questão:

Embora a imputação do defeito ao fornecedor não decorra do elemento culpa, que foi suprimido do suporte fático do fato de consumo, deriva do risco da atividade desenvolvida por determinadas pessoas em seu benefício a quem a lei atribui, por isso, o dever de reparar os danos decorrentes de acidentes de consumo.

Essa atribuição é feita com base em critérios diversos. Atinge, de um lado, o fabricante, o construtor ou o produtor, que têm vinculação direta com o produto colocado no mercado, como também, de outro lado, o importador e, eventualmente, o comerciante, que, a rigor, são meros intermediários na cadeia de consumo. Por isso, a importância da análise também do nexo de imputação.<sup>162</sup>

<sup>161</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110-111.

<sup>162</sup>Ibid., p. 118-119.

Assim, o defeito é entendido como a deficiência apresentada pelo produto ou pelo serviço que, oferecendo insuficiente segurança, tornam-se perigosos, podendo causar danos aos consumidores. O nexo de imputação, como mencionado na citação há pouco, vincula o defeito do produto ou do serviço com a atividade desenvolvida pelo fornecedor, vínculo esse importante para a atribuição do dever de indenizar os danos sofridos pelos consumidores. O dano, por sua vez, é toda a espécie de prejuízo causado pelo defeito do produto ou do serviço, podendo ser patrimonial e extrapatrimonial. E, por último, o nexo de causalidade, entendido como a relação de causa e efeito que se estabelece entre o defeito do produto ou do serviço e o dano para que se possa reconhecer a ocorrência de um acidente de consumo e o nascimento da obrigação de indenizar.

Entretanto, nem sempre o fornecedor tem o dever de indenizar. Importa, pois, conhecer as hipóteses em que o fornecedor deixa de ser responsabilizado.

### **2.2.6 Causas de exclusão da responsabilidade previstas no CDC – A defesa do fornecedor**

O CDC menciona nos parágrafos terceiros de seus respectivos artigos 12 e 14 as seguintes causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor:

*- A não-colocação do produto no mercado:*

Um produto é colocado no mercado no momento em que, de forma consciente e voluntária, o fornecedor o lança. O produto sai então do âmbito da organização e ganha o mercado de consumo, perdendo o fornecedor o controle sobre ele, devendo, por isso, assumir os riscos que eventualmente o produto venha a causar. Não é exigido do consumidor ou da vítima do acidente de consumo comprovem que o produto foi colocado em circulação; há uma presunção legal de que o fornecedor colocou-o voluntariamente no mercado de consumo, ficando a cargo do fornecedor o ônus da prova de que o produto tenha ingressado acidentalmente no mercado por fato ou circunstância que não lhe possa ser imputável, como por exemplo, na ocorrência de roubo ou furto.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino<sup>163</sup> ressalta que a não colocação do produto no mercado como causa de exclusão da obrigação de indenizar refere-se somente à

---

<sup>163</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 275-276.

responsabilidade pelo fato do produto, sendo difícil prever casos de serviços que tenham sido prestados sem que tenham sido lançados no mercado de consumo.

*- A inexistência de defeito:*

A não existência de defeito no produto ou no serviço mostra-se como uma das mais importantes causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor. Encontra-se prevista no Art. 12, § 3º, inciso II, e no Art. 14, § 3º, inciso I, do CDC.

De acordo com Sanseverino<sup>164</sup>, não é suficiente que os danos sofridos pelo consumidor tenham sido causados por um determinado serviço ou produto; mostra-se necessário, ainda, que tal produto ou serviço apresente um defeito e que este seja a causa dos prejuízos sofridos pelo consumidor. É por essa razão que o defeito do produto ou do serviço tem o *status* de pressuposto da responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo.

*- A culpa do consumidor:*

O consumidor poderá fazer com que o fornecedor tenha sua responsabilidade excluída do acidente de consumo se ficar comprovada a culpa exclusiva ou concorrente do primeiro.

Semelhantemente ao sistema tradicional da responsabilidade civil, a vítima pode contribuir para a isenção da responsabilidade do agente, pois interfere diretamente no nexo de causalidade. Por conta disso, é necessário verificar se o fato da vítima, no caso, do consumidor, constitui causa adequada exclusiva, no processo causal, dos prejuízos sofridos pelo prejudicado. Se isso for verificado, há a exclusão da responsabilidade do agente.

A culpa exclusiva do consumidor constitui causa de exclusão da obrigação de indenizar do fornecedor tanto no que diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto (Art. 12, § 3º, inciso III, do CDC), quanto na responsabilidade pelo fato do serviço (Art. 14, § 3º, inciso II, do CDC).

Sanseverino explica:

O fato exclusivo imputável ao consumidor quebra o nexo de causalidade entre o defeito e o evento lesivo. Isso porque a ocorrência do dano, embora também tenha tido participação de um produto ou serviço, teve como causa adequada exclusiva a conduta culposa (*lato sensu*) da própria vítima.<sup>165</sup>

O mesmo autor menciona a possibilidade de se considerar a culpa concorrente da vítima, prevista no sistema tradicional de responsabilidade no Art. 945 do Código Civil,

<sup>164</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 276-277.

<sup>165</sup>Ibid., p. 283.

também no microsistema do CDC. Entende Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que a culpa concorrente do consumidor deva ser vista como uma atenuante da responsabilidade do fornecedor:

A culpa concorrente do ofendido deverá ser valorada no momento da fixação do valor da indenização. Como as culpas não se compensam, deve-se apenas reduzir da indenização a sua parcela de contribuição para o dano. Os efeitos da concorrência de culpa do prejudicado operam-se, na reparação dos danos materiais, no momento da fixação do valor da indenização, que deverá ser reduzido na medida da participação do comportamento do consumidor lesado na causação ou agravamento do dano.<sup>166</sup>

*- O fato de terceiro:*

Entende-se como fato de terceiro a atividade desenvolvida por uma pessoa determinada que, sem ter vínculo com a vítima ou com o agente causador aparente do dano, interfere no processo causal e provoca, com exclusividade, o evento lesivo. Como já analisado no sistema tradicional da responsabilidade civil, atua, pois, sobre o nexo de causalidade entre o fato imputado a determinado agente e o dano sofrido pela vítima, cortando, dessa forma, a relação de causa e efeito. No que diz respeito à responsabilidade por acidentes de consumo, interfere sobre o nexo causal entre o defeito e o dano.

Prevista no Art. 12, § 3º, inciso III e no Art. 14, § 3º, inciso II do CDC, a culpa exclusiva de terceiro exclui completamente a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços.

Ensina Sanseverino:

O dano sofrido pelo consumidor é causado por um determinado produto ou serviço, que até pode apresentar-se defeituoso. Todavia, o motivo desse produto ou serviço ser causador de um dano não é o defeito próprio, mas o fato de terceiro que, interferindo com exclusividade na cadeia causal, provoca o acidente de consumo. A responsabilidade do fornecedor fica excluída por essa intervenção exclusiva do fato de terceiro, o qual estabelece um rompimento da relação de causalidade entre o produto ou o serviço e os prejuízos sofridos pelo consumidor.<sup>167</sup>

Devem ser mencionadas, ainda, as seguintes possíveis causas excludentes da responsabilidade do fornecedor, ainda que não tenham sido expressamente mencionadas no Art. 12, § 3º, e no Art. 14, § 3º, do CDC:

- o caso fortuito e a força maior;
- a prescrição;
- o fato do príncipe;

<sup>166</sup>SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 292-293.

<sup>167</sup>Ibid., p. 294-295.

- os riscos de desenvolvimento;
- a cláusula de não indenizar.

Uma vez exposta a responsabilidade civil na lei consumerista, importa analisar a Lei do *Franchising* também do ponto de vista da responsabilidade, o que será feito a seguir.

### 2.3 A responsabilidade emanada pela Lei nº 8.955, de 15/12/1994 – Lei do *Franchising*

A Lei nº 8.955/94, também conhecida como Lei do *Franchising* ou Lei da Franquia Empresarial, é formada por onze artigos (dentre os quais, um vetado, o Art. 5º), trazendo em sua ementa a informação de que o diploma “dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*) e dá outras providências”. Entretanto, uma primeira leitura do texto da lei já se mostra suficiente para gerar questionamentos, a começar pelo objetivo do diploma.

Claudio Vieira da Silveira<sup>168</sup> comenta a respeito:

Inicialmente, verifica-se na redação do preâmbulo da Lei que, de forma equivocada e incorreta, o legislador pátrio deu um sentido restritivo à Lei, dizendo que a mesma dispõe sobre o **contrato** de franquia empresarial (*franchising*), quando, o correto e juridicamente adequado, seria o legislador ter dito que a Lei dispõe sobre o **sistema** de franquia empresarial (*franchising*). (Grifo do autor).<sup>169</sup>

Inicia a Lei de *Franchising*: “Art. 1º. Os contratos de franquia empresarial são disciplinados por esta lei”. O diploma deixa claro o objetivo de normatizar o contrato de *franchising*. Entretanto, a leitura atenta de seus artigos demonstra que, a bem da verdade, a Lei nº 8.955/94 visou especificamente deixar transparente o início do relacionamento entre franqueador e franqueado, tendo os legisladores tido um cuidado muito grande em resguardar o indivíduo que desejasse tomar parte do sistema, fazendo com que uma lei estipulasse o que lhe deveria ser revelado, obrigatoriamente, antes de assinar o referido contrato, conforme será abordado logo a seguir.

<sup>168</sup>SILVEIRA, Claudio Vieira da. **Franchising**: guia prático. 2. ed. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p. 267.

<sup>169</sup>Importa mencionar que, muito embora o autor tenha usado a expressão “preâmbulo”, na verdade, fazia menção à ementa da referida lei, que diz respeito à parte do diploma legal que tem por papel resumir objetivamente as disposições que uma lei traz. O preâmbulo, por sua vez, é a parte preliminar de uma lei em que se explica ou se justifica a sua promulgação, uma espécie de introdução. O exemplo mais conhecido e utilizado no direito brasileiro de preâmbulo é o presente na Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 08 nov. 2010.

Importa chamar a atenção para a conceituação que a lei deu à Franquia Empresarial, conceito esse já exposto anteriormente e constante em seu Art. 2º, que de certa forma contribuiu para dirimir as dúvidas iniciais que cercavam o sistema de *franchising*.

O Art. 3º, composto por quinze incisos, enumera os itens que o franqueador deve informar ao candidato a franqueado antes de este selar o negócio, os quais deverão, por sua vez, constar na COF, mencionada no capítulo anterior. A maior parte dos doutrinadores entende como sendo este o principal artigo da lei e a parte que expõe claramente o objetivo protecionista do diploma em relação àqueles que desejarem investir em uma franquia.

Tais informações devem ser verdadeiras, sob pena de o negócio ser anulado e o franqueador ter de devolver o investimento feito pelo franqueado, além de sofrer sanções penais.

Marcelo Cherto opina sobre o papel da Lei nº 8.955/94:

Não se trata de um dispositivo intervencionista. Objetiva apenas que o candidato a franqueado tenha acesso a umas tantas informações, que o Franqueador lhe deve fornecer por escrito, acerca da Franquia, antes de tomar a decisão e de celebrar o contrato e efetuar qualquer pagamento relacionado ao negócio. É um exemplo daquilo a que os americanos designam um “disclosure statute”, uma lei que obriga alguém a desvendar ou divulgar algo. E nada mais.<sup>170</sup>

Percebe-se, pois, o foco da lei na relação entre franqueador e franqueado.

Mais adiante, o diploma estabelece regras quanto ao contrato de *franchising* em si, mencionando que o documento somente pode ser assinado depois de transcorridos dez dias da entrega da COF (Art. 4º), a necessidade de o instrumento ser escrito (Art. 5º) e assinado na presença de duas testemunhas, sendo válido ainda que não levado a registro em cartório ou em órgão público.

Adalberto Simão Filho<sup>171</sup> ensina sobre o vínculo entre franqueador e franqueado:

Não se deve olvidar que o vínculo obrigacional pleno só se formará com a efetiva assinatura do contrato ou pré-contrato; a partir de então é que a Circular de Oferta será vinculativa e poderá preponderar aos termos do contrato firmado. Exemplo assemelhado desta situação tem-se no Código de Defesa do Consumidor, em que a informação ou publicidade vincula as partes e integra o próprio contrato firmado (art. 30 da Lei nº 8.078/90).

<sup>170</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier, 2006. p. 178.

<sup>171</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 103.

Luiz Felizardo Barroso<sup>172</sup>, por sua vez, citando Fábio Ulhoa Coelho, comenta a respeito do contrato de *franchising*, mencionando algumas particularidades que acirram a discussão sobre sua tipicidade ou não:

A Lei de Franquia em vigor não confere tipicidade ao contrato de franquia, eis que não dispõe sobre o conteúdo da relação negocial; nem, tampouco, define os direitos e deveres dos contratantes. Não é sem razão que o Professor Fábio Ulhoa Coelho o classifica como sendo um contrato que permanece atípico, embora, em seu artigo 2º, a Lei vigente defina o que seja franquia empresarial, procurando o legislador, ao ver daquele ilustre professor paulista, apenas assegurar, ao franqueado em potencial, o mais amplo acesso às informações indispensáveis à sua ponderação, quanto às vantagens e desvantagens relacionadas com o seu ingresso em determinada rede de franquia.

Além das regras já mencionadas, a lei ainda menciona que sua validade recai sobre todas as franquias instaladas em território nacional (Art. 8º) e que as normas estipuladas para o franqueador também são aplicadas ao chamado subfranqueador, recurso utilizado normalmente por franqueadores internacionais que visam expandir negócios para o Brasil e que, para isso, concentram a expansão em uma empresa aqui estabelecida, a qual se encarrega da venda das franquias.

A lei é breve. Entretanto, é importante anotar que a brevidade não é privilégio da Lei de *Franchising*. Outro instituto trazido do exterior, o Arrendamento Mercantil, comumente conhecido por *Leasing*, também recebeu determinação legal breve, o que pode ser conferido por meio da leitura da Lei nº 6.099/74 e Lei nº 11.649/08. Entretanto, estas leis se preocuparam em detalhar mais o instituto, nomeando itens obrigatórios para seu contrato e a intervenção de órgão específico na sua administração (no caso, do Conselho Monetário Nacional).

Nada menciona a Lei nº 8.955/94 em relação a possíveis entraves que ocorram entre franqueadores e franqueados no decorrer do contrato, nem entre estes e o consumidor. Barroso, ressaltando o caráter novo da Lei do *Franchising*, menciona ainda outras leis que podem ser utilizadas para dirimir problemas relacionados ao instituto:

Sendo mais um instituto jurídico, dos novos, que nos foram trazidos pela legislação estrangeira, como a alienação fiduciária, o *factoring* e o *leasing*, o *franchising* possui, hoje, uma legislação específica a regulá-lo no Brasil, podendo ser, porém, regido tanto pelo Código Civil como pelo Código Comercial e por um número razoável de leis extravagantes aplicáveis, direta ou indiretamente, à espécie, como a

---

<sup>172</sup>COELHO, apud BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising**: modificações à lei vigente - estratégia e gestão - comentários ao anteprojeto apresentado pelo Fórum Setorial de Franquia Empresarial MDIC e ao Projeto de Lei nº 2.921-A, de 02/05/2000 e ao Projeto de Lei nº 273, de 07/12/2001, objetivando a modificação da Lei nº 8.955, de 1994. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 6.

lei antitruste, a lei que trata dos crimes contra a ordem econômica e os Códigos de Defesa e Proteção do Consumidor e da Propriedade Industrial.<sup>173</sup>

No mesmo sentido, posiciona-se Marcelo Cherto:

Evidentemente, a Lei Magalhães Teixeira não é a única a reger o Franchising. Nem se pode achar que o sistema esteja livre de outras amarras legais. Com efeito, o instituto do Franchising e, mais concretamente, os contratos de Franquia celebrados no Brasil, estão sujeitos a todos os dispositivos legais que se aplicam aos contratos em geral. Inclusive e especialmente o Código Civil Brasileiro.<sup>174</sup>

Assim, é inegável a constatação de que a Lei de *Franchising* contribuiu sobremaneira para o esclarecimento do sistema no Brasil. A exigências de transparência de dados impostas pelo diploma certamente coibiram possíveis tentativas de golpe por parte de empresários que, movidos por má-fé, desejavam obter lucro valendo-se de informações falsas e enganosas, induzindo os investidores de boa-fé a assinarem contratos de negócios que não possuíam a menor chance de os conduzirem ao sucesso profissional e financeiro. Previu-se, pois, ações enganadoras.

Contudo, há que se reconhecer, também, que a lei é omissa em pontos importantes, tal como assevera Thomaz Saavedra:

Possui somente onze artigos, a maioria regulamentando a Circular de Oferta de Franquia. Pode-se dizer que a lei de franchising é, na verdade, a “lei da circular de oferta”: trata dessa matéria nos artigos 3º, 4º e 7º, que correspondem a mais de setenta por cento do texto integral da lei. Somente o artigo 3º, que enumera as informações que devem constar da COF, possui quinze alíneas, subdivididas em numerosos itens.

É por esse motivo que se pode considerar o contrato de franquia um contrato atípico, eis que em princípio as partes estão livres para estabelecerem suas cláusulas e condições. Ao contrário da lei sobre locações de imóveis urbanos e da lei sobre a concessão comercial de veículos automotores [...], a lei de franchising é omissa em relação a cláusulas contratuais essenciais, como prazo do contrato, condições de resilição e cessão do contrato. É uma lei lacunosa, portanto.<sup>175</sup>

Além dos pontos já mencionados pelo autor na citação acima, entende-se que a lei mostra-se lacunosa a respeito da responsabilidade de franqueador e franqueado em relação ao consumidor. O texto do diploma deixa bem clara a preocupação com o investidor e desejoso de adentrar ao sistema, aspecto que foi largamente evidenciado no decorrer do presente tópico

<sup>173</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising**: modificações à lei vigente - estratégia e gestão - comentários ao anteprojeto apresentado pelo Fórum Setorial de Franquia Empresarial MDIC e ao Projeto de Lei nº 2.921-A, de 02/05/2000 e ao Projeto de Lei nº 273, de 07/12/2001, objetivando a modificação da Lei nº 8.955, de 1994. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 97.

<sup>174</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising**: uma estratégia para a expansão de negócios. São Paulo: Premier, 2006. p. 185.

<sup>175</sup>SAAVEDRA, Thomaz. **Vulnerabilidade do franqueado no franchising**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 18-19.

e referendado por especialistas no assunto. Entretanto, essa responsabilidade que o franqueador precisa ter ao apresentar informações verdadeiras e em conformidade com o que o texto legal pede é a única emanada pela Lei de *Franchising*.

Como já mencionado ao longo do estudo, o sistema de *franchising* possui particularidades e, juntando-se o fato de que o instituto possui uma lei própria, considerar-se-ia adequado e, antes de tudo, útil, que regras atinentes às relações de consumo estivessem ali estabelecidas, como medida inicialmente educativa e, principalmente, preventiva.

A importância no esclarecimento dessa questão será demonstrada na próxima seção.

## **2.4 A responsabilidade do *franchising* perante o consumidor**

O *franchising* não é um sistema comum. Essa característica foi evidenciada no Capítulo 1 do presente estudo.

Comum também não é um adjetivo que possa ser utilizado para caracterizar o direito do consumidor, uma vez que o CDC brasileiro, considerado um dos mais modernos do mundo na área, representa motivo de sobra para que os institutos jurídicos que tenham relacionamento com o consumidor, especialmente os considerados novos na história do desenvolvimento do direito brasileiro, dediquem atenção especial à norma consumerista.

Assim, diante do que já foi exposto sobre o sistema de *franchising* e a responsabilidade civil, torna-se possível e necessária a análise do sistema perante o direito do consumidor, tendo como principal objetivo a investigação acerca da responsabilidade que os participantes do sistema têm perante o consumidor.

### **2.4.1 Relação de consumo entre franqueador e franqueado**

De acordo com José Cretella Neto<sup>176</sup>, existiu durante um período razoável de tempo uma discussão em torno da relação jurídica entre franqueador e franqueado, cujo objetivo era definir se o segundo poderia ser considerado consumidor em relação ao primeiro, o que viabilizaria a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

O autor menciona que, muito embora o franqueado atenda ao público, deve ser considerado o destinatário final da marca e do *know-how* que adquire por parte do franqueador, razão suficiente para ser aplicado o CDC no seu relacionamento com o

---

<sup>176</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 152.

proprietário da marca. Também defende que, com a entrada em vigor do Código Civil atual, a discussão perdeu o sentido, visto que a lei nova declara haver favorecimento de interpretação ao aderente (no caso, o franqueado), que é considerado a parte mais frágil na relação jurídica que tem com o franqueador.

Entendimento contrário possui Leonardo de Medeiros Garcia<sup>177</sup>, baseado em uma decisão proferida pelo STJ, cuja ementa traz:

**Contrato de fiança. Relação entre o franqueador e franqueado. Lei nº 8.955/94. Código de Defesa do Consumidor. Fiança. Exoneração.**

1. *A relação entre o franqueador e o franqueado não está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.* (Grifo nosso).
2. Afastando o acórdão a existência de moratória com base na realidade dos autos e em cláusula contratual, não há espaço para acolher a exoneração da fiança, a teor das Súmulas nºs 5 e 7 da Corte, ademais da falta de prequestionamento dos dispositivos indicados no especial.
3. Recurso especial não conhecido.<sup>178</sup>

É importante frisar que a negativa do reconhecimento da aplicação do CDC no caso supracitado nada tem a ver com o fato de estarem pessoas jurídicas em ambos os polos da ação, visto que o SJT reconhece a aplicação do Código de Defesa do Consumidor entre empresas, conforme mostrado na seguinte reportagem:

**Código do Consumidor se aplica entre empresas, diz STJ**

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo presidente é o ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, reconheceu o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que completa 20 anos em 2010, se aplica também entre empresas. O reconhecimento aconteceu durante o julgamento de um recurso do hospital C. T., que recorreu de decisão favorável à Companhia de S. B. de São Paulo.

"As pessoas jurídicas sempre devem observar se são destinatárias ou não dos produtos ou serviços. Se a resposta for positiva aí sempre se aplicará o CDC", orienta Felício Rosa Valarelli Junior, do Valarelli Advogados Associados.<sup>179</sup>

Assim, para dirimir as dúvidas sobre a consideração ou não do CDC entre franqueador e franqueado, é necessário verificar-se, pois, o caso concreto, de forma a entender se a reclamação baseia-se no uso de um produto ou serviço por um destinatário final, efetivamente, conforme defendido pela teoria finalista, mencionada anteriormente.

<sup>177</sup>GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 37.

<sup>178</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 687.322-RJ (2004/0137036-6). Recorrente: Lea Boechat dos Santos e outro. Recorrido: De Plá Material Fotográfico Ltda. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp\\_abdir\\_24\\_10\\_1.pdf](http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp_abdir_24_10_1.pdf)>. Acesso em: 08 nov. 2010

<sup>179</sup>DIANA, Marina. **Código do Consumidor se aplica entre empresas, diz STJ**. Jornal DCI, São Paulo, 18 mai. 2010. Disponível em: <[http://www.dci.com.br/noticia.asp?id\\_editoria=3&id\\_noticia=327514](http://www.dci.com.br/noticia.asp?id_editoria=3&id_noticia=327514)>. Acesso em: 08 nov. 2010.

Essa questão foi suscitada com o propósito de se elucidar a complexidade presente em um relacionamento jurídico baseado no *franchising* à luz do direito do consumidor. Contudo, a discussão não será alongada, visto que o foco do estudo não é a relação do franqueado com o franqueador, mas do consumidor em função dos dois primeiros.

#### 2.4.2 A responsabilidade de franqueador e franqueado como fornecedores

Jorge Lobo<sup>180</sup> é categórico ao afirmar a condição de fornecedor tanto do franqueador quanto do franqueado perante o CDC:

*Ex vi* no disposto no art. 3º do Código Nacional de Defesa do Consumidor, o franqueador é considerado fornecedor, pois, para o CNDC, fornecedor é toda “pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolve atividades de produção ou prestação de serviços”, assim como o franqueado também o é, aplicando-se-lhes, portanto, as regras dos artigos 12 e 18, que tratam, respectivamente, da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e da responsabilidade por vício ou defeito do produto ou serviço, além de diversos outros no mesmo CNDC.

Diante disso, cumpre definir-se desde logo a espécie de responsabilidade presente.

Na condição de fornecedores e participantes das relações de consumo, franqueador e franqueado têm responsabilidade objetiva diante de acidentes de consumo que envolvam o consumidor. Mas a análise é muito mais complexa do que aparenta ser.

##### 2.4.2.1 Imputação da responsabilidade

O primeiro ponto denso de discussão diz respeito à imputação da responsabilidade pelos acidentes de consumo em uma rede de *franchising*. Entre franqueador e franqueado, quem responde perante o consumidor? É necessário, pois, que se analise até que ponto franqueador ou franqueado (ou, até mesmo, ambos) devem responder pelos danos causados aos consumidores por produtos ou serviços colocados no mercado.

Sustenta Lobo que a resposta à pergunta feita no parágrafo anterior depende do tipo de configuração do *franchising*. Há situações em que o franqueado desempenha papel de mero revendedor de um produto inventado pelo franqueador, tendo este concedido àquele somente o direito de distribuição. Essa configuração é típica do *franchising* de produto, caso em que o franqueado limita-se a adquirir do único fabricante os produtos com sua marca e os revende

<sup>180</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 52.

ao consumidor. Nessa situação, em ocorrendo um dano ao cliente pelo produto que tenha saído da linha de produção do franqueador em virtude de defeito envolvendo projeto, fabricação, construção, montagem, fórmula, manipulação, apresentação ou acondicionamento, ou decorrentes de falta de informação ou informação inadequada sobre a sua utilização e riscos, o autor afirma que responde exclusivamente o franqueador, e objetivamente (ou seja, independentemente de prova da culpa), de acordo com o Art. 12 do CDC.

Existe, entretanto, uma situação em que o franqueador, na visão do autor, não pode ser responsabilizado. De acordo com Jorge Lobo, a franquia em que o

[...] franqueador transfere as técnicas industriais e/ou métodos de administração e comercialização anteriormente por ele desenvolvidos, cedendo ao franqueado a marca e um conjunto de direitos de propriedade incorpórea, para este operar sob sua supervisão e assessoria técnica na fabricação ou revenda de seus produtos ou serviços, em troca de remuneração financeira, responde, exclusivamente, o franqueado, independentemente de prova da culpa, na forma e para os fins e efeitos do art. 12 do CNDC.<sup>181</sup>

É exatamente esse o caso que se aplica ao *franchising* de serviços e de produção.

Mesmo diante dessas hipotéticas situações em que se verifique a possibilidade de se excluir a responsabilidade de um ou de outro, Lobo lembra que, de acordo com o Art. 34 do CDC, o “fornecedor do produto ou do serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”. Com base nesse artigo, interpreta o autor:

Nesta seara, parece possível, através do processo de interpretação analógica, estender-se o disposto no artigo 34, para abranger também a franquia comercial, responsabilizando-se, solidariamente, franqueador e franqueado, mesmo quando só este, ou aquele, haja atuado em detrimento do consumidor.<sup>182</sup>

Assim, sustenta Lobo que a questão crucial apresentada é a dúvida acerca de contra quem propor a demanda: se contra o franqueador, se contra o franqueado, ou contra ambos.

Diante de tal dilema, defende o autor a ideia de que sempre caberá ação do consumidor lesado contra o franqueador, ficando a este assegurado o direito de mover ação de regresso contra o causador direto do dano. Tal entendimento reside no fato de que a vítima do acidente de consumo deve ser protegida dada a sua vulnerabilidade. E, em sendo a responsabilidade dos fornecedores objetiva, o consumidor precisa ter presente a ideia de que não precisa provar a culpa do causador do dano, mas apenas a ação, o resultado danoso e o nexo causal entre ambas.

Semelhante ponto de vista é defendido por José Cretella Neto:

<sup>181</sup> LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 53.

<sup>182</sup> Ibid., p. 53.

Assim, qualquer reclamação dirigida por um consumidor insatisfeito – pela via administrativa ou judicial – acaba tendo por destinatário final (e co-responsável) o franqueador, a não ser que fique comprovado que foi o franqueado quem utilizou o produto ou prestou o serviço em desacordo com o estabelecido no Manual de Operações, ou, ainda, que empregou produto com data de validade vencida, segundo deve constar da embalagem. Em qualquer caso, no entanto, trata-se de responsabilidade objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de certo serviço, daí ser facultado ao consumidor o direito de voltar-se contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que permitiu a colocação no mercado de produto ou serviço.<sup>183</sup>

Ainda sobre a questão da propositura da ação, Jorge Lobo acrescenta:

Se, contudo, o franqueado tem a obrigação de fabricar o produto final e a fórmula, a ele fornecida pelo franqueador, está correta, somente o franqueado responde perante terceiros, razão pela qual o consumidor deve muito bem informar-se sobre o tipo de franquia existente entre franqueador e franqueado antes de ajuizar uma demanda em face de um sujeito que poderá vir a ser considerado sem legitimidade passiva para a causa, sem descurar, é claro, de um atento exame da aplicação, no caso concreto, do disposto no artigo 34 do CNDC e responsabilizar a ambos, solidariamente.<sup>184</sup>

Não parece lógica a primeira parte da citação do autor, em que defende ser necessário ao consumidor ter o conhecimento dos detalhes do tipo de contrato firmado entre o franqueador e franqueado para reunir condições de acioná-los. Em primeiro lugar, pela complexidade que o sistema de *franchising* possui; em segundo lugar, pelo fato de a informação requerida tratar-se de questão sigilosa, atinente somente aos contratantes. Não são raros os casos em que até mesmo os profissionais de Direito, que lidam seguidamente com questões contratuais complexas, sentem dificuldades em identificar e distinguir os diferentes tipos de contratos que envolvam concessão de direitos de uso; imagine-se, então, os problemas que enfrentariam os leigos no assunto e que, por infortúnio, ainda vítimas de acidentes de consumo e que, por isso mesmo, encontrem-se ávidos por verem seus problemas de consumo resolvidos. Entretanto, o autor redime-se ao ver na solidariedade estabelecida pelo Art. 34 do CDC a saída mais segura na hora da propositura, visto que aumentam as chances de reparar o dano sofrido se franqueador e franqueado forem acionados, deixando a cargo do Judiciário a decisão sobre o grau de imputação da responsabilidade pela ocorrência.

No mesmo sentido da existência da solidariedade entre franqueador e franqueado manifesta-se Marcelo Cherto:

Pelo Código, aquele que coloca no mercado um determinado produto ou serviço assume a responsabilidade objetiva pelos danos que possam ser causados pelo

<sup>183</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 153.

<sup>184</sup>LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 54.

mesmo, ou pela insatisfação que o respectivo adquirente venha a experimentar com relação ao mesmo.

Isso gera, para o consumidor, o direito de reclamar a reparação de seu prejuízo de qualquer dos integrantes da cadeia de consumo, ou seja, pode acionar qualquer dos responsáveis pela colocação daquele produto ou serviço no mercado.

Para dar um exemplo: um consumidor insatisfeito ou que se julgue por algum motivo prejudicado por um produto ou serviço que adquiriu de um franqueado pode optar por cobrar o ressarcimento do prejuízo que julgar ter sofrido tanto do próprio franqueado, como também do Franqueador e, se for o caso, até mesmo de quem forneceu o produto, ou um ou mais de seus componentes ou insumos, a qualquer dos dois. Pode, se assim for de seu interesse, agir contra todos eles simultaneamente.<sup>185</sup>

### E Adalberto Simão Filho:

No sistema de *franchising*, elemento fundamental é a notoriedade da marca, relacionada ao produto ou serviços oferecidos, e a formatação. Estas devem ser levadas a ponto tal que o consumidor passe a acreditar que esteja se utilizando de uma loja própria, da cadeia de sua preferência, e jamais que se trata de uma unidade autônoma e independente. Esta credibilidade é fator substancial para que o consumo, neste ponto-de-venda, seja levado a efeito. Não há, a nosso ver, como afastar do consumidor, eventualmente lesado, o direito à ampla garantia de reparação do dano sofrido. Esta poderá ser solicitada tanto ao franqueado como ao franqueador, mesmo porque, se torna patente neste caso o nexo de causalidade, que consiste nos elementos já mencionados (marca ostentada, formatação, *know-how* utilizado, métodos-sistemas etc.), que visam tão-só que o consumo no ponto explorado pela unidade franqueada seja satisfatório e dentro dos conceitos prévios do franqueador.<sup>186</sup>

Em setembro de 2009, por ocasião do 3º Simpósio Jurídico e de Gestão Empresarial da ABF, a questão da análise da responsabilidade do franqueador e franqueado perante o consumidor foi um dos temas abordados. No evento, a palestrante Camila Nicolau, representante do franqueador Habib's, expôs que, para a lei consumerista, a interpretação é sempre mais favorável à parte considerada hipossuficiente, ou seja, o consumidor. Portanto, a responsabilidade do franqueador por ato do franqueado deve ser minuciosamente investigada para análise do grau de solidariedade no ressarcimento.

Também explanou a palestrante sobre a teoria da aparência: a apresentação ao público-alvo de duas ou mais empresas como sendo uma única, mesmo que, sob o aspecto técnico-jurídico, se tratem de pessoas jurídicas distintas e que não se confundem entre si.

Segundo Nicolau<sup>187</sup>, há pressupostos objetivos e subjetivos para a aplicabilidade da referida teoria:

<sup>185</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising**: uma estratégia para a expansão de negócios. São Paulo: Premier, 2006. p. 198-199.

<sup>186</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising**: aspectos jurídicos e contratuais. São Paulo: Atlas, 2003. p. 139.

<sup>187</sup>NICOLAU, Camila. Responsabilidade subsidiária do franqueador: questões trabalhistas e consumeristas. In: 3º SIMPÓSIO JURÍDICO E DE GESTÃO EMPRESARIAL DA ABF, 2009. São Paulo. Apresentação cujos slides foram enviados aos participantes posteriormente por correio eletrônico.

(a) Elementos Objetivos:

1. Situação de fato, cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresenta identicamente a segura situação de direito;
2. Situação de fato essa que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas;
3. Situação que, nas condições 1 e 2, apresenta o titular aparente, na visão de terceiros, como sendo o titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.

(b) Elemento Subjetivo:

1. A incidência em erro por parte do agente de boa-fé que considera como situação de direito a situação real de fato.

Outro importante aspecto abordado pela palestrante foi a perspectiva do problema da responsabilidade sob duas óticas: pelo franqueador e pelo consumidor.

De acordo com Camila Nicolau, é comum que, na defesa de seus interesses, os franqueadores aleguem que a responsabilidade solidária ou subsidiária entre franqueador e franqueado não possui previsão legal. Adicionalmente, defendem-se utilizando o argumento de que a solidariedade não se presume, devendo somente decorrer da lei ou da vontade das partes (Art. 265, do Código Civil). No mesmo sentido, evitam aproximação jurídica com os franqueados alegando que se tratam de empresas autônomas e distintas, tanto econômica quanto juridicamente. Também defendem que o vínculo do cliente é com a unidade franqueada, não havendo a participação do franqueador. Além disso, argumentam que o franqueado, ao ingressar no sistema de franquias, assume o risco de sua atividade. Por fim, sustentam que não existe relação de subordinação do franqueado com o franqueador, devendo a responsabilidade ser daquele que tenha sido o efetivo causador do dano.

O consumidor, por sua vez, tem como perspectiva a não ciência da existência do contrato de *franchising* entre o franqueador e o franqueado. Acredita, pois, estar tratando efetivamente com o titular da marca, o que traz para a relação a figura do fornecedor aparente. O consumidor vê o franqueador como integrante da cadeia de fornecedores, devendo, por conta disso, assumir a responsabilidade pela conduta imprudente do franqueado. Adicionalmente, considera justa a expansão da responsabilização com a finalidade de solidarizar todos aqueles que possuam algum domínio sobre o fornecimento.

Assim, diante de tudo o que foi exposto, fica claro que entendem os doutrinadores ser possível, por meio da análise do caso concreto e entendimento da função de franqueador e franqueado no negócio que colocou o produto ou serviço à disposição do mercado de consumo, estipular-se qual dos dois detenha a responsabilidade pelo dano causado ao consumidor. Contudo, é também comum o entendimento de que a vítima do acidente de consumo possa voltar-se contra ambos, vez que analogicamente são considerados

participantes da cadeia de fornecimento, o que os submeteria à condição de solidários perante o Art. 34 do CDC.

Há, todavia, outro ponto denso a ser considerado no tratamento de franqueador e franqueado como fornecedores perante o Código de Defesa do Consumidor: a diferença entre controle da rede e ingerência, discussão essa que será abordada a seguir.

#### 2.4.2.2 *Controle versus ingerência*

O controle é uma característica inerente ao *franchising*. A partir do momento em que o proprietário de uma marca decide franquear o seu negócio, ele deve saber que, se por um lado ganhará velocidade de expansão, perderá, de outro, o controle total (ou, ao menos, a noção que tinha de possuir tal nível de controle) sobre o seu negócio, visto que passará a lidar com parceiros independentes e cada qual com um jeito específico de gerir seu negócio.

Já o interessado em adquirir uma franquia, por sua vez, também deve entender que, ao fazê-lo, terá acesso a um negócio testado pelo mercado e que, por isso mesmo, poderá desfrutar desde logo dos benefícios de uma marca já trabalhada junto ao consumidor. Entretanto, as benesses por não precisar iniciar um negócio próprio a partir da estaca zero trazem como ônus a perda da liberdade total na gestão, devendo ser seguida a padronização imposta pelo franqueador.

Por isso, todo cuidado é pouco na hora de se formatar uma operação de *franchising*, sendo fundamental que o futuro franqueador prepare-se bem para o novo projeto, de forma a prevenir possíveis problemas no decorrer da operação.

A Lei nº 8.955/90 demonstra, por meio das alíneas do inciso XII, do Art. 3º, que o franqueado, em assinando o contrato, será acompanhado de perto pelo franqueador:

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:

[...]

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 [...] <sup>188</sup>

Assim, em optando por integrar uma rede, o franqueado precisará estar preparado para obedecer a regras impostas pelo franqueador, tendo presente a ideia de que tais medidas visam garantir o padrão que o consumidor espera encontrar, independentemente do lugar em que faça a aquisição do produto ou serviço. Aquele que costumeiramente apresenta dificuldades em seguir normas deve, pois, pensar muito bem antes de optar pelo *franchising*.

O franqueador, por sua vez, deve tomar certos cuidados em relação à rede de franqueados, de forma a coibir possíveis problemas junto aos consumidores.

Adalberto Simão Filho sugere as medidas a serem observadas pelos franqueadores:

[...] para fortalecimento do *franchise*, a exemplo do prof. Carlos Alberto Bittar, que propugna pela instrumentação da atividade das empresas para observância do novo regime que advém do Código do Consumidor, cabe sugerir que os franqueadores devem efetuar um total processo de formatação de seus sistemas, elaborando manuais de operações para que seus franqueados inadvertidamente não causem danos ao consumidor. Inclui-se, também, a necessidade de se prestar assessoria técnica aos franqueados e funcionários, também na área do Código do Consumidor, considerando-se a atividade específica desenvolvida. A questão do recrutamento dos novos franqueados deverá ser de extrema importância, com análise criteriosa do perfil do candidato, atentando-se para aspectos vocacionais e níveis de responsabilidade em função do negócio que se pretende iniciar. Com esses cuidados, preservar-se-á o consumidor de eventuais danos e se afastará o leigo que vislumbra no sistema unicamente uma forma de rápido retorno de seu investimento. <sup>189</sup>

Deve-se ressaltar a importância da análise de perfil e vocacional do candidato a franqueado, mencionada na citação de Simão Filho. Muitas vezes, em razão da ansiedade por expandir a rede e aumentar consideravelmente o número de unidades franqueadas em um curto espaço de tempo, o franqueador deixa de fazer a análise adequada e aprofundada sobre a pessoa que deseja ingressar na rede, permitindo, assim, que indivíduos incapacitados para gerir o negócio, ou imbuídos de má-fé, adentrem ao sistema, o que coloca em sério risco a credibilidade da marca perante o consumidor.

Além disso, o monitoramento e o desenvolvimento de manuais detalhados acerca dos processos pertinentes ao negócio são imprescindíveis, como assevera Marcelo Cherto:

Portanto, é fundamental que todo e qualquer Franqueador, de todo e qualquer porte, ramo de atividade ou perfil, previna-se, elaborando e entregando aos Franqueados Manuais consistentes, nos quais estejam descritos e explicados os processos-chave relacionados à implantação, operação e gestão da Franquia. E também desenvolvendo e aplicando programas efetivos de capacitação. E ainda monitorando

<sup>188</sup>BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2010.

<sup>189</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 137.

periodicamente as Franquias, por meio de pessoas qualificadas e dotadas dos instrumentos e ferramentas necessárias a avaliar se tudo é feito de acordo com as normas e padrões e sem colocar em risco a imagem da marca e a integridade dos consumidores finais.

Se não for pelo interesse de se assegurar que todos os Franqueados atuem de forma orquestrada e que o “DNA” da rede seja mantido em cada uma das unidades que a compõem, que seja pelo menos para se preservar de eventuais reclamações formuladas com base no Código de Defesa do Consumidor.<sup>190</sup>

A preservação à qual Marcelo Cherto faz menção é a possibilidade que o franqueador possui de eximir-se da responsabilidade por dano sofrido pelo consumidor por meio da comprovação de que o franqueado comercializou, manuseou, armazenou ou utilizou o produto, serviço, insumo ou componente sem observar as normas que constem nos manuais e em outros materiais que lhe tenham sido entregues pelo franqueador.

Entretanto, não são poucas as vezes em que os franqueadores se veem obrigados a assumir obrigações que não lhes são atribuídas por lei, apesar de poderem eximir-se da responsabilidade legal, principalmente nas vezes em que o consumidor é atendido por um franqueado que desrespeita os padrões de atendimento estipulados pelo franqueador e quando o produto ou serviço oferecido encontra-se em desacordo com as normas de seu criador.

Diante disso, muitos franqueadores procuram resolver os conflitos que surgem primeiramente com os consumidores para, só então, resolver as questões que os originaram com os franqueados responsáveis. E agem dessa forma para proteger um interesse muito valioso para a rede: a sua reputação.

Atitudes como essas são adotadas para evitar que os prejuízos decorrentes do descontentamento da clientela prejudiquem a marca e sua credibilidade, pois esse mal poderia alastrar-se por toda a rede, denegrindo a imagem que o mercado tem da marca e dos produtos ou serviços que são identificados por esta.

Entretanto, alguns franqueadores, no afã de evitarem ao máximo todo e qualquer desvio nos procedimentos dos franqueados e, assim, evitarem problemas, acabam exagerando no controle externo exercido, podendo essa atitude ser claramente vista como um fator motivador para que parte da responsabilidade do franqueado na comercialização de algum produto ou serviço lhe seja transferida.

Cherto, citado por Jorge Lobo, traz exemplos da consequência gerada por excessivo controle em terras alienígenas:

---

<sup>190</sup>CHERTO, Marcelo et al. **Franchising**: uma estratégia para a expansão de negócios. São Paulo: Premier, 2006. p. 199.

Nos Estados Unidos, especialmente nos últimos anos, vários juízes têm proferido decisões que, em certos casos muito específicos, atribuem ao *franchisor* (franqueador) envolvido em cada ação a responsabilidade pela reparação de danos causados por certas atividades dos respectivos *franchisees* (franqueados). Em praticamente todos esses casos, porém, as decisões basearam-se no fato de que, na prática, o controle exercido pelo *franchisor* (franqueador) sobre seus *franchisees* (franqueados) era tamanho que, na realidade, estes não passavam de agentes, quase empregados, do *franchisor* (franqueado). Alguns dos principais fatores levados em conta pelos magistrados que proferiram tais sentenças parecem ter sido: (1) o efetivo e total controle por parte do *franchisor* (franqueador) com relação a detalhes das atividades de seus *franchisees* (franqueados) no dia-a-dia, embora os tribunais admitam que um certo grau de controle é inerente ao próprio sistema de franchising; (2) o direito do *franchisor* (franqueador) de inspecionar as instalações do *franchisee* (franqueado); (3) o dever, por parte do *franchisee* (franqueado), de promover os produtos do *franchisor* (franqueador); e (4) a impressão que um terceiro de boa-fé possa ter do *franchisee* e se tratar de uma filial ou estabelecimento por qualquer forma ou meio diretamente operado pelo *franchisor* (franqueador), levando-o à crença de estar tratando diretamente com este, sempre que tratar com o *franchisee* (franqueado).<sup>191</sup>

Por conta disso, segundo a área jurídica da ABF<sup>192</sup>, o franqueador deve ater-se somente a orientar e sugerir práticas a seus franqueados, podendo atitudes mais incisivas do que estas serem caracterizadas como ingerência e, assim, abrirem a possibilidade da responsabilização automática dos franqueadores pelas condutas de seus franqueados. No entendimento da associação, sendo afastada a ingerência, também estaria afastada a caracterização da rede como grupo econômico, aspecto este que a lei trabalhista considera suficiente para determinar a presença da responsabilidade solidária entre as empresas relacionadas (Art. 1º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho), o que poderia, por sua vez, dar margem a interpretação por analogia à área consumerista.

Diante do risco a que o franqueador fica exposto ao licenciar sua marca para um franqueado que esteja muito interessado em desenvolver o negócio, mas pouco interessado em respeitar as normas definidas pelo CDC, uma saída apontada pelos autores para que o franqueador tenha um controle adequado sobre a rede sem a caracterização de ingerência é o estabelecimento de deveres e normas bastante claras no contrato de *franchising*, evidenciando qual a política que a rede tem em relação a seus consumidores e atrelando a renovação do contrato ao cumprimento fiel de tal política. A renovação é, pois, uma forma mais incisiva pela qual o franqueador pode fazer valer suas regras, uma vez que franqueado algum, via de regra, adere ao sistema de *franchising* pretendendo ali permanecer por pouco tempo. O investimento necessário, por si só, já indica o oposto.

---

<sup>191</sup>CHERTO, apud LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 54-55.

<sup>192</sup>MENEZES, Flávio. **O direito do franchising**. São Paulo: ADC, 2004. p. 173.

Por fim, levando-se em conta a possibilidade defendida pela doutrina de o franqueador ter de responder solidariamente com seus franqueados por acidentes de consumo que atinjam seus clientes, Camila Nicolau, ao final da palestra mencionada anteriormente, elencou medidas a serem tomadas pelos franqueadores com fins de prevenção de problemas:

- Utilizar a reclamação dos consumidores como ferramenta para se identificar quais os franqueados causadores dos maiores transtornos aos clientes;
- fornecer informações para auxiliar os franqueados na hora da reclamação do cliente, demonstrando comprometimento da empresa com seus clientes;
- adoção de medidas corretivas;
- identificar problemas recorrentes e/ou problemas que possam ter consequências graves para o franqueador;
- instituir um bom processo de análise de reclamações – Estratégia de Melhoria;
- implantação de um Sistema informatizado para gerenciar as informações relacionadas a cada cliente (histórico de compras; reclamações);
- avaliar o tratamento dos franqueados perante seus consumidores;
- rapidez na solução dos problemas;
- promover treinamento de equipes;
- padronização no momento do atendimento do cliente.

No mesmo sentido, José Cretella Neto<sup>193</sup> adiciona que o acompanhamento do franqueador ao desempenho das franquias é importante para detectar problemas rapidamente e, dessa forma, corrigi-los com brevidade, prevenindo possíveis problemas de qualidade que os consumidores possam enfrentar e a respeito dos quais deva responder.

A prevenção do franqueador e do franqueado é, pois, segundo os doutos, a melhor solução contra acidentes de consumo no sistema de *franchising*. Entretanto, atitudes proativas por parte dos fornecedores não costumam ser notadas corriqueiramente no mercado, razão suficiente para que a legislação atue de forma mais incisiva como medida protetiva e preventiva. É o que será discutido a seguir.

---

<sup>193</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 154.

### **3 *FRANCHISING* NOS TRIBUNAIS, ÉTICA E *LEGE FERENDA***

Muito embora o *franchising* seja uma forma de relacionamento comercial relativamente nova, conforme apresentado no Capítulo 1, os Tribunais enfrentam já uma crescente discussão envolvendo as mais variadas nuances acerca do assunto: questões trabalhistas, tributárias, contratuais e, não menos importantes, consumeristas, sendo estas especificamente sobre as quais reside o interesse do presente estudo. E, dado o crescimento que o sistema vem experimentando nos últimos anos, é de se esperar que as lides em torno do *franchising* cresçam na mesma proporção.

O Capítulo 2 expôs o universo da responsabilidade civil, iniciando-se pela noção tradicional do instituto e afunilando-se para a sua abordagem no microssistema do Código de Defesa do Consumidor, universo cujo epicentro é ocupado pelo consumidor e para o entorno do qual foram trazidos os participantes do *franchising*, franqueador e franqueado, na condição de seus fornecedores, tendo sido expostos os entendimentos de diferentes doutrinadores acerca das responsabilidades que estes têm em relação ao cliente quando da ocorrência de acidentes de consumo.

Falta, pois, abordar o posicionamento que o Poder Judiciário tem adotado diante de tais acidentes. Importa, também, fazer uma análise breve acerca da ética no relacionamento entre franqueador, franqueado e consumidor. E, por fim, uma sugestão de *Lege Ferenda*, como forma de prevenção contra eventuais problemas que ocorram entre o *franchising* e o consumidor.

#### **3.1 Jurisprudência envolvendo *franchising* e o consumidor**

Em pesquisa realizada nos Tribunais de Justiça, foram encontradas decisões em considerável número envolvendo *franchising* e o consumidor nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul. Os acórdãos envolvem situações similares: o consumidor, tendo sido alvo de prejuízo por uma prestação de serviços falha ou pela não entrega de produto, aciona franqueador e franqueado, contra o que o primeiro alega ser parte ilegítima para responder, visto que a contratação do serviço ou produto fora feita entre o consumidor e o franqueado. Diante disso, os Tribunais manifestam-se basicamente acerca da consideração da legitimidade ou não do franqueador para figurar no polo passivo da demanda: se sim, consideram-no solidário ao franqueado; se não, consideram-no independente e, por isso mesmo, parte ilegítima para responder pelos atos do franqueado perante o consumidor.

Assim, importa detalhar mais os posicionamentos dos Tribunais, tendo em vista as diferentes posições apresentadas, sendo que, em algumas situações, há diferentes pontos de vista sobre um mesmo caso, no mesmo Tribunal.

### 3.1.1 Solidariedade entre franqueador e franqueado

Em 2007, um ex-aluno de uma franquia de ensino profissionalizante, localizada na cidade de Presidente Prudente – SP, sentiu-se lesado pelo fechamento repentino da escola, uma vez que o fato lhe impediu de dar continuidade ao curso em andamento. Acionou, pois, tanto o franqueado como o franqueador, tendo alegado este, entretanto, ser parte ilegítima para integrar o polo passivo da ação. Condenados ambos os réus, o ex-aluno achou por bem apelar, tendo como objetivo também receber danos morais por parte do franqueador (parte apelada), o que foi negado pela 30ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em seu voto, o des. Marcos Ramos expôs opinião acerca do não acatamento do juiz de 1º grau à alegação de ilegitimidade por parte do franqueador:

Atenta leitura dos autos revela que o digno Magistrado da causa deu correto solucionamento à lide haja vista que, diante da existência de indubitável relação de consumo entre as partes e do fato incontroverso de que o fechamento abrupto da escola significou defeito na prestação do serviço contratado, era inafastável a responsabilização da apelada a repor todo o prejuízo material efetivamente causado ao apelante, como determina o Art. 20, II, da Lei nº 8.078/90.<sup>194</sup>

Foi reconhecida, pois, a responsabilidade do franqueador pelo prejuízo que o consumidor experimentara diante do fechamento da franquia.

Sobre o episódio de fechamento da mesma escola de ensino profissionalizante, pronunciou-se também a 28ª Câmara do referido Tribunal de Justiça, ainda em 2007, por meio de acórdão que trouxe a seguinte ementa:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – FECHAMENTO DE FRANQUIA DE ESCOLA DE INFORMÁTICA – LEGITIMIDADE PASSIVA DO FRANQUEADOR, QUE É O FORNECEDOR APARENTE E RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR – FRUSTRAÇÃO E INDIGNAÇÃO QUE ULTRAPASSAM AS RAIAS DO MERO ABORRECIMENTO – DANO MORAL CARACTERIZADO – REDUÇÃO,

---

<sup>194</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos declaratórios nº 990315-1/0. Embargante: Thomaz Eder de Souza. Embargada: Microlins Brasil S/C Ltda. Relator: Des. Marcos Ramos. Presidente Prudente, 22 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=62401&v1Captcha=JnXuX>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

TODAVIA, DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. RECURSO PRINCIPAL PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>195</sup>

Em seu voto, o des. Cesar Lacerda, diante da alegação do franqueador (apelante) de que não haveria vínculo entre si e o autor da demanda, respondeu:

A ré é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda porque, quando da contratação (fevereiro de 2002 – fls. 16), mantinha contrato de franquia com a empresa Fênix, liame que só se encerrou em abril de 2002 como expressamente admite nas razões de recurso (fls. 96).

Assim, o autor contratou o curso da empresa Fênix, confiando na idoneidade e na imagem da apelante.

[...]

A legitimidade, pois, da ré é patente, eis que a constatação dos serviços se deu em 20 de fevereiro de 2002 (fls. 16), quando todos os documentos utilizados para o curso e sua efetivação levavam o logotipo, a marca e as características da ré. Os próprios comprovantes para pagamento (fls. 16, 20, 23) apresentam a marca da ré e nessa época a contratação de franquia era mantida com ela (só se rompeu em abril de 2002 – razões de recurso – fls. 96).

Afasta-se, pois, a preliminar.

No mérito a r. sentença substancialmente apreciou a questão nos seus exatos termos e lhe deu correta solução, apenas comportando ligeiro retoque no que concerne ao valor da indenização, que deve ser reduzido.<sup>196</sup>

Entendeu o jurista, pois, que o franqueador deveria responder perante o consumidor.

A 20ª Câmara também proferiu acórdão sobre o mesmo episódio de fechamento, em resposta à apelação do franqueador diante de condenação que o considerou responsável, mais uma vez, pelos prejuízos causados aos alunos da franquia na cidade de Presidente Prudente - SP. O des. Álvaro Torres Júnior, na condição de relator, detalhou em seu voto:

Ora, se o contrato foi celebrado com a franqueadora em 21-01-2002 (cf. fl. 15), quando ainda subsistia o “franchising”, responde a franqueadora por defeitos dos serviços de sua franqueada, pois o produto pretendido pelo consumidor era o curso objeto da franquia, sendo evidente, ademais, que o autor era o consumidor final dos serviços (cf. Art. 2º do CDC).

E a ré responde objetivamente como franqueadora do serviço (cf. arts. 12 a 14 do CDC), ainda que seja fornecedora indireta, decorrendo sua responsabilidade também do vício do produto ou dos serviços (cf. arts. 18 a 20, 21, 22 e 23), estes interrompidos pela franqueada, já que “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação (cf. § 1º do Art. 25 do CDC).

A dissolução do contrato de franquia teria ocorrido em 9-4-2002, pois não há confirmação oficial dessa data lançada no respectivo instrumento (fls. 81-82).

<sup>195</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 995869-0/5. Apelante: Microlins Brasil S/C Ltda. Apelado: José Maria Santos. Relator: Des. Cesar Lacerda. Presidente Prudente, 31 de julho de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=56454>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

<sup>196</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 995869-0/5. Apelante: Microlins Brasil S/C Ltda. Apelado: José Maria Santos. Relator: Des. Cesar Lacerda. Presidente Prudente, 31 de julho de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=56454>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

Ainda que se aceite tal data, competia à ré dar conta ao público em geral de que a “Fênix” não era mais a sua franqueada e avisar diretamente seus alunos de que tal empresa não podia mais usar a marca “Microlins”. Nem poderia esperar que as pessoas que contrataram com a “Fênix” tinham conhecimento do fato, notadamente porque o contrato de prestação de serviços foi celebrado cerca de dois meses e meio antes de dissolvido o contrato de franquia. Tampouco poderia exigir dos alunos matriculados o conhecimento do conteúdo do distrato, que não foi registrado em cartório, não sendo dotado dos efeitos *erga omnes*.

Não bastasse tudo isso, como bem lembrou o juiz sentenciante, tinha a ré a obrigação de fiscalizar a “Fênix”, para evitar que esta, fazendo uso da marca “Microlins”, atraísse pessoas de boa-fé e com elas fechasse negócios, ou mantivesse em erro os alunos que iniciaram o curso.<sup>197</sup>

A 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em resposta à apelação de franqueador que também havia sido responsabilizado pelo fechamento de uma franquia de escola de idiomas, posicionou-se no mesmo sentido que as Câmaras já mencionadas:

APELAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. PRETENSÃO DO AUTOR AO REEMBOLSO DOS VALORES DESPENDIDOS COM MATRÍCULA EM CURSO DE INGLÊS CUJA UNIDADE FOI DESATIVADA. FRANQUIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AFASTADA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>198</sup>

O relator, des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, opinou em seu voto:

O consumidor, ao se dirigir a uma unidade, não tem como saber se está diante da franqueadora ou da própria franqueada, especialmente quando a franqueadora não é diligente na fiscalização do uso de sua marca pela franqueada. Daí a responsabilidade da franqueadora.

Assim, não se pode admitir que a ré desconhecesse as regras a que estava submetida através do contrato celebrado, além do que, nenhuma alusão ou ressalva fez no contrato acerca de se tratar de pessoa jurídica diversa, não podendo agora se valer deste argumento para isentar-se do ressarcimento, ao autor, dos prejuízos sofridos, tampouco transferir ao consumidor os riscos do seu negócio.<sup>199</sup>

A solidariedade entre franqueador e franqueado também foi entendida em uma decisão da 13ª Câmara do mesmo Tribunal de Justiça, que entendeu ser procedente a alegação de

<sup>197</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos de declaração nº 1.225.810-7/01. Embargante: Silvano Ferreira de Araújo. Embargada: Microlins Brasil S/C Ltda. Relator: Des. Álvaro Torres Júnior. Presidente Prudente, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=160629>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

<sup>198</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 992129-0/0. Apelante: CNA Cultural Norte Americano Ltda. Apelado: Mario Clemente de Campos. Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo, 26 de março de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2532707>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

<sup>199</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 992129-0/0. Apelante: CNA Cultural Norte Americano Ltda. Apelado: Mario Clemente de Campos. Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo, 26 de março de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2532707>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

prejuízo feita por um aluno em virtude da demora no início de um curso contratado junto ao franqueado:

CONSUMO – CURSO DE INFORMÁTICA MINISTRADO POR FRANQUEADA, SOB ORIENTAÇÃO DA FRANQUEADORA – INÍCIO EM ATRASO – RESCISÃO CONTRATUAL JUSTIFICADA – DEVOLUÇÃO SIMPLES DAS MENSALIDADES PAGAS, ELIMINAÇÃO DO CONSUMIDOR DE CADASTRO DE INADIMPLENTES E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – TUTELAS MANTIDAS – DESPROVIMENTO DE APELAÇÕES DA FRANQUEADA E DA FRANQUEADORA.<sup>200</sup>

Entendeu o relator, des. Luiz Sabbato, acerca da novamente alegada ilegitimidade passiva do franqueador:

Não há ilegitimidade passiva.  
Na legislação consumerista vige o princípio da impessoalidade, de sorte que a responsabilidade pode ser tributada a toda a cadeia fornecedora ou produtiva, preservando-se sempre o direito de regresso.  
Admite-se a exceção quando evocada a culpa exclusiva, coisa que não ocorre no caso, pois a franqueadora cede o sistema e a franqueada o aplica, de sorte a partilhar, ambas, igual responsabilidade.<sup>201</sup>

Em relação à responsabilidade pela não entrega de produtos a um cliente por parte de um franqueado, entendeu a 17ª Câmara de Direito Privado do referido Tribunal de Justiça que o franqueador deveria responder solidariamente com o franqueado, também, perante o consumidor:

DANO MORAL – CARACTERIZAÇÃO – MERCADORIAS NÃO FORAM ENTREGUES – FRANQUEADORA RESPONDE SOLIDARIAMENTE COM SEU FRANQUEADO – PROTESTO INDEVIDO – PRESUNÇÃO DE DANO MORAL PURO E SIMPLES – VERBA INDENIZATÓRIA DEVIDA – ARBITRAMENTO MANTIDO EM R\$ 3.000,00 – RECURSO IMPROVIDO.<sup>202</sup>

Em seu voto, o des. Carlos Luiz Bianco mencionou:

Com efeito, a apelante é empresa franqueadora do co-réu, conforme demonstram os documentos de fls. 43/71.

<sup>200</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 7307119-5. Apelantes: Microlins Brasil Ltda. e Grajaú Centro de Formação Profissional S/C Ltda. Apelada: Maria de Lourdes Pires. Relator: Des. Luiz Sabbato. São Paulo, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3408367>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

<sup>201</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 7307119-5. Apelantes: Microlins Brasil Ltda. e Grajaú Centro de Formação Profissional S/C Ltda. Apelada: Maria de Lourdes Pires. Relator: Des. Luiz Sabbato. São Paulo, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3408367>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

<sup>202</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 7049318-2. Apelante: Hoken Internacional Company Ltda. Apelado: Aurivan Alexandre da Silva. Relator: Des. Carlos Luiz Bianco. Presidente Venceslau, 06 de maio de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3656756>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

Verifica-se através do contrato de franquia de fls. 46 e seguintes que o franqueado era apto a comercializar os produtos da empresa, que delegou ao franqueado a responsabilidade de sua marca e prestígio, responsabilizando-se, portanto, pelas condutas daquele que contratou.

O consumidor não pode arcar com o ônus do equívoco cometido pela empresa franqueadora, na escolha de seus franqueados, conforme se verifica, inclusive da notificação de rescisão de fls. 43/45, efetuada pela recorrente ao seu franqueado, mesmo porque não é possível ao comprador ter ciência dos termos contratuais estabelecidos entre franqueadora e franqueado, ou, ainda, acerca da idoneidade daquele que representa a empresa apelante.

A franquia é o sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso da marca ou patente, associado ao direito de distribuição. A marca normalmente já é consagrada e as vantagens do franqueador são o aumento da divulgação de sua marca, e, conseqüentemente aumento de faturamento.

O artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor responsabiliza todos os partícipes do ciclo produtivo-distributivo, entre eles a figura do “fornecedor aparente”, que encontra nos contratos de franquia seu campo de atuação, sendo responsável pelos defeitos intrínsecos e extrínsecos dos produtos e serviços, que combina com o Art. 25 do mesmo Código, responsabiliza solidariamente franqueador e franqueado (CDC, Comentado pelos autores do Anteprojeto, 9ª edição).<sup>203</sup>

No mesmo sentido, a 33ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo respondeu favoravelmente ao consumidor que, inconformado diante da decisão de 1º grau em que não foi reconhecida a solidariedade entre franqueador e franqueado em atos praticados por este (e que, por conta disso, extinguiu o processo sem resolução do mérito), apelou ao Tribunal, o qual, por sua vez, publicou acórdão de que foi relator o des. Sá Moreira de Oliveira, sob a seguinte ementa:

RELAÇÃO DE CONSUMO – AQUISIÇÃO DE MICROCOMPUTADORES – AUSÊNCIA DE ENTREGA DO PRODUTO – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PARA RESTITUIÇÃO DE VALORES E DE INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL SUPOSTO – AÇÃO MOVIDA CONTRA EMPRESA FRANQUEADORA – LEGITIMIDADE DE PARTE – AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA PARA IDENTIFICAÇÃO CLARA DO FORNECEDOR – DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR INFRINGIDO – APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA QUE JUSTIFICA A PERTINÊNCIA SUBJETIVA – POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO DA LIDE POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL – DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO – DANO MORAL NÃO EVIDENCIADO – DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL QUE NÃO ENSEJA REPARAÇÃO.<sup>204</sup>

<sup>203</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 7049318-2. Apelante: Hoken Internacional Company Ltda. Apelado: Aurivan Alexandre da Silva. Relator: Des. Carlos Luiz Bianco. Presidente Venceslau, 06 de maio de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3656756>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

<sup>204</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 970178-0/1. Apelante: Luiz Carlos Ferreira. Apelado: Nestartec Informática Ltda. (Star Computer). Relator: Des. Sá Moreira de Oliveira. Santos, 15 de junho de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3921475>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

Em acórdão proferido pela 34ª Câmara do referido Tribunal de Justiça acerca de agravo de instrumento interposto por um franqueador que fora considerado parte legítima para figurar na parte passiva de ação movida por consumidor, o des. Nestor Duarte citou em seu voto um interessante posicionamento da juíza *a quo*, em que reconhecia a solidariedade entre franqueador e franqueado:

A decisão agravada é do seguinte teor (fls. 158/159):  
 “Vistos. Ação de rescisão contratual c/c pedido de indenização por danos materiais e morais. Os instrumentos de fls. 15/17 e 18/20, bem como o carnê de fls. 24, revelam que os contratos cuja rescisão os autores postulam foram firmados com ‘Bit Company São Paulo’, marca de que é detentora a ré, conforme ela própria admite em contestação. Logo, pouco importa em qual unidade franqueada os contratos foram celebrados, porquanto a ré figure face aos autores como fornecedora aparente dos serviços contratados e é, portanto, responsável pelos atos praticados pelos franqueados, nos termos do artigo 25, parágrafo 1º, do CDC. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade de parte, fica prejudicada a preliminar de nulidade de citação [...]”.<sup>205</sup>

O mesmo entendimento foi dado pela 31ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em acórdão recente, conforme traz sua ementa:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA PARCIAL. DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO PREÇO. PREVALECIMENTO, ANTE SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. AGRAVO IMPROVIDO. A prova permite reconhecer que o consumidor, apesar de haver realizado o pagamento, não recebeu os móveis que adquiriu, o que justifica a determinação de pronta restituição do valor pago. A franqueadora, por figurar na cadeia de fornecedores, tem responsabilidade perante o consumidor, cabendo-lhe, se o caso, agir regressivamente perante a franqueada. Os elementos de cognição se mostram suficientes para o reconhecimento dos requisitos legais ensejadores da antecipação.<sup>206</sup>

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, também considerou solidários o franqueador e o franqueado em decisões.

A 17ª Câmara Cível do referido Tribunal, em acórdão proferido no ano de 2007, trouxe a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZATÓRIA – DANOS MORAIS E MATERIAIS – CURSO DE INGLÊS – FRANCHISING – DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELO FRANQUEADO, E FECHAMENTO PRECIPITADO DO CURSO DE INGLÊS EM MUNICÍPIO DO INTERIOR.

<sup>205</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento nº 990.10.318852-7. Agravante: Funzionale Planejamento de Interiores Ltda. Agravados: Mário Manuel da Silva e outra. Relator: Des. Nestor Duarte. São Paulo, 14 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4089071>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>206</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento nº 1.261.799-0/8. Agravante: Novarede Franchising e Participações Ltda. Agravado: Guilherme Lacerda Bruns. Relator: Des. Antônio Rigolin. Sorocaba, 10 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4631430>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RESPONSABILIDADE DO FRANQUEADOR – LEI Nº 8.955/94 E ART. 25, PARÁGRAFO 1º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O franqueador é o fornecedor aparente e deve zelar pela manutenção do nome e obrigações assumidas pelo franqueado, com terceiros, que raramente têm ciência de se tratar de contrato de franquia, mais (sic) imaginam que estão contratando, efetivamente, com o titular de uso da marca.<sup>207</sup>

E a 1ª Câmara Cível, respondendo a embargos de declaração movidos por um franqueador que havia sido considerado responsável pelos atos de um de seus franqueados em relação a um consumidor (autor), entendeu também existir solidariedade entre os participantes da relação de *franchising*, conforme mostra o voto proferido em 2010 pelo relator, des. Maldonado de Carvalho:

De fato, o autor ao firmar o contrato de prestação de serviço, buscava alcançar especialização e melhoria em sua formação escolar, o que certamente resultaria em uma maior possibilidade de projeção no mercado de trabalho.

Contudo, após ter quitado todas as prestações referentes às mensalidades e concluídos todos os módulos de aulas, não obteve a prestação que lhe fora prometida, ou seja, a emissão do Certificado Técnico.

Na verdade, como bem observado pela douta Juíza de primeiro grau, “temos que o objetivo do termo de fls. 22/24 é totalmente contrário às normas protetivas, pois que isenta o franqueador da responsabilidade solidária que mantém com o franqueado, o que descreve a nulidade absoluta da cláusula quarta, em face do disposto do Art. 51, I, do CDC” (fls.72).<sup>208</sup>

Interessante observar que o julgador *a quo* considerou nula a estipulação em contrato da não solidariedade entre franqueador e franqueado.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim como as Cortes de Apelação anteriormente mencionadas, teve de pronunciar-se sobre lides acerca da existência ou não de solidariedade entre os participantes do *franchising* e o consumidor.

Em 2004, um ex-aluno que teve seu nome inscrito em órgão de proteção ao crédito apelou ao referido Tribunal, visto que a ação movida por si contra o franqueado com quem havia contratado um curso de idiomas fora considerada improcedente em 1º grau. O franqueado alegara que a responsabilidade pela inscrição indevida era do franqueador, argumento aceito pelo juízo *a quo*. Entretanto, a 5ª Turma Recursal Cível do Tribunal de

<sup>207</sup>RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos de declaração nº 40.783/2008. Embargante: Ecomundi International Comércio Importação e Exportação Ltda. Embargado: Ica Gifts e Coffee Ltda. e outro. Relator: Des. Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2008. Disponível em:

<<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003D5879692D70A6ED84A9360B4A717895D09C402153246>>. Acesso em: 22.11.2010.

<sup>208</sup>RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 2007.001.27994. Apelante: Guilherme Fraga de Faria Valladares. Apelado: CCAA – Centro de Cultura Anglo-Americana Ltda. Relator: Des. Camilo Ribeiro Rulière. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000303E1886CB8748AEF2B768361E446769486ADC3633E2D>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

Justiça gaúcho entendeu de forma diversa, baseada na seguinte argumentação do relator, des. Leo Lima:

Como se vê, então, tanto a cobrança bancária, quanto o lançamento do nome do autor foram feitos pela franqueadora, em que pese o autor ter celebrado o contrato com a franqueada (fl. 09, 10, 11, 13 3 102), levando esta, inclusive, a argumentar a exclusão de sua responsabilidade, como se observa de fls. 22 e 36/39.

Em primeiro lugar, não há dúvida de que o lançamento do nome do autor no cadastro de proteção ao crédito, bem como a cobrança relativa a um débito inexistente, nas circunstâncias, foram indevidos, tratando-se, ademais, de circunstância vexatória e injusta, causando-lhe, por isso, indesmentível dano moral.

Nessas circunstâncias, então, são incidentes, ao caso, os arts. 159 e 1.518 e parágrafo único do CC de 1916, então vigente, que dispõem serem solidariamente responsáveis, pela obrigação derivada de ato ilícito, todos os autores da ofensa, bem como seus cúmplices.

[...]

Outrossim, no contrato de franquia de fls. 43/53, cláusula 12, verifica-se que o franqueado deveria enviar relatórios, por carta registrada, fornecendo mensalmente informações de cunho financeiro (volume e valor das vendas), número de alunos, número de grupos e níveis nos quais se encontram, informações necessárias ao monitoramento e assistência a serem praticados a distância pelo franqueador sobre o negócio franqueado.

Nesse contexto, parece mesmo ter havido cumplicidade entre franqueadora e franqueada, na cobrança indevida do débito e lançamento do nome do autor no rol de inadimplentes, o que autoriza, pois, a responsabilidade solidária das empresas.<sup>209</sup>

Diante do encerramento das atividades de um franqueado na cidade de Santo Ângelo, interior do Estado do Rio Grande do Sul, alunos moveram ações contra franqueado e franqueador, tendo este recorrido em todas, alegando ser parte ilegítima para responder. A 1ª e a 3ª Turmas Recursais Cíveis do referido Tribunal de Justiça posicionaram-se contrariamente, considerando o franqueador parte legítima e, mais que isso, devendo responder solidariamente com o franqueado, conforme expõem as ementas a seguir:

RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS POR CURSO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL NÃO REALIZADO. PRAZO PRESCRICIONAL DE 03 (TRÊS) ANOS POR SE TRATAR DE RESSARCIMENTO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 206, § 3º DO CC/02. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FRANQUEADORA POR SER SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEL PELOS ATOS DA FRANQUEADA, NOS TERMOS DO ART. 34 DO CDC E DA LEI Nº 8.955/94. PERSONALIDADES JURÍDICAS QUE SE CONFUNDEM PERANTE TERCEIROS. TEORIA DA APARÊNCIA. RESTITUIÇÃO DEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.<sup>210</sup>

<sup>209</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70008709776. Apelante: Raulino Russi. Apelado: Inglês Wisdom Conversação. Relator: Des. Leo Lima. Porto Alegre, 03 de junho de 2004. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&ver\\_sao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70008709776&num\\_processo=70008709776](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&ver_sao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70008709776&num_processo=70008709776)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>210</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000881003. Recorrente: Microlins Centro de Formação Profissional. Recorrida: Shirlei Chemin. Relatora: Desª. Maria José Schmitt Sant'Anna. Porto Alegre, 14 de março de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&ver](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&ver)>

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CURSOS PROFISSIONALIZANTES. FRANQUIA EMPRESARIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA ANTE A INCIDÊNCIA DO CDC. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA FRANQUEADA ANTES DA CONCLUSÃO DO SERVIÇO CONTRATADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA FRANQUEADORA. RESOLUÇÃO CONTRATUAL E DEVER DE RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO IMPROVIDO.<sup>211</sup>

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. FRANQUIA EMPRESARIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA ANTE A INCIDÊNCIA DO CDC. CURSO DE INFORMÁTICA QUE ENCERRA SUAS ATIVIDADES ANTES DE CONCLUIR O SERVIÇO CONTRATADO. PLEITO DE RESTITUIÇÃO IMEDIATA DE QUANTIAS PAGAS. ACOLHIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.<sup>212</sup>

Importa chamar a atenção para o voto do juiz Eugênio Facchini Neto, integrante da 3ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), cujas palavras foram citadas em votos de colegas que deveriam decidir sobre a mesma situação, porém suscitada por diferentes autores:

A principal controvérsia objeto de debate no feito é a questão da responsabilização da empresa franqueadora pelos atos da franqueada. Nesse sentido, tenho que tal responsabilidade incide no caso dos autos, em razão da existência de uma relação de consumo. Não se trata de responsabilizar solidariamente a empresa franqueadora nos contratos firmados com os clientes da franqueada. De fato, essa forma de responsabilização não seria possível, pois inexistente previsão legal ou contratual. Contudo, a incidência do diploma consumerista conduz à interpretação mais favorável à consecução da transparência e harmonia das relações de consumo, observando-se, para tanto, os direitos inerentes à parte hipossuficiente da relação jurídica.

A demandada, embora não tenha firmado diretamente o contrato com a autora, é dona da marca e do *know-how* de comercialização dos serviços. Há apenas a cessão de revenda e uso, mas a assistência e organização no desempenho do negócio continua sendo exercida pelo franqueador.

Assim, não pode a franqueadora, frente ao consumidor, eximir-se da sua responsabilidade quando credencia empresa inidônea para agir em seu nome, como se representante sua fosse. Ao conceder a franquia, deve a franqueadora assegurar-se da existência de idoneidade da franqueada, especialmente quando essa vai angariar clientela usando a marca da franqueadora, levando os consumidores a acreditar na idoneidade dos serviços oferecidos em razão do renome desta. Caso tal idoneidade

---

sao=&versao\_fonetica=1&tipo=1&id\_comarca=700&num\_processo\_mask=71000881003&num\_processo=71000881003>. Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>211</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000845248. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrida: Caroline Streb. Relator: Juiz Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 08 de junho de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71000845248&num\\_processo=71000845248](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71000845248&num_processo=71000845248)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>212</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000845222. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrido: Clair Domingues da Silva. Relator: Juiz Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 23 de maio de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71000845222&num\\_processo=71000845222](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71000845222&num_processo=71000845222)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

não se faça presente, no interesse dos consumidores é de se reconhecer a solidariedade prevista no CDC.

Ante esses argumentos, tenho que a ré é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito.<sup>213</sup>

No mesmo sentido manifestou-se a des<sup>a</sup>. Maria José Schmitt Sant'Anna, também da 3ª Turma Recursal do TJRS, em acórdão sobre a situação de Santo Ângelo, referente à ação proposta por outro consumidor contra o franqueado e franqueador:

Aliás, outro entendimento não se pode extrair do disposto no Art. 34 do CDC, que prevê solidariedade entre o fornecedor do serviço e seus representantes autônomos. Se é certo que as empresas possuem formalmente personalidades jurídicas distintas, a Lei nº 8.955/94, especificamente no inciso XII, do Art. 3º, deixa claro em sua redação que há uma efetiva subordinação da empresa franqueada em relação à franqueadora. Assim, o fato de aquela agir em nome desta equipara-a à condição de representante, especialmente aos olhos dos consumidores.

Sobre a questão há decisão recente das Turmas Recursais:

“AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. FRANQUIA EMPRESARIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. INCIDÊNCIA DO CDC. RECURSO IMPROVIDO. Franqueadora não se exime da responsabilidade por prejuízo causado a terceiro quando credencia empresa inidônea para agir em seu nome, como se representante sua fosse. Sentença confirmada por seus fundamentos” (Recurso Cível Nº 71000710657, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, Relator: Clovis Moacyr Mattana Ramos, Julgado em 05/10/2005).<sup>214</sup>

Recente decisão da 2ª Turma Recursal Cível do referido Tribunal (outubro de 2010) também negou recurso por parte do franqueador, o qual alegara ilegitimidade para figurar no polo passivo de ação movida por consumidor contra franqueado:

INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. CURSO PROFISSIONALIZANTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FRANQUEADORA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FECHAMENTO DA FRANQUIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCLUSÃO DO CURSO NO LOCAL CONTRATADO. RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO.

Legitimidade passiva da franqueadora que decorre da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, com o fito de proteção ao consumidor.<sup>215</sup>

<sup>213</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000845222. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrido: Clair Domingues da Silva. Relator: Juiz Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 23 de maio de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71000845222&num\\_processo=71000845222](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71000845222&num_processo=71000845222)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>214</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000881003. Recorrente: Microlins Centro de Formação Profissional. Recorrida: Shirlei Chemin. Relatora: Des<sup>a</sup>. Maria José Schmitt Sant'Anna. Porto Alegre, 14 de março de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71000881003&num\\_processo=71000881003](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71000881003&num_processo=71000881003)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>215</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71002674612. Recorrente: Instituto de Formação Profissional Ltda. – Instituto Embelleze. Recorridos: Cristiane Mayer Barcellos e outro. Relatora: Juíza Fernanda Carravetta Vilande. Porto Alegre, 13 de outubro de 2010. Disponível em:

Assim, o entendimento dos Tribunais de que há solidariedade entre franqueador e franqueado quando da ocorrência de acidentes de consumo é abundantemente comprovado. Entretanto, não é o único posicionamento que as Cortes estaduais detêm sobre o assunto.

### 3.1.2 Independência entre franqueador e franqueado

Conforme visto ao final da seção há pouco encerrada, uma recente decisão do TJRS acerca da responsabilidade entre franqueador e franqueado em relação ao consumidor, proferida pela 2ª Turma Recursal da referida Corte, considerou solidários os participantes do sistema de *franchising*. Contudo, decisões anteriores da mencionada Turma optaram por posicionamento diferente.

Acórdãos publicados pela 2ª Turma Recursal Cível em relação a demandas propostas por consumidores que haviam se sentido prejudicados diante do fechamento de uma franquia localizada na cidade de Santo Ângelo – RS (caso já mencionado anteriormente), possuíam teor completamente diferente aos dos citados no tópico anterior, prolatados pelas 1ª e 3ª Turmas Recursais Cíveis do referido Tribunal. A época em que foram tomadas as decisões foi a mesma (ano de 2005); porém, apresentando entendimentos diferentes sobre uma mesma situação.

As ementas dos referidos acórdãos da 2ª Turma Recursal do TJRS apresentavam-se com o seguinte teor:

REPARAÇÃO DE DANOS. CONSUMIDOR. Curso de capacitação profissional. Suspensão das atividades pela fornecedora dos serviços. Pretensão à restituição do valor pago. Empresa que exercia suas atividades na condição de franqueada. Demanda erroneamente dirigida contra a franqueadora dos serviços. Ilegitimidade passiva da requerida, em virtude de o contrato de franquia estabelecer a independência no exercício das atividades. Pretensão indenizatória que nada tem a ver com a qualidade dos serviços prestados, quando, então, poder-se-ia cogitar da responsabilização da franqueadora. Defeito no serviço (encerramento das atividades antes da data prevista) imputável unicamente à empresa franqueada. Precedentes da Turma. Preliminar acolhida, julgando-se extinta a ação com fulcro no artigo 267, IV, do CPC. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.<sup>216</sup>

---

<[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71002674612&num\\_processo=71002674612](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71002674612&num_processo=71002674612)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>216</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000838623. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrida: Suzana Oliveira. Relator: Juiz Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 15 de março de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71000838623&num\\_processo=71000838623](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71000838623&num_processo=71000838623)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RESPONSABILIDADE POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. CURSO INTERROMPIDO EM FACE DO FECHAMENTO DA PESSOA JURÍDICA PRESTADORA DO SERVIÇO, NA CONDIÇÃO DE FRANQUEADA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA FRANQUEADORA POR FATO NÃO DECORRENTE DA QUALIDADE DE SEU PRODUTO (MÉTODO DE ENSINO) FRANQUEADO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. DERAM PROVIMENTO.<sup>217</sup>

Os referidos acórdãos consideraram o franqueador como parte ilegítima para figurar no polo passivo das ações, sob a seguinte justificativa, conforme voto do juiz Eduardo Kraemer:

Entendo que deva ser acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da recorrente, pois o fundamento da pretensão deduzida na inicial é o “fechamento” do curso contratado com prestadora de serviços devidamente identificados no instrumento de fol. 23, qual seja, a Escola de Profissões Líder Ltda., que é franqueada para fornecer os serviços de formação profissional da área da informática e outros, consoante contrato de franqueamento de fl. 37.

O descumprimento contratual ocorreu em face do fechamento e interrupção do curso. A responsabilidade não é do método, mas do franqueado.<sup>218</sup>

Integrante da mesma Turma Recursal, a des<sup>a</sup>. Mylene Maria Michel também foi relatora de casos que envolveram o episódio da franquia de Santo Ângelo – RS, em cujos votos valeu-se de semelhante argumento ao de Eduardo Kraemer.

Ademais, os acórdãos do TJRS que consideraram ilegítima a posição do franqueador nas situações em que o consumidor demandou contra franqueador e franqueado apresentaram como principal fundamento uma decisão anterior da 2<sup>a</sup> Turma Recursal, que teve como relator o juiz corregedor Luiz Antônio Alves Capra, a qual reconheceu a ilegitimidade passiva do franqueador recorrente, tendo este sido, por conta disso, excluído da lide.

Capra defendeu o seguinte ponto de vista em seu voto:

No contrato de franquia a relação que se estabelece entre o franqueador e o franqueado não é de subsidiariedade, vale dizer, o franqueado atua como empresa própria e não como mera subsidiária daquele.

<sup>217</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000833194. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrida: Rosa Maria da Silva Peccin. Relator: Juiz Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 15 de março de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71000833194&num\\_processo=71000833194](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71000833194&num_processo=71000833194)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>218</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000833194. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrida: Rosa Maria da Silva Peccin. Relator: Juiz Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 15 de março de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71000833194&num\\_processo=71000833194](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71000833194&num_processo=71000833194)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

Impossível, nesse contexto, atribuir ao franqueador a condição de fornecedor do serviço, quando de fato não o é.

Sua responsabilidade perante o consumidor até poderia se justificar se a reclamação tivesse relação com o material didático alegadamente fornecido ou quiçá com a inadequação do método de ensino.

Não é, entretanto, o caso dos autos onde os atos ensejadores da indenização pretendida foram praticados exclusivamente pelo franqueado.<sup>219</sup>

Entretanto, é importante chamar a atenção para o fato de que o principal motivo da exclusão do franqueador recorrente na lide mencionada há pouco não foi o entendimento acerca da subsidiariedade entre franqueador e franqueado mencionado pelo juiz corregedor em seu voto, mas a constatação de que, à época da contratação do serviço pelo autor da demanda junto ao fornecedor, este ainda não havia assinado contrato de *franchising* com o franqueador recorrente, o que expõe a falta de vínculo entre o franqueador e o consumidor no caso concreto. Assim, muito embora o nobre juiz corregedor tenha mencionado o caráter subsidiário entre os dois participantes do *franchising* como fundamento para a ilegitimidade passiva, há que se levar em consideração o fato de que a discussão principal no acórdão mostrou-se particular demais para servir de base à consideração da ilegitimidade de franqueadores em outras lides que os queriam no polo passivo, juntamente com o franqueado. Ainda assim, a sua utilização foi constatada quando da análise de vários acórdãos prolatados pela 2ª Turma Recursal do TJRS relacionados aos pedidos de indenização por ocasião do fechamento da franquia de ensino profissionalizante de Santo Ângelo – RS.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) também produziu decisões em que o franqueador foi considerado parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda promovida pelo consumidor.

Em 2006, também indignado diante do fechamento do fornecedor de curso profissionalizante em que encontrava-se matriculado, um consumidor de São Joaquim da Boa Vista – SP demandou franqueador e franqueado pelos prejuízos percebidos em função da descontinuidade do serviço. Tendo obtido o autor êxito em sentença de 1º grau, o franqueador recorreu da decisão, alegando ilegitimidade passiva, argumento esse aceito pelos membros do Colégio Recursal da 50ª Circunscrição Judiciária, que proferiu acórdão sob a seguinte ementa:

---

<sup>219</sup>RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000500538. Recorrente: Wise Up – Programas de Ensino e Franquias Ltda. Recorrido: New Way Language Course e outros. Relator: Juiz Corregedor Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 19 de maio de 2004. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&ver\\_sao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=71000500538&num\\_processo=71000500538](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&ver_sao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71000500538&num_processo=71000500538)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

FRANQUIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ENTRE FRANQUEADO E CONSUMIDOR. DESCUMPRIMENTO POR PARTE DO FRANQUEADO. AÇÃO CONTRA A FRANQUEADORA. ILEGITIMIDADE DE PARTE RECONHECIDA. INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.955/94 E DO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO PROVIDO.

Tendo em conta que no contrato de franquia, o franqueador apenas transfere ao franqueado um *know how* de seus produtos e serviços, com autorização para utilização da marca, não há entre ambos nenhuma submissão empregatícia ou societária, de sorte que a responsabilidade pela prestação irregular do serviço contratado pelo consumidor é do franqueado, já que a relação jurídica deste com o franqueador é de total independência (Rec. 177/06-São João da Boa Vista-SP. Colégio Recursal de São João da Boa Vista-SP, 7.8.2006, v.u., rel. Juiz Ronaldo Frigini).<sup>220</sup>

Em seu voto, o juiz relator Ronaldo Frigini expõe as razões pelas quais concorda com a ilegitimidade passiva alegada pelo franqueador recorrente:

O relacionamento negocial entre o franqueado e o franqueador, no caso presente, revela a franquia de serviços, onde o franqueado presta serviços segundo métodos, qualidade e técnicas idealizados, testados e padronizados pelo franqueador, identificados por suas insígnias e marcas (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, E OUTRA. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual, in RT 825/35 e seguintes).

[...]

Pesou no íntimo o MM. Juiz julgador o disposto no Art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, que trata de fornecimento de produtos, envolvendo o fabricante, o produtor, o construtor e o importador, os quais respondem independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Todavia, tenho que os produtos mencionados no dispositivo devem ser interpretados de forma restritiva, como sendo aqueles bens que se usam ou se consomem diretamente.

[...]

Bem se vê, portanto, que quem fornece o serviço, como na hipótese vertente, é o franqueado, pessoa que deve responder pelos danos causados. Aliás, pelo que se percebe dos autos, a assistência e o assessoramento necessário foram prestados, tendo o insucesso do curso decorrido da própria inércia do franqueado que acabou por abandonar o empreendimento. Os princípios da responsabilidade objetiva e do pagamento dos prejuízos independentemente de culpa, assegurados pelo Código do Consumidor, não podem ser aplicados ao caso.

[...]

O contrato celebrado entre a Microlins (franqueadora) e Marília de Freitas Cabral (franqueado) – fls. 46 e seguintes, estabelece em sua cláusula 7ª, parágrafo segundo, que o franqueado responderá perante as autoridades, terceiros e ao fisco sempre em seu próprio nome, sem envolver a marca ou denominação social da franqueadora sendo que a comercialização dos serviços e gerenciamento de sua unidade é de sua inteira responsabilidade.

[...]

<sup>220</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso inominado nº 177/06. Recorrente: Microlins Centro de Formação Profissional. Recorrido: Sebastião Aparecido Teixeira. Relator: Juiz Ronaldo Frigini. São João da Boa Visra, 07 de agosto de 2006. Documento consultado junto ao Departamento Jurídico da franqueadora.

Trata-se, portanto, de um contrato especial em que o franqueado pode utilizar a marca do franqueador sem que este, efetivamente, esteja fazendo parte dos contratos celebrados pelo franqueado. Logo, toda responsabilidade é do franqueado e não do franqueador.

Ora, se assim é, dúvida não há que a empresa Microlins, detentora da marca e franqueadora, é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, devendo o recorrido voltar-se contra a pessoa com quem celebrou o contrato de prestação de serviços.<sup>221</sup>

Posicionamento semelhante foi tomado pela 36ª Câmara do TJSP, em recente decisão (setembro de 2010), acerca da ilegitimidade passiva de franqueador, o qual recorreu de decisão de 1º grau que o condenara ao pagamento de indenização por ato praticado por franqueado contra consumidor. No acórdão proferido, os desembargadores entenderam que o franqueador não deveria responder por erro de franqueado, conforme ementa a seguir:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Curso de inglês em escola franqueada da Wizard. Pagamento de todas as parcelas do curso, mas, não obstante, protesto de título pela franqueada. Ação de indenização por danos morais endereçada exclusivamente contra a franqueadora. Procedência. Inadmissibilidade. Evidente ilegitimidade passiva, eis que a franqueadora nada, absolutamente nada, tem a ver com ato de gestão administrativa e/ou financeira da franqueada. Ação extinta sem resolução do mérito. Apelação provida.<sup>222</sup>

O des. Romeu Ricupero mencionou em seu voto:

A ação foi endereçada contra Wizard Brasil, que contestou e juntou o Contrato de Franquia (fls. 85/96), mas com falta das folhas 12 (doze) e 14 (catorze) das 15 (quinze) do ajuste, em uma das quais estaria a cláusula 13.4, enfatizada nas razões de apelação, pela qual “a Wizard não será responsabilizada por qualquer ato dos diretores, prepostos, funcionários ou agentes do franqueado, eximindo-se de qualquer dano, reclamação, reembolso ou prejuízos causados a terceiros, que possam ser cometidos pelo franqueado na operação da sua franquia, inclusive perante a forma e condições de venda de cursos e livros, aulas ministradas aos alunos da unidade, sobre os quais o franqueado tem responsabilidade exclusiva” (fl. 136).

A r. sentença assentou:

“A princípio, rejeito a preliminar de ilegitimidade arguida pela ré, pois, na qualidade de fornecedora de produtos e serviços – franquia Wizard, por ter se coligado para oferecer ao mercado um produto, comunga de interesses comuns com a franqueada, respondendo, por isso, de forma solidária, pelos prejuízos suportados pelo consumidor. Logo, causado dano a este, ele pode acionar ambas as empresas –

<sup>221</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso inominado nº 177/06. Recorrente: Microlins Centro de Formação Profissional. Recorrido: Sebastião Aparecido Teixeira. Relator: Juiz Ronaldo Frigini. São João da Boa Vista, 07 de agosto de 2006. Documento consultado junto ao Departamento Jurídico da franqueadora.

<sup>222</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível com revisão nº 990.10.001238-0. Apelante: Wizard Brasil Livros e Consultoria Ltda. Apelado: André Luís do Espírito Santo. Relator: Romeu Ricupero. Campinas, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4693186>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

franqueador e franqueadora – ou apenas uma delas, nos termos do Art. 275 do novo Código Civil e do artigo 25, § 1º, da Lei nº 8.078/90.

[...]

Com a devida vênia, essa solução não pode persistir e, a meu juízo, é evidente a ilegitimidade passiva da apelante.

Não se desconhece a abundante jurisprudência desta Corte que, em hipóteses diferentes, tem assentado a solidariedade entre franqueador e franqueado.

[...]

É claro que se a ação do autor viesse fundamentada em fato *know-how* ligado diretamente ao contrato de franquia, ou seja, em fato ligado ao de montagem e operação de uma Escola, com a marca, o logotipo e a metodologia de ensino WIZARD, de acordo com seus padrões e sob a sua supervisão, como constou em um dos “consideranda” de fl. 85, não haveria dúvida sobre o acerto da r. sentença.

Ocorre que o fato que motiva o autor é inteiramente estranho à franqueadora, isto é, só pode ser imputado exclusivamente à má gestão ou má administração da franqueada, que, não obstante o pagamento de todas as parcelas do curso de inglês, acabou por levar a protesto uma das prestações, de forma absolutamente indevida.

[...]

Em suma, nada justifica a demanda endereçada contra empresa franqueadora que nada, absolutamente nada, teve a ver com o protesto indevido e suas consequências danosas.<sup>223</sup>

Vale ainda mencionar interessante posicionamento de magistrado em sentença proferida pelo 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Itumbiara, Estado de Goiás, em cujo documento o julgador fez o seguinte comentário:

Alega a requerida não ter legitimidade para compor o polo passivo da relação processual, ao defender a assertiva de que é apenas a franqueadora da marca comercial Microlins para todo o território nacional, não tendo qualquer tipo de vínculo jurídico com os clientes da empresa franqueada Souza Filho e Silva Ltda., a qual possui independência e autonomia econômica e jurídica.

E, ao meu ver, a preliminar merece ser acolhida.

Reconheço que a matéria é controversa – até porque não há uma lei própria que estabeleça a relação ou obrigação das franquias junto ao mercado consumidor, já que a Lei nº 8.955/94 não trata do assunto – mas tenho a convicção de que as empresas franqueadoras de marca comercial não podem ser responsabilizadas por atos ou fatos praticados pelas empresas franqueadas.<sup>224</sup>

Como visto, a discussão sobre a extensão da responsabilidade do franqueado e do franqueador por acidentes de consumo que vitimam os clientes é acalorada. Entretanto, há que se reconhecer uma tendência maior em se reconhecer a solidariedade entre os participantes do

<sup>223</sup>SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível com revisão nº 990.10.001238-0. Apelante: Wizard Brasil Livros e Consultoria Ltda. Apelado: André Luís do Espírito Santo. Relator: Romeu Ricupero. Campinas, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4693186>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

<sup>224</sup>GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Autos nº 2.414/2004. Ação de rescisão contratual cumulada com restituição e indenização por danos morais. Autor: Maria José Gomes. Réus: Microlins Brasil S/C Ltda. e Souza Filho e Silva Ltda. Juiz: Cláudio Henrique Araújo de Castro. Documento consultado junto ao Departamento Jurídico da franqueadora.

*franchising*, principalmente em função do caráter hipossuficiente atribuído ao consumidor pela legislação.

E, diante de tal hipossuficiência, é importante chamar a atenção para o aspecto ético que as relações comerciais devem considerar, principalmente em situações nas quais o número de participantes é diferenciado, tal como ocorre no *franchising*, o que pode dar margem a tentativas de esquivamento de responsabilidades frente a compromissos perante o consumidor.

### 3.2 A ética, o *franchising* e o consumidor

Ética é uma palavra largamente utilizada. Defini-la, entretanto, é sempre uma tarefa complexa e também um desafio enriquecedor. A ética desperta um fenômeno curioso: trata-se de uma expressão que as pessoas conhecem e sabem contextualizá-la; contudo, não conseguem explicá-la de forma simples, automática, única.

De Plácido e Silva<sup>225</sup> define ética como “a ciência da moral”.

Antônio Houaiss<sup>226</sup>, por sua vez, considera-a “parte da Filosofia que estuda os valores morais e os princípios ideais da conduta humana”. Assim, como se percebe, ética e moral caminham juntas, muito embora não sejam exatamente sinônimos. Etimologicamente falando, a palavra *ética* vem do grego “ethikos”, que tem seu correlato no latim “morale”, com significado similar: conduta, ou relativo aos costumes. Entretanto, atribui-se à ética uma conotação mais filosófica, enquanto que a moral tem sentido mais prático.

No entender de Lafayette Pozzoli e Luciano Braz da Silva<sup>227</sup>,

[...] a ética é o instrumento pelo qual se determina a valorização dos comportamentos e das ações humanas no intuito de medir-lhes quanto às suas utilidades, finalidades, seus direcionamentos, as consequências, os mecanismos, os frutos etc. Portanto, nas palavras de BITTAR, “Se há que se especular em ética sobre alguma coisa, essa ‘alguma coisa’ é a ação humana”.

A conduta ou ação humana, pois, relaciona-se intimamente com a ética, motivo pelo qual estreitar-se-á sua abordagem a seguir.

<sup>225</sup>SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 566.

<sup>226</sup>ÉTICA. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Versão 3.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. CD-ROM.

<sup>227</sup>POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir. (Coord.). **Matrizes dos conceitos de justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 27.

### 3.2.1 O objeto da ética

Desde a Antiguidade, os filósofos discutem o objeto da ética. Fábio Konder Comparato explica:

Mas qual o fim último da ordem ética, cuja culminância se encontra na organização política? Qual o sentido e a razão de ser da *polis*, afinal?  
Para Platão e Aristóteles, a resposta a essa indagação capital é bem clara. A finalidade última do Estado só pode ser a realização da felicidade plena para todos os homens, sem exclusões ou restrições. A felicidade é, com efeito, o fim supremo da vida humana, aquele que se basta a si mesmo. Todos os outros bens da vida não passam de meios para se atingir essa finalidade última.<sup>228</sup>

Platão, segundo Comparato, define a felicidade como o sentimento que existe a partir do momento em que se vive com justiça, a qual, por sua vez, pode ser entendida como a organização de uma sociedade política em que os cidadãos sejam iguais, cada qual exercendo a função particular que lhe tenha sido atribuída para o bem geral da coletividade. Para Platão, pois, a união é símbolo de justiça, sendo a injustiça o resultado da desunião.

Continua Fábio Konder Comparato:

Platão e Aristóteles concebem a felicidade como o bem supremo, isto é, como a finalidade última de vida para todos os homens. Por conseguinte, o objetivo político é dar a todas as categorias de cidadãos, e não a uma ou algumas delas apenas, a possibilidade de uma vida feliz.

[...]

Em Aristóteles, encontramos a mesma visão universal da matéria. Ele também, tal como seu mestre Platão, sustenta que a felicidade, entendida como um especial modo de vida – o viver na virtude –, é o bem supremo do homem, e que a realização da felicidade constitui o objeto próprio da ética.<sup>229</sup>

Assim, falar em ética é falar em felicidade, é entender que a busca do bem se dá por meio da virtude que, uma vez aflorada nas pessoas, manifesta-se na convivência pacífica e na união, produzindo, pois, um ambiente em que exista justiça.

Pozzoli e Silva concluem acerca da visão de Platão sobre a virtude:

Portanto, o indivíduo virtuoso, para Platão, é o sábio que conscientemente sabe trabalhar com a razão, utilizando-a para impor o pleno domínio das tendências irascíveis e concupiscíveis humanas, tudo com vistas à supremacia da alma racional. Sendo assim, virtude em Platão significa controle, ordem e equilíbrio, proporcionalidade etc., em que as almas inferiores – portanto irascíveis e

<sup>228</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 102.

<sup>229</sup>Ibid., p. 103-104.

concupiscentes - , devem, todavia, se submeter aos comandos da alma racional, esta sim soberana.<sup>230</sup>

Há que se mencionar também o entendimento de Aristóteles acerca da responsabilidade. Segundo o filósofo, o princípio da responsabilidade baseia-se em duas pressuposições: a de que a realidade é contingente (ou seja, o futuro não está definido) e que depende do indivíduo que age (o indivíduo é considerado autor de seus atos quando o ato depende dele). Essas são as duas exigências para que uma ação possa ser considerada virtuosa ou não:

Ora, o exercício da virtude diz respeito aos meios. Por conseguinte, a virtude também está em nosso poder, do mesmo modo que o vício, pois, quando depende de nós o agir, também depende o não agir, e vice-versa; de modo que quando temos o poder de agir quando isso é nobre, também temos o de não agir quando é vil; e se está em nosso poder o não agir quando isso é nobre, também está o agir quando isso é vil. Logo, depende de nós praticar atos nobres ou vis, e se é isso que se entende por ser bom ou mau, então depende de nós sermos virtuosos ou viciosos.<sup>231</sup>

Assim, é possível entender que a bondade e a virtude dependem, essencialmente, do homem. Vícios e virtudes não são simples traços psicológicos adquiridos, mas têm significado moral, porque pertencem ao campo daquilo que depende do ser humano.

Agindo contra a norma que toda pessoa educada conhece, entende-se que o homem não saiba (ou, ao menos, não queira saber) onde está o bem. A lei, por isso mesmo, pune mais severamente o irresponsável, já que este possui a aptidão para deliberar.

Aristóteles entende, pois, que o homem tenha capacidade suficiente para compreender a diferença entre o bem e o mal e que, uma vez praticando atos virtuosos, age responsabilmente e, por essa razão, contribui para a felicidade de seus semelhantes, criando um ambiente em que a ética predomina.

Considerando-se ainda a ideia do livre arbítrio, ou seja, de que o homem tem o poder de escolher suas ações, responsável é aquele que usa sua liberdade de escolha direcionando suas ações para o bem. Afinal, como ensina André Franco Montoro<sup>232</sup>, “é de forma consciente e fundamentalmente livre que o homem desenvolve sua atividade, subordinado às leis da natureza e da ordem universal”.

<sup>230</sup>POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir. (Coord.). **Matrizes dos conceitos de justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 37.

<sup>231</sup>ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Greg Bornheim. São Paulo: Abril, 1984. p. 87.

<sup>232</sup>MONTORO, André Franco. Retorno à ética na virada do milênio. In: LIMA FILHO, Alceu Amoroso; POZZOLI, Lafayette. (Org.). **Ética no novo milênio: busca do sentido da vida**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 30.

Contudo, considerando que a virtude não é uma característica inata do ser humano, mas dependente de sua vontade, é de fundamental importância que existam limites para que cada um exerça o seu livre arbítrio sem ofender a liberdade do próximo, sob pena da convivência tornar-se algo impraticável.

### 3.2.2 A ética no *franchising*

Falar em ética, como visto, leva fundamentalmente à discussão das ações e atitudes tomadas pelas pessoas, nos mais diferentes ambientes e situações. E, dada a sua profundidade, a ética alastra-se por todas as áreas em que o ser humano esteja presente.

Antonio Marchionni<sup>233</sup> faz uma interessante observação a respeito da crescente discussão generalizada em torno da ética:

Nos últimos anos, a Ética virou uma Fênix Árabe, ave lendária que renascia de suas cinzas: dela todos falam, todos a desejam, mas ninguém sabe onde está e como é. A vertiginosa erupção de detalhes, livros e campanhas sobre Ética neste limiar do Terceiro Milênio, simplesmente denuncia uma perda: algumas comunidades dos homens não mais possuem uma regra das ações. O pluralismo cultural, o enorme crescimento das áreas do saber e o barulho materialístico-consumístico deixaram muitos homens sem aquele referencial unificador de inspiração e de comportamento, que historicamente foi exercido pelas Religiões e pela metafísica filosófica. Mas a falta de um paradigma ético ameaça a existência. Daí a corrida ao discurso ético, como os naufragos à tábua de salvação, sob o signo da confusão e do desespero.

Um exemplo que ilustra bem a disseminação da discussão em torno das atitudes tomadas pelas pessoas é a ética profissional. Segundo De Plácido e Silva<sup>234</sup>, a expressão indica “a soma de deveres, que estabelece a norma de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com o cliente e todas as demais pessoas com quem possa ter trato”. O autor explica, ainda, que a ética profissional, via de regra, funda-se no complexo de normas estabelecidas pelos usos e costumes. Entretanto, pode também ser instituída por órgãos, os quais detêm a responsabilidade por regular e fiscalizar determinada área, como por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Federal de Medicina.

<sup>233</sup>MARCHIONNI, Antônio. A ética e seus fundamentos. In: LIMA FILHO, Alceu Amoroso; POZZOLI, Lafayette. (Org.). **Ética no novo milênio: busca do sentido da vida**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 137-138.

<sup>234</sup>SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 566.

Na área do *franchising*, no Brasil, a ABF estabeleceu um Código de Ética, baseado<sup>235</sup> no Código de Ética do IFA, cujas regras devem ser observadas por todos os associados. Entende a entidade que a obediência a tais regras seja fundamental para que o convívio entre os entes participantes do sistema de *franchising* seja pacífico. Cita-se a seguir o Art. 13 do referido Código, que trata especificamente das infrações assim consideradas pela Associação:

Artigo 13 - Constitui infração toda e qualquer conduta comissiva ou omissiva praticada por qualquer Associado, que viole as regras e procedimentos dispostos no presente Código.

§ 1º - Constituem infrações graves, passíveis das penalidades aqui previstas, as seguintes hipóteses cometidas por Franqueadores, Franqueados ou Fornecedores e Prestadores de Serviços do Sistema de Franchising:

I - Realização de publicidade e divulgação de franquias, marcas, produtos ou serviços que contenham ambigüidades, ou seja, enganosas ou tendenciosas a ilusões por parte de potenciais franqueados;

II - Utilização, cópia e/ou imitação de marcas registradas, razão social, nome comercial, slogan, logotipo ou outra forma de identificação de outra marca, inclusive trade-dress, (conjunto formado pela associação da Marca a elementos de cores e layout, para comercialização de produtos ou serviços), nacional ou estrangeiro, que possa vir a iludir ou incorrer em erros por parte de terceiros;

III - A prática de qualquer forma de marketing ou distribuição indiscriminada de produtos e serviços de rede multinível (pirâmide) para incluir novos candidatos ao Sistema de Franquia, sem antes submetê-los a um processo criterioso de avaliação;

IV - Realização de anúncios, promoções ou quaisquer meios de divulgação e expansão de franquias, produtos ou serviços sem a clareza, transparência ou objetividade necessárias para uma exata compreensão por terceiros interessados;

V - Ausência de fornecimento aos candidatos a franqueados das informações sobre a franquia que sejam relevantes para o processo de seleção e para o relacionamento entre franqueador e franqueado, deixando de estabelecer clara e formalmente todos os princípios desse relacionamento, suas particularidades, direitos, obrigações e respectivas responsabilidades;

VI - Ausência de fornecimento de informações e dados financeiros e/ou comerciais das franquias aos candidatos a franqueados, deixando de apresentar as demonstrações reais com áreas geográficas e período de tempo analisado;

VII - Ser conivente com erros técnicos ou infrações éticas cometidas por qualquer associado;

VIII- Prática de atos ou serviços que não estejam alinhados com a boa prática do Franchising, principalmente no incentivo, participação ou contribuição, de qualquer forma, com a criação de redes de franquia cujo modelo de negócio e/ou estrutura legal se revelem incompatíveis com os preceitos e normas contidas neste Código.

É interessante notar que o consumidor não é mencionado claramente, sendo possível perceber que ele foi considerado como “terceiro interessado”.

<sup>235</sup>ASSOCIAÇÃO brasileira de franchising. Código de Ética da Associação Brasileira de Franchising. Disponível em: < [http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Codigo\\_de\\_Etica.pdf](http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Codigo_de_Etica.pdf)>. Acesso em: 09 mai. 2011.

Já o Código de Autorregulamentação<sup>236</sup> da entidade aborda o consumidor no sentido lato, enquanto mercado de consumo, sendo dever do franqueador

4.5. - Zelar pelo aperfeiçoamento e desenvolvimento do seu Sistema de Franquia, visando que os franqueados da rede possam atender as necessidades apresentadas pelo mercado consumidor.

Vê-se, pois, que tanto o Código de Ética quanto o Código de Autorregulamentação da ABF demonstram explicitamente a preocupação da entidade em manter o relacionamento entre franqueador e franqueado sob controle, delimitando regras de boa conduta que devem ser seguidas por ambos, cuja observação objetiva zelar pela credibilidade e boa imagem do sistema de *franchising* no Brasil. Em relação aos cuidados com o consumidor, entretanto, tais Códigos não são explícitos.

Eis a razão pela qual torna-se pertinente expor com mais detalhes situações que envolvam o *franchising*, o consumidor e a ética.

### **3.2.3 Comportamento ético entre o *franchising* e o consumidor**

No momento em que um investidor manifesta interesse em participar de uma rede de franquia, a preocupação do sistema volta-se para o início do relacionamento entre o dono da ideia (o franqueador) e o seu futuro desfrutador (o franqueado). Esforços são empregados no sentido de aclarar deveres e direitos recíprocos, sendo o lucro o objetivo comum.

Contudo, a prática revela que pouco se esclarece ao interessado em adentrar ao sistema sobre o tipo de responsabilidade que terá perante o consumidor, exceto pelo fato de que, em alguns casos, cláusulas contratuais demonstram ao contratante desde logo que o franqueador não responderá por erros que o franqueado venha a cometer em relação a terceiros, termo este considerado bem genérico. Surgem, então, duas questões.

A primeira diz respeito ao entendimento do que seja o terceiro na relação de *franchising*. Pode ser considerado terceiro um fornecedor, o Governo, assim como o consumidor. Que o franqueador considere-se isento de responsabilidade perante o fornecedor do franqueado, é compreensível, visto que essa relação encontra-se no rol das que recebe guarida do Direito Civil, sendo traço essencial do sistema de *franchising* a independência entre as empresas constituídas separadamente pelo franqueador e pelo franqueado. O mesmo

---

<sup>236</sup>ASSOCIAÇÃO brasileira de franchising. Código de Autorregulamentação do franchising. Disponível em: <[http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Código\\_de\\_Autoregulamentação.pdf](http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Código_de_Autoregulamentação.pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2010.

entendimento pode ser tomado em relação a órgãos do Governo, devendo o franqueado, na condição de empresa independente, assumir seus compromissos tributários e fiscais perante o setor público. Entretanto, no momento em que o consumidor é o terceiro, a situação muda de figura, conforme já referendado por doutrinadores e, especificamente, pela jurisprudência, que deu sinais de considerar nulas, inclusive, cláusulas em contrato de franquia<sup>237</sup> que eximam o franqueador de responsabilidade por quaisquer atos do franqueado praticados contra terceiros (*lato sensu*), tais como o exemplo abaixo, retirado de um contrato de franquia real:

Cláusula 15ª - O FRANQUEADO responderá perante as autoridades, terceiros e ao fisco sempre em seu próprio nome, sem envolver a marca ou denominação social da FRANQUEADORA sendo que a comercialização dos serviços e gerenciamento de sua unidade é de sua inteira responsabilidade.<sup>238</sup>

A segunda questão refere-se ao controle que o franqueador exerce sobre sua rede, com o objetivo de manter a padronização e a verificação do acerto no emprego dos processos manualizados e ensinados aos franqueados. Como mencionado anteriormente, certo controle é outra característica inerente ao sistema de *franchising*, aparecendo tal traço já no Art. 3º da Lei nº 8.955/94 e no Código de Autorregulamentação da ABF<sup>239</sup>, como uma demonstração de que o franqueado permanecerá sendo vigiado durante a vigência do contrato de franquia, o qual, por sua vez, costuma também deixar claro esse acompanhamento:

Cláusula 16ª - A FRANQUEADORA poderá, a qualquer tempo, a seu critério exclusivo, proceder, diretamente ou através de representantes, funcionários ou prepostos seus, ou, ainda, de profissionais ou empresas especializadas que para tanto contratar, a exames e vistorias das instalações do FRANQUEADO, bem como ao exame e auditoria de seus livros e controles, com o qual concorda expressamente o FRANQUEADO, de modo a verificar se o mesmo cumpre, integral e fielmente, os termos do presente contrato e as normas, condições e orientações contidas nos manuais que fazem ou que, a qualquer tempo, venham a fazer parte integrante deste.<sup>240</sup>

<sup>237</sup>RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 2007.001.27994. Apelante: Guilherme Fraga de Faria Valladares. Apelado: CCAA – Centro de Cultura Anglo-Americana Ltda. Relator: Des. Camilo Ribeiro Rulière. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000303E1886CB8748AEF2B768361E446769486ADC3633E2D>>. Acesso em: 23 nov. 2010.

<sup>238</sup>Contrato integrante da Circular de Oferta de Franquia. Informação pessoal.

<sup>239</sup>Diz o item 6.3 do Código de Autorregulamentação da ABF que é obrigação do franqueado “fornecer ao franqueador todos os dados referentes ao negócio franqueado, a fim de possibilitar ao franqueador um controle eficaz do desenvolvimento da rede”. Disponível em: <[http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Código\\_de\\_Autoregulamentação.pdf](http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Código_de_Autoregulamentação.pdf)> Acesso em: 28 jan. 2011.

<sup>240</sup>Contrato integrante da Circular de Oferta de Franquia. Informação pessoal.

Dessa forma, diante de tal vigilância, é difícil aceitar-se a ideia de que o franqueador não tome conhecimento de eventuais práticas inadequadas que os franqueados possam tomar em relação ao consumidor no decorrer da prestação de serviços ou venda de produtos. Muitas redes, por exemplo, dispõem de sistema operacional que funciona em tempo real (*online*), conectado via rede diretamente ao franqueador, o que faz com que este possa ter informação confiável sobre o desempenho das franquias.

Questão igualmente importante e que deve ser chamada à discussão é a compulsão ao crescimento que o franqueador costuma apresentar. Sendo o *franchising* uma forma de facilitar a expansão de uma marca, é natural que o franqueador valha-se do sistema para ver sua ideia pulverizada no curto prazo. Thomaz Saavedra faz menção ao assunto:

A compulsão ao crescimento é uma qualidade do *franchising* moderno: a economia do negócio leva o franqueador a estar sempre abrindo novos pontos de venda, como forma de aumentar a sua receita, e cada nova franquia autorizada aumenta os *royalties* que o franqueador colhe do sistema.<sup>241</sup>

Os números apresentados no Capítulo 1 atestam essa facilidade que o *franchising* encontra no mercado para difundir-se. Entretanto, faz-se a seguinte reflexão: ocorre tal crescimento sobre bases sustentáveis? Motiva-se tal reflexão diante dos seguidos casos de fechamento de unidades franqueadas (e que prejudicam inúmeros consumidores), realidade esta mencionada no início do presente Capítulo, insucessos que os franqueadores costumam atribuir à má gestão e incompetência administrativo-financeira de seus até então parceiros. Não há dúvidas de que o empreendedorismo exige talento e preparo, mas espera-se que o franqueador perceba tais características no momento em que analisa o perfil dos interessados em assinar um contrato de *franchising*.

Diante disso, é inegável o compromisso ético de crescimento que o franqueador tem com seus franqueados e, principalmente, com os consumidores. No momento em que autoriza um empresário desqualificado a prestar serviços ou a vender produtos sob sua marca e seus processos para consolidar sua posição no mercado e ganhar posições na competição com outras marcas, o franqueador passa a ser responsável pelo tipo de atendimento que o consumidor receberá por parte do franqueado, uma vez que este foi autorizado pelo primeiro a selar relações comerciais com o consumidor, sem que este saiba, na maioria das vezes, que não está, efetivamente, lidando com o titular da marca.

---

<sup>241</sup> SAAVEDRA, Thomaz. **Vulnerabilidade do franqueado no franchising**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23.

Da mesma forma, não é ético por parte do franqueado valer-se da marca e do prestígio do franqueador para lograr sucesso junto ao consumidor, induzindo este a erro, de forma a fazê-lo acreditar que o dano tenha sido causado pelo titular da marca, quando na verdade o prejuízo foi causado por si.

Luiz Antônio Rizzato Nunes, a respeito da importância da conduta ética do empresário, comenta que

[...] não é o lucro o mal, é o reconhecimento de sua importância social, do ponto de vista moral. E isso depende tanto mais da atuação da pessoa, que deve pautar sua conduta de forma moralmente válida quando no exercício do papel de empresário. Em outras palavras, se é legítimo auferir lucro, segundo as regras estatuídas, através do papel de empresário, é dever moral da pessoa que incorpora esse papel orientar ações segundo parâmetros éticos.<sup>242</sup>

É evidente, ainda, que haja casos em que a ética falte ao consumidor, principalmente quando este tenta obter vantagem por meio de uma situação forjada, de maneira a responsabilizar injustamente franqueador e franqueado, ou a um dos dois, somente. Entretanto, levando-se em consideração a condição financeira menos favorável deste em relação ao franqueador e franqueado, a probabilidade maior de experimentar prejuízo em acidentes de consumo acaba sendo atribuída ao consumidor, razão pela qual o Estado achou por bem protegê-lo, utilizando-se para isso o Código de Defesa do Consumidor.

No Capítulo 1, mencionou-se o dever que o Estado tem em zelar pelo equilíbrio da ordem econômica, estabelecendo limites para tal, de forma a propiciar uma convivência harmônica por meio da promoção da igualdade e da justiça social. Segundo Cláudia Lima Marques, foi justamente esse o papel da Lei nº 8.078/90: o restabelecimento de um equilíbrio há muito tempo colocado em xeque pelos ditames do regime capitalista:

Assim, concluiu-se que, para realizar a igualdade, como ideal do justo, o direito privado necessitava de um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado, típica do direito público, da hierarquia de suas normas (normas de ordem pública) e da força equalizadora dos direitos humanos. Em outras palavras, para realizar a igualdade material mercado (*favor debilis*) e assegurar direitos imperativos (indisponíveis por vontade das partes, direitos de ordem pública) aos mais fracos. Era necessário valorizar as desigualdades, as diferenças de poder, de informação, de especialização e de posição entre os sujeitos livres do mercado de consumo, e aplicar normas e princípios, como a boa-fé e a função social da propriedade dos

---

<sup>242</sup>NUNES, Luiz Antônio Rizzato. O Poder Judiciário, a ética e o papel do empresário nacional. In: LIMA FILHO, Alceu Amoroso; POZZOLI, Lafayette. (Org.). **Ética no novo milênio: busca do sentido da vida**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 255.

contratos, que ajudassem a reequilibrar com equidade as situações diferenciadas, como as de consumo.<sup>243</sup>

Protegido, pois, pelo CDC, o consumidor ganhou peso diante do fornecedor e respeito no mercado, forçando a livre iniciativa, que garante a cada um desenvolver livremente a atividade escolhida, a respeitar novos limites além dos que já havia estabelecido a Constituição.

Acrescenta Marques:

A igualdade só pode ser abordada sob o ponto de vista de uma comparação. Eis aqui o desafio maior do direito privado brasileiro atual, em face da unificação do regime das obrigações civis e comerciais no Código Civil de 2002 e em face do mandamento constitucional de discriminar positivamente e tutelar de forma especial os direitos dos consumidores (Art. 5º, XXXII, da CF/88), também em suas relações civis. A igualdade perante a lei e a igualdade na lei só podem realizar-se hoje, no direito privado brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor, e se for efetivo um direito tutelar do consumidor, daí a importância desta nova visão tripartite do direito privado, que é centrada na dignidade da pessoa humana e na ideia de proteção do vulnerável, o consumidor.<sup>244</sup>

Entende-se, pois, que a relevância atribuída pela lei ao consumidor tornou sua convivência com o fornecedor mais harmônica, vez que as diferenças acentuadas pela discrepância econômica entre ambos anteriormente não permitiam uma comparação que revelasse equilíbrio entre um e outro. Contudo, constatado agora desse equilíbrio, volta-se à ideia de Platão sobre igualdade, mencionada no início do presente Capítulo, pela qual ele defende que, em sendo os homens considerados iguais, aumentam-se as reais chances de se viver com justiça. E em sendo a sociedade justa, mais chances terá o Estado de proporcionar felicidade a todos os cidadãos, fim este que se confunde, em última instância, com a própria ética, reivindicada atualmente mais do que nunca, como entende André Franco Montoro:

Esse é o sentido da atual reivindicação de ética em amplos setores da vida social. A exigência do respeito à dignidade da pessoa humana – em todas as suas dimensões e em todos os lugares – traduzida na luta universal pelos direitos humanos, é um dos movimentos mais importantes da história de nossos dias. A Declaração Universal de 1948 define essa exigência ética e marca a esperança de um mundo mais humano.<sup>245</sup>

Muito embora o CDC sirva de escudo ao consumidor, a possibilidade de este sofrer danos por parte de fornecedores é sempre grande, principalmente diante de institutos que não

<sup>243</sup>BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

<sup>244</sup>Ibid., p. 35.

<sup>245</sup>MONTORO, André Franco. Retorno à ética na virada do milênio. In: LIMA FILHO, Alceu Amoroso; POZZOLI, Lafayette. (Org.). **Ética no novo milênio: busca do sentido da vida**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 30.

sejam largamente conhecidos, entre os quais pode ser encaixado o *franchising*. E, levando-se em consideração a probabilidade de aumentarem os episódios em que a ética ausente-se no relacionamento do franqueador e franqueado com o vulnerável, torna-se conveniente um olhar mais atento para a lei que disciplina o instituto, com intenção reformadora.

### **3.3 Projetos de Lei que visaram (e visam) à mudança da Lei nº 8.955/94**

Como visto ao longo do estudo, o sistema de *franchising* apresenta particularidades que podem dificultar o entendimento acerca da imputação da responsabilidade por danos causados aos consumidores, semeando dúvidas tanto entre estes como entre o próprio Poder Judiciário, quando demandado.

Contudo, a questão consumerista não parece preocupar os que lidam diretamente com o sistema e dele dependem. Tal ausência de preocupação é compreensível, visto que os mentores do *franchising* no Brasil (leia-se franqueadores) concentram seus esforços no resguardo de seus interesses, algo atinente a uma economia com fins capitalistas. Diante dessa realidade, o consumidor, ainda que alvo principal das redes de franquias, depende de iniciativas do poder público para ter seus direitos resguardados no *franchising*.

A Lei nº 8.955/94, ao longo de sua vigência, recebeu propostas de mudança de texto, dentre as quais merecem destaque as seguintes, cujos textos encontram-se, na íntegra, no ANEXO A.

#### **3.3.1 Projeto de Lei nº 2.921-A/2000**

Alterava a redação dos artigos 2º, 3º, 4º e 8º da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Redefinia franquia empresarial como o sistema pelo qual um franqueador autoriza um franqueado, por meio de licença ou outro meio jurídico, a usar marcas e, quando fosse o caso, outros objetos de propriedade intelectual. Incluía critérios para concessão de franquia e subfranquia de indústria, comércio, serviço, agrícola e de empresas públicas.

Um ponto interessante mencionado por esse projeto foi a consideração da legislação de propriedade intelectual vigente no Brasil, citada em seu novo Art. 10, que chamou a atenção para um documento muito importante e até então não considerado no *franchising*: o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), integrando este o Anexo 1C do Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio, o qual fora elaborado durante a Rodada do Uruguai, concluída em 1994. Os

principais tópicos do TRIPs que se referem à propriedade intelectual encontram-se no ANEXO B.

Esse projeto de lei, muito embora apresentasse inovações interessantes, foi arquivado pela Mesa Diretora da Câmara em 2003, conforme determinado pelo Art. 105 do Regimento Interno daquela casa de Leis.

### **3.3.2 Projeto de Lei do Senado nº 273/2001**

Alterava a Lei nº 8.955/94 para vedar a sublocação de imóveis, pelo franqueador ao franqueado, por valor superior ao da locação.

A justificativa da mudança residia no fato de ser comum a prática da sublocação de imóveis alugados por franqueadores a seus franqueados, por preço superior ao da locação, o que tornava o negócio desequilibrado para o sublocatário. Sem esquecer que tal prática é vedada pela Lei nº 8.245/91.

Tal como o projeto anteriormente mencionado, este também foi arquivado ao final da legislatura, especificamente em 2003, conforme mandava o Regimento Interno da Casa.

### **3.3.3 Projeto de Lei nº 4.319/2008**

Altera a Lei nº 8.955/94, exigindo que a empresa franqueadora tivesse no mínimo um ano de funcionamento antes de iniciar seu sistema de franquia. Essa modificação constava também no Projeto de Lei nº 2.921-A/00, mencionado por primeiro. Entretanto, eram exigidos dois anos para o início do processo de franqueamento de uma marca naquela proposta.

Esse projeto encontra-se atualmente em tramitação, aguardando entrada na pauta da mesa diretora da Câmara dos Deputados para votação.

### **3.3.4 Projeto de Lei nº 6.080/2009**

Altera a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, para vedar a sublocação de imóveis, pelo franqueador, por valor superior ao da locação. Semelhante teor ao do projeto apresentado no ano de 2001, no Senado, sob o número 273 (já mencionado).

E, da mesma forma como o anterior, este projeto encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, aguardando parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa de Leis.

São estes os projetos de lei que visaram e visam até o momento à mudança da Lei do *Franchising*. Importa mencionar que a ABF acompanha o trâmite de todos os projetos, prestando contas a seus associados nas ocasiões em que era dado um novo passo por cada um deles no Congresso Nacional.

Mas defende-se, ainda, a necessidade de uma mudança inédita na referida lei, conforme será sugerido a seguir.

### **3.4 *Lege Ferenda* como medida preventiva e protetiva às relações consumeristas no *franchising***

A dúvida acompanha o ser humano desde o início de sua existência. A partir do momento em que o homem percebeu sua capacidade de raciocinar, junto com ela vieram as dúvidas. Engana-se o que considera a dúvida algo ruim, pois é por meio da curiosidade, do desejo por obter respostas, que o ser humano conseguiu desenvolver-se e assim o continuará fazendo. Johann Wolfgang Von Goethe disse: “Só sabemos com exatidão quando sabemos pouco; à medida que vamos adquirindo conhecimentos, instala-se a dúvida”. O acúmulo de conhecimento, pois, é combustível para os questionamentos.

O *franchising*, como visto ao longo deste estudo, é um sistema que, muito embora relacione-se com um grande número de pessoas, nem sempre é percebido pela maioria de seus usuários. A verdade é que, enquanto o relacionamento comercial entre a marca e o consumidor dá-se de maneira normal, dentro do previsto, a existência do *franchising* é irrelevante para o cliente. Mostra-se, até mesmo, muito útil, visto que lhe permite ter acesso a produtos e serviços que, se não fosse por meio do sistema, talvez somente estivessem disponíveis em cidades de maior tamanho. Contudo, a partir do momento em que ocorrem acidentes de consumo, o *franchising* é chamado à discussão e questionado quanto à responsabilidade de seus participantes perante o acidentado. Eis que surgem, pois, as interrogações.

Quando surge uma lide envolvendo a discussão de um direito, é natural que a lei seja utilizada como primeira fonte para dirimir dúvidas acerca do assunto posto em xeque, visto que a norma tem como papel promover a boa convivência entre os cidadãos. Se, entretanto, a lei silencia ou não clareia suficientemente a escuridão gerada pela discussão de tal direito, buscam-se outras fontes de conhecimento que sirvam de apoio para a decisão requerida. É o que entende, inclusive, a Lei de Introdução ao Código Civil, especificamente no seu Art. 4º:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Pense-se, então, na questão específica do *franchising*: uma vez que a Lei nº 8.955/94 não esclarece (e nem aborda, de fato) a responsabilidade do franqueador e do franqueado perante o consumidor, o Poder Judiciário vale-se fundamentalmente da analogia para tomar suas decisões, trazendo para a análise o CDC, haja vista a presença do consumidor nas lides. Ao mesmo tempo, valem-se os julgadores de decisões tomadas pregressamente por colegas e, ainda, das ideias dos doutos no assunto, sem se esquecer da consideração de princípios importantes, como o da dignidade da pessoa humana (mencionado no Capítulo 1), princípio este que se relaciona fundamentalmente com o consumidor.

Evidencia-se, pois, o caminho nada simples que o julgador precisa percorrer a fim de que possa, como representante do Estado, entregar o direito à vítima de acidentes de consumo em relações comerciais que envolvam o *franchising*. E evidente é, também, a necessidade de alterar-se essa situação de insegurança legislativa.

O direito, tal como o homem, passa por um contínuo processo de mudança: ora mais intenso; ora mais brando. Mas é claro o caráter obrigatório da evolução do primeiro para que possa atender aos anseios e necessidades do segundo. E, nesse sentido, novas teorias jurídicas surgem com o passar do tempo, consubstanciando visões sobre determinados assuntos que podem contribuir tanto para apaziguar discussões preexistentes como para fomentar novas, sendo exatamente esse o papel desempenhado pela questão que será exposta a seguir.

### 3.4.1 A constitucionalização do direito privado

A doutrina tem apresentado um número crescente de textos que abordam a questão da constitucionalização do direito e, mais especificamente, do direito privado. E para que o assunto seja devidamente abordado, é importante que se esclareça inicialmente o que vem a ser a expressão “constitucionalização do direito”. Virgílio Afonso da Silva<sup>246</sup> a explica da seguinte forma:

Com constitucionalização do direito, quer-se aqui fazer menção, em linhas gerais [...], à irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação [...] revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais, também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais. Como se sabe, ainda que com relativizações, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos cujos efeitos se produzem

---

<sup>246</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 18.

na relação entre o Estado e os particulares. Essa visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico.

Não se trata, pois, de uma discussão meramente acerca da hierarquia das leis, como pode deixar transparecer. Afinal, o fato de ser a Constituição a lei mais importante de uma nação é incontestável e de conhecimento comum, especialmente por parte de quem lida diretamente com legislação.

Segundo o autor citado, o que ocorre é um sério problema de comunicação entre os diversos ramos do direito, a ponto de gerar situações tais que, enquanto um determinado assunto é pacífico para alguns operadores, mostra-se extremamente controverso para outros. Esse, por assim dizer, ruído na comunicação entre as áreas da ciência jurídica acaba representando um acesso para inúmeros efeitos indesejáveis e danosos à sociedade, acesso esse que poderia ser devidamente barrado, de acordo com o doutrinador, se os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional efetivamente fossem observados por toda a legislação e, especialmente, no relacionamento que existe entre as pessoas de modo geral.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>247</sup> chama a atenção para a importância da obediência da legislação ordinária à Constituição:

Como ponto de partida para a discussão, será possível assumir como correta a premissa de que os direitos fundamentais são constantemente (e no caso de Países periféricos como o Brasil, marcados por grandes contrastes econômicos, sociais e mesmo culturais, ainda com maior intensidade) violados e ameaçados na esfera das relações privadas. Assim, relativamente ao “se” de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares não se verificam objeções significativas, notadamente quando se compreende que esta eficácia não se restringe à problemática da vinculação dos particulares, abrangendo a influência da Constituição sobre os atos normativos infraconstitucionais de Direito Privado e sua aplicação judicial.

De outra parte, anunciamos desde logo que a concepção ora assumida como correta – para espancar qualquer dúvida a respeito – alcança igualmente os direitos sociais, também (mas não só!) pelo fato de não poderem se reduzir à noção de direitos a prestações estatais. Além disso, há de ser considerado que na sua dimensão prestacional os direitos sociais (e outros direitos a prestações, tomando-se o conceito de seu sentido mais amplo), possuem, em regra, um vínculo mais ou menos intenso com a dignidade da pessoa humana, especialmente onde se cuida da garantia de um mínimo existencial para uma vida digna, que, de resto, encontra reconhecimento mesmo no âmbito de determinadas concepções liberais de justiça social. Sem que se esteja aqui a considerar as necessárias diferenciações, a eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado (incluindo as relações entre particulares) pelo menos em princípio não é de ser refutada, ainda mais levando em conta o grande comprometimento da ordem constitucional brasileira com os direitos sociais e com a

---

<sup>247</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

justiça social, que importa destacar, constitui princípio informador da ordem constitucional econômica.

E comenta, ainda, o revestimento de novidade que a questão tem em terras brasileiras, explicando que,

ao passo que na Alemanha (assim como nos demais Estados da Europa e mesmo no âmbito do Direito Internacional) já vem sendo discutido há pelo menos meio século – ressalvadas algumas manifestações anteriores – sobre as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado, para países como o Brasil cuida-se de um tema relativamente novo. Embora se possam identificar algumas vozes isoladas que já há mais tempo pugnam por uma aplicação dos direitos fundamentais na seara do Direito Privado, ou, pelo menos, apontam para algumas dimensões desta temática, certo é que o debate propriamente dito, seja na doutrina, seja na jurisprudência, é relativamente recente, coisa de aproximadamente no máximo quinze anos. Isso se explica, em primeira linha, pelo fato de que apenas com a promulgação da atual Constituição Federal brasileira, em 05.10.1988, após aproximadamente vinte anos de regime militar, tanto a Constituição quanto os direitos fundamentais passaram a ser novamente levados a sério como fonte primeira e vinculativa do Direito, ainda que tal reconhecimento tenha encontrado alguma resistência.<sup>248</sup>

Assim, ainda que novo, o assunto tem despertado debates muito interessantes, responsáveis por trazer à tona questionamentos acerca de discussões históricas, como a mencionada por Eugênio Facchini Neto<sup>249</sup>:

O fenômeno da constitucionalização do direito privado representa, de certa forma, a superação da perspectiva que via o universo jurídico dividido em dois mundos radicalmente diversos: o direito público de um lado e o direito privado de outro.

[...]

De qualquer sorte, do ponto de vista jurídico, percebe-se claramente que público e privado tendem a convergir. Tal convergência, aliás, opera nas duas direções, ou seja, cada vez mais o Estado se utiliza de institutos jurídicos do direito privado, estabelecendo relações negociais com os particulares, e conseqüentemente, abrindo mão de instrumentos mais autoritários e impositivos (trata-se do fenômeno conhecido como privatização do direito público).

Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração de categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado [...].

Como se vê, a quebra de alguns padrões que perduraram por décadas como verdades absolutas só encontra meio adequado para ocorrer quando na presença de uma motivação que tenha peso suficiente para tal, como é o caso dos direitos fundamentais. E o que vem se observando, felizmente, é justamente o aumento do peso dos fundamentos constitucionais em alguns diplomas legais, longe ainda do ideal em termos de quantidade, mas demonstrando que

<sup>248</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 14.

<sup>249</sup>Ibid., p. 48.

existe a percepção da importância na consideração de tais direitos, como também Facchini Neto ressalta ao comentar que

[...] as normas principiológicas e programáticas concernentes ao direito privado, mas contidas na Constituição, necessariamente impõem ao legislador o dever de editar uma legislação compatível com tais princípios [...]. E aí está a razão do surgimento de leis especiais que acabam por reduzir o primado antes indiscutível do Código Civil. Tais leis especiais buscam disciplinar institutos de direito privado, com base em outros princípios que não aqueles clássicos, contidos nas codificações. Emergem, então, leis como o Código de Defesa do Consumidor, que disciplina as relações de consumo à luz de princípios totalmente diversos daqueles que presidem as relações negociais codificadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que pretende conferir uma proteção integral, com caráter prioritário, à criança e ao adolescente, em todas as suas fases e em todo os aspectos (em cumprimento aos princípios enunciados no art. 227 da C.F.), dentre outras.<sup>250</sup>

Mais do que defender a disseminação legislativa necessária dos direitos fundamentais, discute-se também a forma de vinculação do legislador a tais direitos: se imediata ou mediata.

Claus-Wilhelm Canaris<sup>251</sup> apresenta claramente sua posição quanto ao caráter vinculativo:

Na verdade, em tempos menos recentes, não raro era defendida a posição segundo a qual a teoria da “eficácia mediata em relação a terceiros” valia também para o legislador no campo do direito privado. Assim, o principal representante desta teoria, Günther Dürig, falou mesmo de uma “influência apenas mediata dos direitos fundamentais sobre o direito privado”, e de uma tão-só “mediata aplicação dos direitos fundamentais no direito privado”. Se, inversamente, se partir do artigo 1º, nº 3 da LF<sup>252</sup>, esta conclusão não pode ser considerada correcta, pois esta disposição impõe, justamente, uma eficácia normativa imediata dos direitos fundamentais. Além disso, nunca compreendi o que realmente se pretendia dizer com esta variante da teoria da eficácia mediata em relação a terceiros, e designei-a por isso como verdadeiramente “misteriosa”.

Concorda Virgílio Afonso da Silva, defendendo especificamente a necessária aplicabilidade direta dos direitos fundamentais em casos de lacuna legislativa:

Há, no entanto, diversas situações para as quais somente uma aplicação direta dos direitos fundamentais pode fornecer uma solução adequada. Essas situações são aquelas para as quais não há medição legislativa ou que a atividade legislativa se tenha mostrado insuficiente. É na aplicação direta, portanto, que os problemas se tornam mais agudos, pois é nesses casos que os direitos fundamentais mais diretamente se chocam com a autonomia privada. A principal questão a ser resolvida

<sup>250</sup>Ibid., p. 59.

<sup>251</sup>CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 29.

<sup>252</sup>A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha foi promulgada em 23 de maio de 1949, sendo composta por dezenove artigos. Diz o Art. 1º, nº 3, mencionado por Canaris: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”. (“Os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”) (Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). O texto integral em alemão da LF encontra disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

nesse ponto é a forma de combinar essa autonomia com os direitos fundamentais que, aplicados diretamente à relação entre particulares, tendem a eliminá-la.<sup>253</sup>

Como o autor constata, os direitos fundamentais devem agir diretamente sobre toda a legislação, tendo seu papel majorado quando da constatação de que determinado diploma legal não é suficientemente protetor quando deveria sê-lo. E acerca do possível conflito que a presença dos fundamentos constitucionais provoque em relação à autonomia privada, vale lembrar da ideia que o próprio doutrinador citado mencionou em páginas anteriores: muitas vezes, a maior ameaça aos direitos das pessoas não é o Estado, mas sim outras pessoas, que agem motivadas por uma ambição sem limites e acreditando estarem respaldadas pelo poder econômico que detêm.

É contra essas investidas que o Estado legislador deve agir protetiva e preventivamente, zelando pela observação e ação direta dos direitos fundamentais nas normas com a finalidade de resguardar os mais vulneráveis, tal como os consumidores o são.

### 3.4.2 Proposta de mudança

Diante das variadas questões abordadas em torno do assunto responsabilidade, somadas às especificidades que o sistema de *franchising* possui e, levando-se em consideração o crescimento que o sistema tende a apresentar em um curto espaço de tempo, há que se concluir pela probabilidade lógica de crescimento no número de desavenças em torno da responsabilização do *franchising* perante o consumidor, podendo, entretanto, tal lógica de crescimento frustrar-se se tiver a lei condições de agir preventivamente.

Prevenir, segundo Antônio Houaiss<sup>254</sup>, significa “dispor com antecedência, avisar antecipadamente” alguém acerca de algo. Assim, quando se diz que a lei tem caráter preventivo, quer-se enfatizar não a sua utilidade diante de problemas que já foram entregues à tutela do Estado, que valer-se-á dela para fundamentar suas decisões, mas o papel educativo da lei, de maneira que o seu conhecimento evite que as discussões somente possam ser revolvidas perante o Judiciário. Nesse sentido, em conhecendo as consequências que o Estado impõe à não observância da norma, o cidadão tem plena condição de entender a conduta que deverá ter, ficando sob sua responsabilidade a decisão pelo bom ou o mau agir, assim como suportar os efeitos que tal decisão lhe trará.

---

<sup>253</sup>SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 149.

<sup>254</sup>PREVENIR. In: DICIONÁRIO eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Versão 3.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. CD-ROM.

Entende-se, então, que a solução para a prevenção contra problemas consumeristas no *franchising* possa ocorrer apropriadamente por meio *de lege ferenda*, ou seja, criando-se uma “lei nova” dentro da lei existente, acrescentando-se um artigo ao texto da atual Lei nº 8.955/94, modificação essa que deixará clara desde a fonte legal do *franchising* a responsabilidade que os participantes do sistema têm diante dos consumidores.

Considerando-se a estrutura atual da referida lei, a norma a ser acrescida teria como local ideal o fim do Art. 7º, ocupando-se, assim, do Art. 8º, e tendo o seguinte texto:

*O franqueador e o franqueado, na condição de fornecedores perante a Lei nº 8.078/90, respondem solidária e objetivamente por danos decorrentes de acidentes de consumo que vitimem o consumidor final, resguardas as hipóteses de não responsabilidade mencionadas nos §§ 3º dos artigos 12 e 14, bem como a de direito de regresso, prevista no parágrafo único do Art. 13, todos integrantes do Código de Defesa do Consumidor.*

Por conta dessa inserção, o atual Art. 8º passaria a figurar como 9º; o Art. 9º atual passaria a Art. 10; o atual Art. 10, seria 11 e este, no atual texto, passaria a ser o Art. 12, havendo, pois, o acréscimo de um artigo à Lei nº 8.955/94, que hoje conta com 11 artigos.

Entende-se como necessária a afirmação legal na referida lei de que exista solidariedade entre o franqueador e o franqueado como regra, principalmente diante do mandamento do Art. 265 do Código Civil, o qual estabelece que a solidariedade não deva ser presumida, mas resultar de lei ou da vontade das partes. Da mesma forma, afirmando-se a existência da solidariedade entre os participantes do sistema de *franchising*, fica evidente que ambos integram a cadeia de fornecimento, situação essa que, pelo Art. 34 do Código de Defesa do Consumidor, caracteriza a responsabilidade solidária diante de danos causados ao consumidor.

Entretanto, o texto sugerido não somente privilegia o consumidor. Assim como os fornecedores têm hipóteses de não responsabilidade previstas no CDC, estas também integram a proposta, como forma de defesa do franqueador e franqueado contra consumidores que possam agir de má-fé, objetivando locupletamento ilícito.

Sabe-se, de antemão, que explicitar a solidariedade entre franqueador e franqueado na Lei de *Franchising* é algo que certamente despertará veemente contestação tanto de um como de outro à proposta, mas principalmente por parte do franqueador, uma vez que tal consideração o torna responsável “de ofício” por atos inapropriados de todos os seus franqueados contra consumidores. Contudo, como demonstrado, a maioria jurisprudencial e praticamente todos os doutos em *franchising* entendem como certa tal solidariedade diante do fato de que o franqueador, a partir do momento em que permite que alguém atue sob sua

marca junto ao consumidor, deva ser por falhas diante deste também responsabilizado, não podendo o risco do negócio ser repassado ao consumidor, parte sabidamente vulnerável diante de tal força econômica contrária.

Portanto, sendo o *franchising* uma forma de se expandir um negócio economizando-se na sua estrutura e operação, não pode ser também uma forma de se economizar em responsabilidade quando atinge pessoas de boa-fé que, confiando na força de uma marca, lograram prejuízos diante de um sistema que lhes é estranho.

A necessidade, pois, da irradiação dos direitos fundamentais, dentre os quais está a dignidade da pessoa humana, representa, sem dúvida, o motivo mais expressivo dentre todos os apresentados ao longo do trabalho para que uma mudança legislativa desse porte seja defendida com veemência.

## CONCLUSÃO

O *franchising*, muito embora considerado um sistema recente de relacionamento comercial no Brasil, ganha força ano após ano e conquista um número crescente de interessados em terem o seu próprio negócio sem precisar desenvolvê-lo do ponto zero. Os números gerados pelo setor deixam claro que não se trata de um crescimento virtual; é real.

Paralelamente a essa constatação, o estudo realizado demonstra que a sociedade brasileira, de modo geral, conhece pouco sobre *franchising*, o que é compreensível dado o curto tempo de aplicação efetiva do mesmo no Brasil, conforme mencionado inicialmente, somado à complexidade relacional que apresenta. E há que se reconhecer, a bem da verdade, que explicar o tipo de relacionamento existente entre franqueador e franqueado não seja uma das mais simples atividades, quer na prática, quer na seara jurídica.

O fato é que o *franchising* encontra-se em plena ebulição, despertando franqueadores, atraindo franqueados e conquistando consumidores, o que é salutar para a economia brasileira. Um cenário quase perfeito de crescimento, se não fossem as armadilhas plantadas pelo desconhecimento sobre a novidade e nas quais, faltamente, prendem-se os mais vulneráveis. É preciso, pois, chamar a atenção para tais armadilhas, objetivando com isso diminuir ao máximo o número de vítimas.

A principal resposta buscada com a pesquisa era sobre o tipo de responsabilidade dos participantes do sistema de *franchising* (franqueador e franqueado) em relação ao consumidor quando da ocorrência de acidentes de consumo, o que levou, logicamente, à análise das leis relacionadas especificamente aos assuntos *franchising* e consumo.

Da Lei nº. 8.955/94, Lei do *Franchising*, visualizou-se o interesse do legislador em disciplinar o início da relação entre o franqueador e o franqueado, mas permaneceu silente em relação ao consumidor. Já na Lei nº. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, comprovou-se o zelo por este, mas sem esclarecer bem se franqueador e franqueado poderiam ser considerados integrantes da mesma cadeia de fornecimento. Era necessário perguntar aos doutrinadores.

Na doutrina especializada, encontrou-se uma posição praticamente unânime favoravelmente à existência da solidariedade entre franqueador e franqueado perante o consumidor. Pareceu lógico aos doutos que, uma vez que o franqueador tenha decidido licenciar seu conhecimento ao franqueado para que este interagisse com o consumidor sob a marca do primeiro, a responsabilidade pelos atos praticados pelo franqueado junto ao

consumidor também devesse atingir o franqueador, principalmente se levado em consideração o fato de que a vigilância do franqueador sobre o franqueado seja parte inerente do *franchising*. Assim, ficou claro que a facilidade da expansão do negócio e dos lucros tem como contraponto a expansão da responsabilidade, podendo esta ser mitigada quando demonstrado pelos empresários a tomada de todos os cuidados possíveis para resguardar o consumidor ou, ainda, caso se dê a presença de excludentes da responsabilidade. Restou evidente também a questão do controle do franqueador sobre o franqueado: se exercida a ingerência do segundo pelo primeiro, a responsabilização solidária caracteriza-se mais facilmente. Por outro lado, se não for exercido nenhum tipo de controle da rede de franquias pelo franqueador, esse também poderá ter de responder pelos atos de seus franqueados em razão da necessidade de vigilância já mencionada. Assim, vê-se o treinamento preventivo em relação às práticas corretas de consumo e o constante acompanhamento da rede como forma do franqueador tentar eximir-se da responsabilidade solidária com os franqueados perante o consumidor. Trata-se de uma linha divisória bastante tênue entre franqueador e franqueado. Mas, para todos os doutos, certo é que o consumidor não pode ser vítima da complexidade do relacionamento entre os integrantes do sistema de *franchising*.

Faltava conhecer o pensamento do Judiciário a respeito. Evidenciou-se que a jurisprudência entende, em sua maioria, poder o consumidor, em casos de acidente de consumo, voltar-se contra ambos os integrantes do sistema de *franchising*. Por analogia, a maior parte dos julgadores das Cortes de Apelação de maior expressão no Brasil considera franqueador e franqueado fornecedores e solidários entre si perante o consumidor. Entretanto, há entendimentos divergentes.

Encontrou-se, pois, uma resposta convincente para a questão acerca do tipo de responsabilidade entre franqueador e franqueado diante do consumidor: solidariedade. Contudo, era preciso ir além da resposta.

Foram destacados, ao longo do estudo, dois importantes papéis que o Estado desempenha: o de reprimir e o de prevenir injustiças. O primeiro deles é observado na atividade da função judiciária do poder do Estado, quando este é chamado a decidir lides que discutam direitos violados. Já a prevenção tem lugar na função legislativa do mencionado poder, quando da edição de leis que estabeleçam limites para a atuação dos indivíduos.

Inserindo a responsabilidade do *franchising* com relação ao consumidor nessa análise, vê-se que o Judiciário costuma reprimir prejuízos que o consumidor tenha diante de negligências do franqueador ou do franqueado, mas não sendo essa posição dos julgadores unânime devido a entendimentos díspares gerados por um processo de formação do

convencimento relativamente complexo, que obriga o julgador a recorrer a diferentes leis, a julgados anteriores e à analogia para firmar sua posição. O Legislativo, por sua vez, produziu uma lei sobre *franchising* que não menciona o comportamento esperado de franqueador e franqueado em relação ao consumidor e, muito embora tenha havido e ainda haja planos de mudança para o referido diploma, nenhum deles diz respeito àquele que consome. Mostra-se necessária uma medida que possa apaziguar entendimentos e proteger a dignidade do consumidor do *franchising*.

A proposta de artigo apresentada ao final do Capítulo 3 para ser acrescido à Lei do *Franchising* estabelece de forma clara que a responsabilidade de franqueador e franqueado perante o consumidor é solidária, resguardadas as hipóteses excludentes. Assim, o que se fez foi trazer para a referida lei o entendimento da doutrina, da jurisprudência e, de forma especial, o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que de forma sutil.

A subsunção do *franchising* aos direitos fundamentais expôs a necessidade de tornar presente na lei que rege o referido sistema o aspecto da solidariedade, do qual é possível inferir-se o respeito ao vulnerável que se relaciona com os participantes do instituto, facilitando o entendimento tanto de operadores do direito quanto de interessados em adentrar ao sistema, sem falar no dos diretamente beneficiados pela mudança: os consumidores.

Essa constitucionalização da Lei do *Franchising* certamente entra em choque com a autonomia do setor privado, tal como doutrinadores comentaram no plano geral. Afinal, o que hoje não suplanta os limites da especulação passaria a ser considerado como certo, certeza essa que vai de encontro aos interesses da classe franqueadora, a qual, sem sombra de dúvida, não vê vantagem alguma na declaração pública da responsabilidade solidária sua para com o franqueado quando da presença do consumidor.

Entretanto, diante do crescimento do uso do *franchising* e da conseqüente maior exposição dos consumidores a ele, vê-se a estipulação clara da existência da solidariedade como forma importante de prevenir abusos da livre iniciativa, principalmente quando esta decide visualizar-se acima de todos os princípios da ordem econômica e até mesmo dos fundamentais, dentre os quais a dignidade das pessoas. As vantagens econômicas de alguns não podem, definitivamente, servir de justificativa para não terem de respeitar os menos avantajados, sob pena de prejuízo avassalador à busca da justiça social, a qual é fundamentalmente objetivada pela Constituição. Esta deve, pois, ser respeitada.

Se o indivíduo tem consciência de como deve agir para semear o bem e opta por seguir o sentido oposto, deve ser responsabilizado pelos prejuízos que causar aos demais. Ninguém tem o direito de promover a desigualdade, visto que ela incita à injustiça.

É preciso que se tenha sempre, pois, coragem para lutar-se pela igualdade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**. São Paulo: Atlas, 1993.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Greg Bornheim. São Paulo: Abril, 1984.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Direito e franchising**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. **Conveniência e franchising: o canal do varejo contemporâneo - franquia de postos de serviços**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **Franchising: modificações à lei vigente - estratégia e gestão - comentários ao anteprojeto apresentado pelo Fórum Setorial de Franquia Empresarial MDIC e ao Projeto de Lei nº 2.921-A, de 02/05/2000 e ao Projeto de Lei nº 273, de 07/12/2001, objetivando a modificação da Lei nº 8.955, de 1994**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CHERTO, Marcelo; RIZZO, Marcus. **Como comprar sua franquia passo a passo**. São Paulo: Makron Books, 1991.

CHERTO, Marcelo et al. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier, 2006.

\_\_\_\_\_. **O franchising e a lei.** São Paulo: Instituto Franchising Comércio e Eventos, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações - responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

\_\_\_\_\_. **O empresário e os direitos do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising.** São Paulo: Atlas, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIANA, Marina. Código do Consumidor se aplica entre empresas, diz STJ. **Jornal DCI**, São Paulo, 18 mai. 2010. Disponível em: <[http://www.dci.com.br/noticia.asp?id\\_editoria=3&id\\_noticia=327514](http://www.dci.com.br/noticia.asp?id_editoria=3&id_noticia=327514)>. Acesso em: 08 nov. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Rio de Janeiro: Editora Vitória, 1960.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor.** 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GOMES, Orlando. Culpa x risco, in **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 37, nº. 83, p. 377-384, jul. 1940.

GRAU, Eros Roberto. **A economia na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Versão 3.0. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. CD-ROM.

LEITE, Francisco Tarciso. **Metodologia científica: métodos e técnicas de pesquisa: monografias, dissertações, teses e livros**. Aparecida, SP: Ideias e Letras, 2008.

LIMA FILHO, Alceu Amoroso; POZZOLI, Lafayette. (Org.). **Ética no novo milênio: busca do sentido da vida**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005.

LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria constitucional. In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes (Coord.). **Princípios humanistas constitucionais: reflexões sobre o humanismo do Século XXI**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

MACHADO, Edinilson Donisete; PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina (Coord.). **Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACHADO, Hilka Vier; ESPINHA, Pedro Guena. **Empreendedorismo e franchising: uma combinação que garante a sobrevivência?** RAM - Revista de Administração Mackenzie (Online), São Paulo vol.11 n.º.4, July/Aug. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-69712010000400006&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712010000400006&lang=pt)> Acesso em: 07 mai. 2011.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MELO, Pedro Lucas de Resende; ANDREASSI, Tales. **Publicação científica nacional e internacional sobre franchising: levantamento e análise do período 1998 – 2007**. Revista de Administração Contemporânea, vol.14, no.2, Apr. 2010. Disponível em: <

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-6552010000200006&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6552010000200006&lang=pt)> Acesso em: 08 mai. 2011.

MENDELSON, Martin. **The guide of franchising**. 7. ed. London: Thompson Learning, 2004.

MENEZES, Flávio. **O direito do franchising**. São Paulo: ADC, 2004.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEDRO, Isabel, FILIPE, José António e REIS, Elizabeth. **Factores determinantes da internacionalização das redes de «franchising» ibéricas**. *Economia Global e Gestão*. [online]. abr. 2008, vol.13, nº.1, p.65-84. Disponível em: <[http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0873-74442008000100006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-74442008000100006&lng=pt&nrm=iso)> Acesso em: 08 mai. 2011.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Melitha Novoa. **Franchising na alegria e na tristeza**. São Paulo: Lamônica, 2008.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o direito**. São Paulo: Loyola, 2001.

POZZOLI, Lafayette; BREGA FILHO, Vladimir. (Coord.). **Matrizes dos conceitos de Justiça**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **O contrato de franquia**. Coimbra: Almedina, 2001.

RIZZIERI, Juarez Alexandre Baldini. **Manual de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SAAVEDRA, Thomaz. **Vulnerabilidade do franqueado no franchising**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Vivian Lara S.; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Formas plurais no franchising de alimentos: evidências de estudos de caso na França e no Brasil**. Revista de Administração Contemporânea. Curitiba, vol.11 no.sp1, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-65552007000500007&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000500007&lang=pt)> Acesso em: 08 mai. 2011.

SILVEIRA, Claudio Vieira da. **Franchising: guia prático**. 2. ed. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes. (Coord.). **Princípios humanistas constitucionais: reflexões sobre o humanismo do Século XXI**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 687.322-RJ (2004/0137036-6). Recorrente: Lea Boechat dos Santos e outro. Recorrido: De Plá Material Fotográfico Ltda. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <[http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp\\_abdir\\_24\\_10\\_1.pdf](http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp_abdir_24_10_1.pdf)>. Acesso em: 08 nov. 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos de declaração nº 40.783/2008. Embargante: Ecomundi International Comércio Importação e Exportação Ltda. Embargado: Ica Gifts e Coffee Ltda. e outro. Relator: Des. Maldonado de Carvalho. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003D5879692D70A6ED84A9360B4A717895D09C402153246>>. Acesso em: 22.11.2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 2007.001.27994. Apelante: Guilherme Fraga de Faria Valladares. Apelado: CCAA – Centro de Cultura Anglo-Americana Ltda. Relator: Des. Camilo Ribeiro Rulière. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000303E1886CB8748AEF2B768361E446769486ADC3633E2D>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000833194. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrida: Rosa Maria da Silva Peccin. Relator: Juiz Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 15 de março de 2006. Disponível em:

<[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=71000833194&num\\_processo=71000833194](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=71000833194&num_processo=71000833194)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70008709776. Apelante: Raulino Russi. Apelado: Inglês Wisdom Conversação. Relator: Des. Leo Lima. Porto Alegre, 03 de junho de 2004. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=70008709776&num\\_processo=70008709776](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=70008709776&num_processo=70008709776)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000881003. Recorrente: Microlins Centro de Formação Profissional. Recorrida: Shirlei Chemin. Relatora: Desembargadora Maria José Schmitt Sant'Anna. Porto Alegre, 14 de março de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=71000881003&num\\_processo=71000881003](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=71000881003&num_processo=71000881003)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000845248. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrida: Caroline Streb. Relator: Juiz Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 08 de junho de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=71000845248&num\\_processo=71000845248](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=71000845248&num_processo=71000845248)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000845222. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrido: Clair Domingues da Silva. Relator: Juiz Eugênio Facchini Neto. Porto Alegre, 23 de maio de 2006. Disponível em:

<[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=71000845222&num\\_processo=71000845222](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=71000845222&num_processo=71000845222)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71002674612. Recorrente: Instituto de Formação Profissional Ltda. – Instituto Embelleze . Recorridos: Cristiane Mayer Barcellos e outro. Relatora: Juíza Fernanda Carravetta Vilande. Porto Alegre, 13 de outubro de 2010. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=71002674612&num\\_processo=71002674612](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=71002674612&num_processo=71002674612)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000838623. Recorrente: Microlins Brasil Ltda. Recorrida: Suzana Oliveira. Relator: Juiz Eduardo Kraemer. Porto Alegre, 15 de março de 2006. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=71000838623&num\\_processo=71000838623](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=71000838623&num_processo=71000838623)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso inominado nº 71000500538. Recorrente: Wise Up – Programas de Ensino e Franquias Ltda. Recorrido: New Way Language Course e outros. Relator: Juiz Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 19 de maio de 2004. Disponível em: <[http://www3.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mas k=71000500538&num\\_processo=71000500538](http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas k=71000500538&num_processo=71000500538)>. Acesso em: 22 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 995869-0/5. Apelante: Microlins Brasil S/C Ltda. Apelado: José Maria Santos. Relator: Des. Cesar Lacerda. Presidente Prudente, 31 de julho de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=56454>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 995869-0/5. Apelante: Microlins Brasil S/C Ltda. Apelado: José Maria Santos. Relator: Des. Cesar Lacerda. Presidente Prudente, 31 de julho de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=56454>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 992129-0/0. Apelante: CNA Cultural Norte Americano Ltda. Apelado: Mario Clemente de

Campos. Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo, 26 de março de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2532707>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 7307119-5. Apelantes: Microlins Brasil Ltda. e Grajaú Centro de Formação Profissional S/C Ltda. Apelada: Maria de Lourdes Pires. Relator: Des. Luiz Sabbato. São Paulo, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3408367>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 7049318-2. Apelante: Hoken Internacional Company Ltda. Apelado: Aurivan Alexandre da Silva. Relator: Des. Carlos Luiz Bianco. Presidente Venceslau, 06 de maio de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3656756>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 970178-0/1. Apelante: Luiz Carlos Ferreira. Apelado: Nestartec Informática Ltda. (Star Computer). Relator: Des. Sá Moreira de Oliveira. Santos, 15 de junho de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3921475>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento nº 990.10.318852-7. Agravante: Funzionale Planejamento de Interiores Ltda. Agravados: Mário Manuel da Silva e outra. Relator: Des. Nestor Duarte. São Paulo, 14 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4089071>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento nº 1.261.799-0/8. Agravante: Novarede Franchising e Participações Ltda. Agravado: Guilherme Lacerda Bruns. Relator: Des. Antônio Rigolin. Sorocaba, 10 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4631430>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível com revisão nº 990.10.001238-0. Apelante: Wizard Brasil Livros e Consultoria Ltda. Apelado: André Luís do Espírito Santo. Relator: Romeu Ricupero. Campinas, 09 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4693186>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível com revisão nº 990.10.001238-0. Apelante: Wizard Brasil Livros e Consultoria Ltda. Apelado: André Luís do Espírito Santo. Relator: Romeu Ricupero. Campinas, 09 de setembro de 2010.

Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4693186>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos declaratórios nº 990315-1/0. Embargante: Thomaz Eder de Souza. Embargada: Microlins Brasil S/C Ltda. Relator: Des. Marcos Ramos. Presidente Prudente, 22 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=62401&v1Captcha=JnXuX>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos de declaração nº 1.225.810-7/01. Embargante: Silvano Ferreira de Araújo. Embargada: Microlins Brasil S/C Ltda. Relator: Des. Álvaro Torres Júnior. Presidente Prudente, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=160629>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

ALEMANHA. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm)>. Acesso em: 09 nov. 2010.

## SITES INSTITUCIONAIS NA INTERNET

BRASIL. ABF anuncia desempenho do setor de franquias e confirma crescimento de 14,7% no faturamento de 2009. Disponível em: <<http://falandodevarejo.blogspot.com/2010/03/abf-anuncia-desempenho-do-setor-de.html>> Acesso em: 08 ago. 2010.

BRASIL. ABF. Desempenho 2009-2008. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=11&codC=11&origem=sobreosetor>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

BRASIL. ABF. Evolução do setor 2001-2009. Disponível em: <<http://www.portaldofranchising.com.br/site/content/interna/index.asp?codA=11&codC=4&origem=sobreosetor>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

BRASIL. Associação brasileira de franchising. Código de Autorregulamentação do franchising. Disponível em: <[http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Código\\_de\\_Autoregulamentação.pdf](http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Código_de_Autoregulamentação.pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2010.

BRASIL. Associação brasileira de franchising. Código de Ética da Associação Brasileira de Franchising. Disponível em: <[http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Codigo\\_de\\_Etica.pdf](http://www.portaldofranchising.com.br/Arquivos/Codigo_de_Etica.pdf)>. Acesso em: 09 mai. 2011.

BRASIL. Bolsas asiáticas caem após dados sobre crescimento dos EUA e China. **Globo.com**, São Paulo, 15 jul. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/07/bolsas-da-asia-caem-com-preocupacao-com-economias-dos-eua-e-china.html>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

BRASIL. PIB da China deve crescer 9,5% em 2010, diz instituto do governo. **Folha.com**, São Paulo, 27 jul. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/770706-pib-da-china-deve-crescer-95-em-2010-diz-instituto-do-governo.shtml>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

BRASIL. Wikipédia, a enciclopédia livre. Anne Robert Jacques Turgot. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Anne\\_Robert\\_Jacques\\_Turgot](http://pt.wikipedia.org/wiki/Anne_Robert_Jacques_Turgot)>. Acesso em: 26 jan. 2011.

BRASIL. Wikipédia, a enciclopédia livre. Código de Hamurabi. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo\\_de\\_Hamurabi](http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi)>. Acesso em: 01 nov. 2010.

BRASIL. Wikipédia, a enciclopédia livre. Guilda. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Guilda>>. Acesso em: 22 jun. 2010.

BRASIL. Wikipédia, a enciclopédia livre. Issac René Guy Le Chapelier. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Isaac\\_Le\\_Chapelier](http://pt.wikipedia.org/wiki/Isaac_Le_Chapelier)>. Acesso em: 26 jan. 2011.

ESTADOS UNIDOS. Country fact sheet: South Korea. Disponível em: <<http://www.franchise.org/IndustrySecondary.aspx?id=45624>>. Acesso em: 05 ago. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Economic impact of franchised businesses. Disponível em: <<http://franchise.org/industrysecondary.aspx?id=31514>> Acesso em: 02 ago. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Expanding opportunities for global retailers. Disponível em: <[http://www.atkearney.com/images/global/pdf/2010\\_Global\\_Retail\\_Development\\_Index.pdf](http://www.atkearney.com/images/global/pdf/2010_Global_Retail_Development_Index.pdf)>. Acesso em: 06 ago 2010.

ESTADOS UNIDOS. Franchise industry in China. Disponível em: <[http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise\\_Industry/International\\_Development/franchising%20in%20China.pdf](http://www.franchise.org/uploadedFiles/Franchise_Industry/International_Development/franchising%20in%20China.pdf)>. Acesso em: 05 ago. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Frequently asked questions about franchising. Disponível em: <<http://franchise.org/industrysecondary.aspx?id=10008>>. Acesso em: 30 jul. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Highlights of the 2010 franchise business economic outlook. Disponível em: <[http://franchise.org/uploadedFiles/IFA\\_NEWS/EconOutlook%20FactSheet2010.pdf](http://franchise.org/uploadedFiles/IFA_NEWS/EconOutlook%20FactSheet2010.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2010.

ESTADOS UNIDOS. India: market for the masses. Disponível em <<http://www.franchise.org/Franchise-News-Detail.aspx?id=40638>>. Acesso em: 06 ago. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Jean Domat. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Jean\\_Domat](http://en.wikipedia.org/wiki/Jean_Domat)>. Acesso em: 01 nov. 2010.

EUROPEAN Franchise Federation. Disponível em: <[http://www.eff-franchise.com/IMG/pdf/Stats\\_Franchise\\_Europe\\_29072010-xlsx.pdf](http://www.eff-franchise.com/IMG/pdf/Stats_Franchise_Europe_29072010-xlsx.pdf)>. Acesso em: 02 ago. 2010.

PORTUGAL. Tribunal constitucional. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 07 set. 2010.

## ANEXO A

**PROJETO DE LEI Nº 2.921, DE 2000**<sup>255</sup>  
(Do Sr. Alberto Mourão)

Altera a redação dos arts. 2º, 3º, 4º e 8º da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e dá outras providências. (Às Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público de Economia, Indústria e Comércio; e de Constituição e Justiça e de Redação (Art.54) – Art.24, II)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 2º da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueado autoriza um franqueado, por meio de licença ou outro meio jurídico, a usar marcar e, quando for o caso, outros objetos de propriedade intelectual, associados ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, se caracterize relação de consumo, formação de um mesmo grupo econômico ou vínculo empregatício, mesmo que dure o período de treinamento do candidato a franqueado (NR).

Parágrafo Único. Para fins da organização de que trata o caput deste artigo, o franqueador deve ser titular de direitos sobre os objetos da propriedade intelectual negociados no âmbito do contrato de franquia, ou estar expressamente por este autorizado.”

Art. 2º O art. 3º da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

“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;

---

<sup>255</sup>Disponível

<[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=14/12/2000&txpagina=67972&altura=700&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=14/12/2000&txpagina=67972&altura=700&largura=800)> Acesso em: 24 nov. 2010.

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 de franquia e que possam diretamente vir a impossibilitar a operação da franquia no País (NR).

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

VIII – informações claras quanto às 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 fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou outras criações intelectuais ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ou franqueado. (NR)

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 ou subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos vinte e quatro meses, com nome, endereço e telefone. (NR)

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, em 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, dos objetos de propriedade industrial cujo uso estará sendo autorizado em contrato pelo franqueador, incluindo sua caracterização completa (números e registro ou pedido, classe e

subclasse), e no caso das cultivares, situação perante o Serviço Nacional de Proteção de Cultivares. (NR)

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

a) know-how, tecnologia operacional ou industrial, informações confidenciais, segredos de indústria, de comércio ou de negócios a que venha a ter acesso em função da franquia; e (NR)

b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

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

XVI – indicação da existência ou não de regra de transferência ou sucessão e quais são elas;

XVII – no caso de subfranquia, o subfranqueador deverá informar o prazo de vigência do contrato de máster franquia, condições de renovação, o seu território, metas de abertura de unidades e regras de transferência e sucessão, caso existentes;

XVIII – especificação precisa do prazo contratual e das condições de renovação, se houver;

XIX – o local, dia e hora para recebimento da documentação proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, quando se tratar de órgão ou entidades públicas;

XX – informações sobre a existência de penalidades, multas ou indenizações contratuais por infração de obrigações, inclusive aquelas resultantes de perdas e danos por rescisão sem justa causa do contrato;

XXI – indicação sobre a existência de quotas mínimas de compra pelo franqueado junto ao franqueador ou terceiros por este designados e sobre a possibilidade e as condições de recusa dos produtos ou serviços pelo franqueado;

XXII – descrição clara sobre a política de preços da rede ao consumidor, bem como as regras de sua alteração, com detalhes sobre prazos de pagamento, condições de descontos, regras de concorrência territorial entre as unidades próprias e as franqueadas e a subordinação da rede própria do franqueador às mesmas condições;

XXIII – indicação sobre a existência de conselho ou associação de franqueados, com as suas atribuições e poderes e os mecanismos de quanto à alteração na política de preços da rede, revisão dos programas de marketing e fiscalização da aplicação dos recursos do fundo de publicidade;

XXIV – indicação das regras de não-concorrência entre o franqueador e o franqueado, com a fixação de território e de prazo para a restrição da concorrência pelo franqueado, e das penalidades em caso de descumprimento.

Art. 3º O art. 4º da Lei nº 8.955, de 15 de novembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º A circular de 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, salvo no caso de licitação ou pré-qualificação promovida por órgão ou entidades públicas caso em que, a Circular de Oferta de Franquia será dada à divulgação logo no início do processo de seleção. (NR)

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a nulidade 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. 4º O art. 8º da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 8º O disposto nesta lei aplica-se aos sistemas de franquias de indústrias, de comércio, de serviços e agrícola instaladas e operadas no território nacional. (NR).

Art. 5º Nos contratos de locação e sublocação de imóveis destinados a operação de franquia, as condições relativas ao aluguel e renovação, inclusive exercício do fundo de comércio, serão livremente pactuadas no contrato de franquia, locação e sublocação, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 21, §§ 1º e 51 da Lei nº. 8.245/91, salvo na ausência de disposição contratual.”

Art. 6º A concessão de franquia somente poderá ocorrer pelo menos 2 (dois) anos após o conceito do negócio a ser franqueado, o nome comercial ou a marca, estar sendo explorada em qualquer mercado, no País ou no exterior, pelo franqueador, titular do registro ou empresa coligada ou pertencente ao mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. A inobservância do estabelecido no caput deste artigo pelo franqueador implica nas penas previstas no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994.

Art. 7º Os contratos em que as partes forem domiciliadas no Brasil e cujos efeitos produzirão exclusivamente no território nacional serão redigidos em língua portuguesa e regidos pela lei brasileira.

Parágrafo único. Em se tratando de contratos internacionais cujos efeitos se produzirão fora do território nacional, prevalecerão foro e legislação brasileiros, salvo se de outro modo disposto no contrato pelas partes.

Art. 8º Os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, poderão adotar a franquia empresarial, mediante a realização de licitação ou pré-qualificação, observado, exclusivamente, o disposto nesta lei.

§ 1º Excetuam-se do cumprimento do disposto no caput deste artigo, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que explorem atividade econômica, às quais aplicam-se o regime jurídico próprio das empresas privadas prevista nesta lei.

§ 2º O procedimento da licitação ou da pré-qualificação a ser realizado pelos órgãos e Entidades mencionadas no § 1º deste artigo, será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta do seu objeto ao qual serão juntados oportunamente:

- a) a Circular de Oferta de Franquia e respectivos anexos;
- b) comprovante de publicação do extrato da Circular de Oferta de Franquia, na imprensa oficial;
- c) ato de designação da comissão de licitação ou de pré-qualificação;
- d) original dos documentos e das propostas encaminhados pelos pretendentes;
- e) atas, relatórios e deliberações da comissão de licitação ou de pré-qualificação;
- f) pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre o certame;
- g) atos de adjudicação do objeto da licitação ou da pré-qualificação;
- h) recursos eventualmente apresentados e respectivas manifestações e decisões;
- i) termo de contrato e de pré-contrato;
- j) demais documentos relativos ao certame.

Art. 9º Os franqueados de uma mesma franquia empresarial não são considerados concorrentes para fins de aplicação da Lei nº 8.884/94, sendo permitido ao franqueador o estabelecimento de preços a serem praticados pela rede e pelos franqueados junto ao consumidor, respeitadas as condições de equidade entre franqueador e franqueados, de modo a não induzir o franqueado a prejuízos ou a lucros excessivos.

Art. 10 A aplicação desta lei e da Lei nº. 8.955, de 1994, observará o disposto na legislação de propriedade intelectual vigente no País.

Art. 11 Esta lei entra em vigor 30 (trinta) dias após a data de sua publicação.

### JUSTIFICAÇÃO

O projeto de lei que ora apresentamos tem como objetivo atualizar a legislação de franquias no País, com base na experiência obtida após mais de 5 anos de vigência da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que primeiro regulamentou a matéria.

Para tanto, efetuamos alterações no conceito de franquia, tornando-o mais consentâneo com a realidade prática dos contratos celebrados no setor; ampliamos o leque de informações que devem ser prestadas aos futuros franqueados a fim de possibilitar uma melhor avaliação de viabilidade do negócio e sua maior transparência; esclarecemos a não incidência das normas de proteção à concorrência (Lei nº. 8.884/94) ao sistema de franquia; e estabelecemos uma regulamentação mais detalhada para a hipótese de uso do sistema de franquias no serviço público.

Estamos certos que com a aprovação do projeto estaremos aprimorando o sistema de franquias e estabelecendo maior equilíbrio entre os interesses de franqueadores e franqueados, ajudando com isto o crescimento do setor, que muito tem contribuído para a geração de empregos no País.

Sala das Sessões, 2 de maio de 2000.

Deputado ALBERTO MOURÃO

COMISSÃO DE TRATABALHO, DE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇO PÚBLICO<sup>256</sup>

## TERMO DE RECEBIMENTO DE EMENDAS

## PROJETO DE LEI No 2.921/00

Nos termos do art. 119, caput, I e § 1º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados o Sr. Presidente determinou a abertura – e divulgação na Ordem do Dia das Comissões – de prazo para apresentação de emendas, a partir de 28.06.2000, por cinco sessões. Esgotado o prazo, não foram apresentadas emendas ao projeto.

Sala da Comissão, em 4 de agosto de 2000.

## I – RELATÓRIO

Ao apresentar o Projeto de Lei nº 2.921, de 2000, o Deputado Alberto Mourão, teve por objetivo, expresso em sua justificção, “atualizar a legislação de franquias no País, com base na experiência obtida após mais de 5 anos de vigência da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que primeiro regulamentou a matéria”. Para tanto, propôs alterar diversos dispositivos daquela norma. Pretendeu, adicionalmente, estabelecer uma regulamentação mais detalhada para o uso do sistema de franquias no serviço público.

Por certo, foi unicamente em decorrência dos dispositivos que tratam da extensão à administração pública do regime de franquia – originário do direito privado – que a proposição foi distribuída à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Em obediência ao disposto no art. 55 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, compete a esta Comissão manifestar-se apenas sobre a matéria de sua atribuição específica. No projeto sob análise, enquadram-se nessa situação somente o art. 3º da proposição, que altera a redação do art. 4º da Lei nº. 8.955, de 1994, e o art. 8º, que versa sobre a adoção da franquia empresarial por parte de órgãos e entidades da administração pública. Os demais dispositivos tratam de matéria estranha à competência deste colegiado, devendo seu mérito ser objeto de oportuno parecer da Comissão de Economia, Indústria e Comércio.

A proposição está regimentalmente sujeita à tramitação conclusiva nas Comissões, que são obrigadas a abrir prazo para oferecimento de emenda. Na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, o prazo expirou em que qualquer emenda fosse apresentada.

## II – VOTO DO RELATOR

É extremamente oportuna a iniciativa o ilustre Deputado Alberto Mourão no sentido de propor atualização da norma legal que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial. O sistema de franquia preserva um espaço de atuação fundamental às micro e pequenas empresas e constitui marco excepcional na evolução do capitalismo. A importância que o sistema de franquia empresarial logrou alcançando na economia brasileira justifica plenamente o esforço de atualização de seus parâmetros legais, que ora se procura empreender.

---

<sup>256</sup>Disponível

<[http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=14/12/2000&txpagina=67972&altura=700&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=14/12/2000&txpagina=67972&altura=700&largura=800)>. Acesso em: 24 nov. 2010.

No âmbito estrito da competência desta Comissão, dois são os aspectos cruciais contidos no projeto: o primeiro diz respeito à legalidade e à conveniência da extensão do sistema de franquias à administração pública; o segundo refere-se à pertinência do procedimento de licitação definido nos termos do § 2º do art. 8º da proposição.

Escassas são as referências doutrinárias concernentes ao primeiro aspecto. Não só é pouco usual, tanto no Brasil como no exterior, a adoção de regime de franquia no âmbito do serviço público, como são também poucos os autores que têm tratado dessa questão específica. Merece destaque, sob esse aspecto, a abordagem de Maria Sylvia Zanella di Pietro, em seu livro “Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas”.

Entende a renomada autora não haver óbice jurídico à adoção do instituto da franquia no âmbito da administração pública, limitando, todavia, sua utilidade prática ao universo das empresas estatais, cuja finalidade seja a exploração de atividade econômica. No capítulo que dedica ao assunto, a questão é colocada nos seguintes termos:

*“É verdade que, sob certos aspectos, a franquia não se afeiçoa às peculiaridades da Administração Pública. Em primeiro lugar, porque a franquia implica de métodos de organização e trabalho do franqueador ao franqueado, o que pode constituir um contrasenso, se se considera que a Administração Pública descentraliza certas atividades precisamente para fugir de seu sistema burocrático de organização e trabalho; se, do ponto de vista jurídico, não há impedimentos à sua adoção, do ponto de vista da conveniência e oportunidade, seria aceitável a franquia para determinados tipos de atividades que a Administração Pública instituisse determinado padrão considerado ideal e, por isso mesmo, passível de ser imposto ao contratado pelo sistema de franquia.*

*Além disso, quando se parte da ideia de que, pelo contrato de franquia, o franqueador outorga ao franqueado a **licença de uso** de marca para que este produza ou distribua determinados bens ou preste serviços específicos, segundo os métodos do concedente, ter-se-ia que concluir que o instituto se adapta mal à Administração Pública, em especial à Administração Pública Direta, constituída pelos órgãos que compõem os Ministérios, Secretarias de Estado ou Secretarias de Municípios. Dificilmente pode-se falar em **marca** como sinal distintivo aposto facultativamente a determinados produtos e mercadorias ou serviços. Não dispondo de “marca”, a Administração Pública também não tem como conceder licença de uso de marca. Além disso, a Administração Pública direta dispõe de institutos semelhantes à franquia, que é a concessão de serviço público.*

*No entanto, quando se considera que o Poder Público desempenha não apenas serviços públicos “típicos, como também **serviços públicos comerciais e industriais** e também exerce atividades econômicas não assumidas como serviço público (e o faz a título de intervenção no domínio econômico com base no art. 173 da Constituição), e quando se considera que tais atividades são prestadas, em regra, por **empresas estatais** que integram a Administração indireta, tem-se que concluir que a franquia não é inteiramente incompatível com a Administração Pública.”* (negritos da autora)

Após aprofundar sua análise sobre as semelhanças e diferenças entre os regimes de franquia e de concessão, a autora volta a afirmar seu entendimento quanto à aplicabilidade restrita da franquia no serviço público:

*“No caso da Administração Direta e no caso das entidades com personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas), o uso da franquia não pode ter muito sentido precisamente porque isto implica a imposição de métodos de trabalho e organização própria do poder concedente; ora, quando o Poder Público se socorre da parceria com o setor privado é, em regra, com o objetivo de buscar outros métodos de trabalho, menos rígidos e formalistas, que não os da própria Administração Pública. Sob*

*esse aspecto, a concessão de serviço público é preferível, porque não apresenta aquela característica.*

*Por isso mesmo, é precisamente para as empresas estatais que a franquia pode ter maior utilidade.”*

Não há como divergir do raciocínio cristalino expresso pelas bem colocadas palavras da ilustre administrativista: o regime de franquia não é adequado ao serviço público típico, mas apenas àquelas situações em que a Administração, por intermédio de suas empresas públicas e sociedade de economia mista, exerce atividade de natureza econômica.

Circunscrito a esse âmbito, a aplicação às empresas estatais das normas legais referentes a franquia é não só possível mas compulsória. De fato, é o próprio texto constitucional, sem seu art. 173, § 1º, II, que determina a sujeição da empresa pública, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias *“ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”*. Tais empresas, quando franqueadoras, estarão portanto sujeitas ao regime da lei que o presente projeto pretende atualizar.

A exigência de licitação para a adoção do regime de franquia na administração pública é o segundo aspecto a ser aqui analisado. A obrigatoriedade de certame licitatório para a contratação de franquias é inquestionável.

Eventual dúvida nesse sentido foi sanada quando, após realizar Auditoria Operacional na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, em 1994, para verificar o sistema de franquias então implantado por aquela empresa pública, o Tribunal de Contas da União proferiu sua Decisão nº 601/94 com a seguinte ementa:

*“Auditoria Operacional. ECT. Implantação do sistema de franquia. Concessão a particulares sem critérios objetivos e técnicos e sem processo licitatório. Mau gerenciamento pela Empresa, causando distorções à filosofia do Sistema. Determinação à ECT para providências cabíveis. Audiência do responsável.”*

Dentre os sete itens que integram a referida Decisão da corte de Contas, merece destaque o item 1, com o seguinte teor:

*“1. Determinar, desde logo, à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que adote as providências necessárias ao exato cumprimento das normas e princípios norteadores das contratações efetivas por entes da Administração Pública, mormente os arts. 37, inciso XXI, e 175, caput, da Constituição Federal, bem assim dos dispositivos da atual lei que regulamenta o instituto da licitação (Lei nº. 8.666/93, alterada pela de nº. 8.883/94), promovendo, de consequente, o indispensável certame licitatório para a contratação e novas franquias.”*

Para resguardar direitos dos milhares de pequenos empresários franqueados irregularmente pela ECT, foi incluído na Lei nº. 9.074, de 7 de julho de 1995, que *“estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências”*. Para tanto, foi acrescentado inciso ao referido artigo, aditando os serviços postais à lista de serviços públicos passíveis de exploração sob regime de concessão. Foi também acrescentado ao mesmo artigo um parágrafo único, impondo limitação temporal aos contratos da ECT com suas franqueadas, que permanecerão válidos *“pelo prazo necessário à realização das licitações que precederão à delegação das concessões ou permissões que os substituirão...”*.

Fixada assim o caráter indispensável da licitação como forma de seleção de franqueados, resta examinar se existem razões que imponham a observância de regras específicas para tal, como as contidas no § 2º do art. 8º da proposição ora relatada, ou se, ao contrário, é cabível a aplicação das normas gerais que regem a matéria, nos termos da Lei nº. 8.666, de 1993, e das que posteriormente alteraram seu texto.

O dispositivo proposto a título de regulamentar a licitação que deve preceder o contrato de franquia com empresas estatais consiste em mera lista de atos administrativos.

Não há justificativa que indique a necessidade ou conveniência da adoção da referida lista como substituto à detalhada legislação em vigor sobre a matéria. Redundante sob alguns aspectos, tais como a designação de comissão de licitação e a inclusão no processo das propostas dos pretendentes, a lista é omissa quanto a aspectos essenciais como, por exemplo, os critérios de julgamento para determinação da proposta vencedora.

A eventual adoção da sequência proposta de atos administrativos em substituição aos procedimentos determinados pela legislação vigente, além de não produzir qualquer vantagem, certamente resultaria na multiplicação de pendências a serem apresentadas perante os tribunais.

Ante o exposto, três emendas fazem-se necessárias. A primeira suprimindo menção desnecessária a uma etapa do procedimento licitatório, constante no inciso XIX da redação proposta para o art. 3º da Lei nº. 8.955, de 1994. A segunda modificando o art. 3º da proposição, que altera a redação do art. 4º da Lei nº. 8.955, de 1994. A terceira substituindo o texto proposto para o art. 8º do projeto, para melhor definir o âmbito de extensão do sistema de franquia à administração pública e, ao mesmo tempo, excluir as normas propostas para o procedimento de licitação, por serem ao mesmo tempo incompletas e desnecessárias.

Voto, assim, pela aprovação do Projeto de Lei nº 2.921, de 2000, com as emendas nº 2 e nº 3 anexas.

#### EMENDA Nº 1 DO RELATOR

Suprima-se do inciso XIX do art. 3º da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, com a redação que lhe é dada pelo art. 2º do projeto, a expressão final: “...*bem como para início da abertura dos envelopes, quando se tratar de órgão ou entidades públicas*”.

#### EMENDA Nº 2 DO RELATOR

Dê-se ao art. 3º do projeto a seguinte redação:

“*Art. 3º O art. 4º da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:*

‘*Art. 4º A circular de 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, salvo no caso de licitação promovida por empresa pública ou sociedade de economia mista, quando as informações integrantes da circular de oferta de franquia deverão integrar o editar.*

Parágrafo único. ....’.”

#### EMENDA Nº 3 DO RELATOR

Dê-se ao art. 8º do projeto a seguinte redação:

“*Art. 8º As empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços poderão adotar a franquia empresarial, mediante a realização de licitação, nos termos da legislação em vigor.*”

#### PARECER DA COMISSÃO

A Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, em reunião ordinária realizada hoje, APROVOU, unanimemente, com emendas, o Projeto de Lei nº 2.921/00, nos termos do parecer do relator, Deputado Herculano Anghinetti.

Estiveram presentes os senhores Deputados:

Jovair Arantes, Presidente; Nilton Capixaba, Vice-Presidente; Alexandre Santos, Avenzoar Arrauda, Babá, Fátima Pelaes, Hergulano Anghinetti, Ivanio Guerera, Jair

Meneguelli, José Múcio Monteiro, Luciano Castro, Medeiros, Paulo Paim, Paulo Rocha, Pedro Celso, Pedro Corrêa, Pedro Henry, Ricardo Rique, Vanessa Grazziotin, Wilson Braga, titulares; Eurípedes Miranda, Geovan Freitas, João Tota, Júlio Delgado, Marcus Vicente, suplentes.

#### EMENDAS Nº 1, 2 E 3 ADOTADAS PELA COMISSÃO

##### EMENDA Nº 1

Suprima-se do inciso XIX do art. 3º da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, com a redação que lhe é dada pelo art. 2º do projeto, a expressão final: “...*bem como para início da abertura dos envelopes, quando se tratar de órgão ou entidades públicas*”.

##### EMENDA Nº 2

Dê-se ao art. 3º do projeto a seguinte redação:

“Art. 3º O art. 4º da Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 4º A circular de 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, salvo no caso de licitação promovida por empresa pública ou sociedade de economia mista, quando as informações integrantes da circular de oferta de franquia deverão integrar o editar.

Parágrafo único. ....’.”

##### EMENDA Nº 3

Dê-se ao art. 8º do projeto a seguinte redação:

“Art. 8º As empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços poderão adotar a franquia empresarial, mediante a realização de licitação, nos termos da legislação em vigor.”

Sala de Sessões, 9 de novembro de 2000.

Deputado HERCULADO ANGHINETTI

COMISSÃO DE ECONOMIA, INDÚSTRIA E COMÉRCIO<sup>257</sup>

## PROJETO DE LEI No 2.921-A, DE 2000

Altera a redação dos artigos 2º, 3º, 4º e 8º da Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e dá outras providências.

Autor: DEP. ALBERTO MOURÃO

Relator: DEP. DIVALDO SURUAGY

## RELATÓRIO

O projeto de lei epigrafado tem o objetivo de alterar quatro artigos da Lei n.º 8.955/94, que “Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial, e dá outras providências.”, assim como dispor sobre contratos de locação de imóvel destinado à operação de franquia, e estabelecer dispositivos que regulam o uso do sistema de franquia no serviço público.

A Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público já se manifestou sobre os aspectos de mérito que dizem respeito à sua atribuição, quais sejam, o art. 3º, que introduz no atual art. 4º da Lei n.º 8.955/94 uma parte final relativa à licitação de franquia por órgãos ou entidades públicas, e o art. 8º, que dispõe sobre procedimentos a serem observados pelos órgãos e entidades dos três níveis da administração pública. O parecer do relator, pela aprovação do projeto com duas emendas por ele oferecidas, foi adotado pela citada comissão.

As alterações propostas para o texto da Lei n.º 8.955/94 que dizem respeito ao campo temático da Comissão de Economia, Indústria e Comércio são em número de dezoito, a saber: nova redação para o caput do art. 2º e introdução de um parágrafo único neste artigo (art. 1º do projeto de lei); alteração do inciso III, da alínea “a” do inciso VIII, do inciso IX, do inciso XIII e da alínea “a” do inciso XIV, todos do art. 3º, além do acréscimo de nove incisos, do XVI ao XXIV, neste mesmo artigo (art. 2º do projeto de lei); nova redação para o art. 8º (art. 4º do projeto); e estabelecimento de prazo de dois anos de exploração do negócio como condição para que o franqueador possa oferecer franquia empresarial (art. 6º do projeto).

O longo texto da proposição decorre do fato de o seu autor ter nela produzido a redação da lei atual em todos os artigos que pretende modificar, em vez de propor apenas nova redação para cada dispositivo a ser alterado.

No prazo regimental, não foram apresentadas emendas ao projeto de lei.

## VOTO DO RELATOR

A redação proposta para o art. 2º da Lei n.º 8.955/94, visa a observar-se, para as transferências que se dão na franquia empresarial, figura de autorização por meio de licença

---

<sup>257</sup>Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=18825](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=18825)>. Acesso em: 24 nov. 2010.

ou outro instrumento jurídico em lugar da de cessão, adotada no texto em vigor. Outra alteração importante é a substituição da expressão ou patente por outros objetos de propriedade intelectual, conceito mais amplo que abarca o direito autoral, que é mais adequado para proteger criações intelectuais que possam estar envolvidas no uso de métodos de administração de negócios ou de sistemas operacionais desenvolvidos pelo franqueador. Além disso, a redação proposta explicita que este tipo de relação não configura formação de grupo econômico, relação de consumo e vínculo empregatício durante o período de treinamento do franqueado.

As modificações propostas para a alínea “a” do inciso VIII, para o inciso XIII e para a alínea “a” do inciso XIV seguem a adequação adotada para o caput, quanto à proteção intelectual. Julgando por bem seguir a mesma linha de cuidado do autor em relação a este aspecto, apresentamos emenda para substituir a expressão “patente” no inciso III do art. 3º proposto no art. 2º do projeto de lei, pela expressão “outros objetos de propriedade intelectual”.

Quanto à modificação proposta para o inciso IX, e à adoção de novos incisos – do XVI ao XXIV – tratam-se de informações obrigatórias que o franqueador dará ao interessado em firmar contrato de franquia, todas elas relevantes para a tomada de decisão por parte do último.

O que se pretende no art. 6º do projeto de lei – uma proteção para o interessado não embarcar em um negócio sem um mínimo de passado comercial, pois o franqueado é sabidamente a parte mais frágil da relação – nossa opinião é que se trata de dispositivo pertinente.

Finalmente, quanto à redação proposta para o art. 8º da lei, contida no art. 4º do projeto, entendemos que restringe o alcance dado pelo dispositivo em vigor, já que este não enumera os ramos ou segmentos econômicos no âmbito dos quais são firmados contratos de franquia. Por esta razão propomos, em anexo, emenda supressiva do art. 4º.

Concordamos com o autor do projeto de lei em comento que as modificações propostas na redação do art. 2º da atual lei, assim como o maior leque de informações que devem ser prestadas aos interessados no contrato de franquia, de forma a que tenham melhores condições de avaliar o negócio, aperfeiçoam o texto em vigência, e proporcionam maior equilíbrio entre os interesses de franqueadores e franqueados.

Em face do exposto, votamos pela aprovação do Projeto de Lei nº. 2.921, de 2000, com as duas emendas em anexo, bem como das três emendas adotadas pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

## PROJETO DE LEI Nº 2.921, DE 2000

Altera a redação dos artigos 2º, 3º, 4º e 8º da Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e dá outras providências.

### EMENDA MODIFICATIVA

Dê-se ao art. 2º do projeto a seguinte redação:

“Art. 3º .....

III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladores, os titulares de marcas e outros objetos de propriedade intelectual relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o

sistema de franquia, que possam diretamente vir a impossibilitar a operação de franquia no País.

PROJETO DE LEI Nº 2.921, DE 2000

Altera a redação dos artigos 2º, 3º, 4º e 8º da Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e dá outras providências.

EMENDA MODIFICATIVA

Suprima-se o art. 4º do projeto de lei.

Sala da Comissão, ano de 2000.

Deputado DIVALDO SURUAGY  
Relator

**PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 273, DE 2001<sup>258</sup>**  
(Do Sr. Carlos Bezerra)

Altera a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquias) para vedar a sublocação de imóveis, pelo franqueador, por valor superior ao da locação.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A alínea “b” do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º .....

VIII - .....

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial, sendo vedado ao franqueador sublocar imóvel ao franqueado por valor superior ao da locação. (NR)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

### JUSTIFICAÇÃO

A Lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei de Locações), em seu art. 21, veda a sublocação por valor superior ao da locação, proibindo ao locador o lucro sem esforço pessoal, às custas da mera especulação imobiliária.

No entanto, é freqüente a prática da sublocação de imóveis alugados por franqueadores a seus franqueados por preço superior ao da locação, muitas vezes com diferenças significativas de valor.

Questionado, o Poder Judiciário tem admitido a conduta dos franqueadores, alegando a especialidade do contrato de franquias, que somente se submete ao regime da Lei de Franquias, omissa sobre o tema da sublocação, não se aplicando à espécie a Lei de Locações;

Não vemos razão para excepcionar os contratos de franquias da regra geral que proíbe a sublocação de imóveis por valor superior ao da locação, para o qual contamos com o apoio dos ilustres Pares.

Sala das Sessões, 6 de dezembro de 2001.

Deputado CARLOS BEZERRA

### PROJETO DE LEI Nº 4.319, DE 2008

<sup>258</sup>Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=49096](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=49096)>. Acesso em: 24 nov. 2010.

(Do Sr. Carlos Bezerra)

Altera a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.

Art. 2º O art. 2º da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 2º .....

Parágrafo Único. A empresa franqueadora deverá ter, no mínimo, 12 (doze) meses de existência e funcionamento antes de iniciar seu sistema de franquia.”

Art. 3º Esta lei entra em vigor 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação.

## JUSTIFICAÇÃO

O sistema de franquia é uma oportunidade de negócio interessante tanto para franqueador como para franqueado, desde que a idéia básica que suporta o processo seja resguardada, qual seja: o franqueado pagará ao franqueador pelo direito de uso da marca e de todo o sistema de trabalho desenvolvido pelo franqueador.

Como se pode observar, de um lado, o franqueado paga por um benefício, o benefício de não precisar passar por diversas etapas do desenvolvimento comercial por que passam novas empresas. Por outro lado, o franqueador recebe para ceder sua experiência e a formatação de um negócio, normalmente, bem sucedido.

A questão que nos preocupa e que nos levou a elaborar a presente proposta é a dúvida sobre quanto tempo uma empresa precisa ter e funcionar no mercado para que possa estar apta a vender seus sistemas, comercial e administrativo, para terceiros.

Nossa proposta indica um prazo de 12 (doze) meses como um prazo mínimo para que uma empresa se estabeleça e demonstre ao público e ao mercado em geral que tem excelência comercial e administrativa suficientes para estabelecer um sistema de franquia.

Assim sendo, pedimos o apoio dos nobres parlamentares para a aprovação da presente proposta.

Sala das Sessões, em 18 de novembro de 2008.

Deputado CARLOS BEZERRA

PROJETO DE LEI No 4.319, DE 2008<sup>259</sup>

Altera a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências.

Autor: Deputado CARLOS BEZERRA

Relator: Deputado PAULO MALUF

## I - RELATÓRIO

O projeto de lei em epígrafe objetiva acrescentar parágrafo único ao art. 2º da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising), estabelecendo que a empresa franqueadora deverá ter, no mínimo, doze meses de existência e funcionamento antes de iniciar o seu sistema de franquia.

Justifica o autor que faz-se necessário um tempo mínimo para que a empresa se estabeleça e demonstre ao público e ao mercado em geral que possui excelência comercial e administrativa suficientes para estabelecer um sistema de franquia.

O projeto foi aprovado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, nos termos do substitutivo apresentado.

Foi apresentada uma emenda ao projeto nesta Comissão propondo a seguinte redação para o dispositivo:

“Parágrafo Único: O negócio franqueado deverá ter, no mínimo, 12 (doze) meses de implementação no mercado, no Brasil ou no exterior, seja por intermédio da franqueadora ou de qualquer empresa a ela direta ou indiretamente relacionada, antes de ser franqueado.”

## II - VOTO DO RELATOR

De acordo com o art. 32, inciso IV, alínea a, do Regimento Interno, compete a esta Comissão pronunciar-se sobre o projeto de lei, o substitutivo e a emenda quanto aos aspectos de constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa.

Trata-se de matéria pertinente à competência legislativa da União e às atribuições normativas do Congresso Nacional. Não havendo reserva de iniciativa sobre o tema, revela-se legítima sua apresentação por parte de parlamentar, de acordo com a competência geral prevista no art. 61, caput, do texto constitucional.

Igualmente constatamos que todos respeitam preceitos e princípios da Constituição em vigor e estão de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

A técnica legislativa e a redação empregadas estão adequadas, conformando-se perfeitamente às normas estabelecidas pela Lei Complementar nº 95, de 1998, alterada pela Lei Complementar nº 107, de 2001.

---

<sup>259</sup>Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=451836](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=451836)>. Acesso em: 25 nov. 2010.

Quanto à emenda apresentada nesta Comissão, entendemos que se trata de emenda de mérito ao projeto, não cabendo à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania pronunciar-se sobre este aspecto.

Assim, voto pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Projeto de Lei nº 4.319, de 2008 na forma do substitutivo apresentado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico e pela antirregimentalidade da emenda apresentada nesta Comissão.

Sala da Comissão, em 16 de setembro de 2009.

Deputado PAULO MALUF  
Relator

REQUERIMENTO Nº 144/2011<sup>260</sup>

---

<sup>260</sup> Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=491396](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=491396)> Acesso em: 09 mai. 2011. O requerimento apresentado foi deferido pela mesa diretora da Câmara dos Deputados em 16/02/2011.

(Do Sr. Carlos Bezerra)

Requer o desarquivamento  
de proposições.

Senhor Presidente:

Nos termos do art. 105, parágrafo único, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, requero a Vossa Excelência o desarquivamento das seguintes proposições:

PL Nº 4500/2008  
PL Nº 4414/2008  
PL Nº 4468/2008  
PL Nº 4359/2008  
PL Nº 4294/2008  
PL Nº 4060/2008  
PL Nº 4029/2008  
PL Nº 3972/2008  
PL Nº 3892/2008  
PL Nº 3844/2008  
PL Nº 3804/2008  
PL Nº 3783/2008  
PL Nº 3635/2008  
PL Nº 3500/2008  
PL Nº 3360/2008  
PL Nº 3068/2008  
PL Nº 4319/2008  
PL Nº 3892/2008  
PL Nº 3619/2008

Sala das Sessões em 8 de fevereiro de 2011.

Dep.Fed Carlos Bezerra

**PMDB-MT PROJETO DE LEI Nº.6.080, DE 2009<sup>261</sup>**  
(Do Sr. Carlos Bezerra)

---

<sup>261</sup>Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=451836](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=451836)>. Acesso em: 03 fev. 2011.

Altera a Lei Nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquias), para vedar a sublocação de imóveis, pelo franqueador, por valor superior ao da locação.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A alínea “b” do inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.955 de 15 de dezembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º .....

.....

VII - .....

.....

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial, sendo vedado ao franqueador sublocar imóvel ao franqueado por valor superior ao da locação. (NR)

.....

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

### JUSTIFICAÇÃO

A Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991 (Lei de Locações), em seu art. 21, veda a sublocação por valor superior ao da locação, proibindo ao locador o lucro sem esforço pessoal, às custas da mera especulação imobiliária.

No entanto, é freqüente a prática de sublocação de imóveis alugados por franqueadores a seus franqueados por preço superior ao da locação, muitas vezes com diferenças significativas de valor.

Questionado, o Poder Judiciário tem admitido a conduta dos franqueadores, alegando a especialidade do contrato de franquia, que somente se submete ao regime da Lei de Franquias, omissa sobre o tema da sublocação, não se aplicando à espécie a Lei de Locações.

Não vemos razão para excepcionar os contratos de franquia da regra geral que proíbe a sublocação de imóveis por valor superior ao da locação, motivo pelo qual estamos submetendo a esta Casa o presente projeto de lei, para o qual contamos com o apoio dos ilustres Pares.

Sala das Sessões, em 22 de setembro de 2009.

Deputado CARLOS BEZERRA

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA<sup>262</sup>

<sup>262</sup>Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=451836](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=451836)>. Acesso em: 03 fev. 2011.

## PROJETO DE LEI No 6.080, DE 2009

Altera a Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei das Franquias), para vedar a sublocação de imóveis, pelo franqueador, por valor superior ao da locação.

Autor: Deputado CARLOS BEZERRA

Relator: Deputado ANTONIO CARLOS PANNUNZIO

## I - RELATÓRIO

A proposição em epígrafe, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, objetiva alterar a redação do art. 3.º, inciso VIII, alínea “b”, da Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial, a fim de vedar ao franqueador a sublocação de imóvel ao franqueado por valor superior ao da locação.

Em sua justificativa, o autor assevera que o art. 21 da Lei n.º 8.245, de 18 de outubro de 1991, a Lei de Locações, veda a sublocação por valor superior ao da locação, proibindo ao locador o lucro sem esforço pessoal, à custa da mera especulação imobiliária.

Argumenta não haver razão para se excepcionar os contratos de franquia dessa regra, ainda que diante da especialidade dessa modalidade de contrato.

A proposição se encontra sob regime de tramitação ordinária e se sujeita à apreciação conclusiva pelas Comissões. Foi distribuída à Comissões de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio e de Constituição e Justiça e de Cidadania, nessa para análise dos aspectos do art. 54 do RICD e do mérito.

A Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio exarou parecer pela aprovação do projeto de lei, com a emenda que apresentou.

Em cumprimento ao art. 119, caput, I, do mesmo diploma legal, foi aberto o prazo para recebimento de emendas, sendo que nenhuma restou apresentada.

É o relatório.

## II - VOTO DO RELATOR

Compete a esta Comissão a análise da constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e do mérito da proposição apresentada, em atenção ao disposto no art. 32, IV, “a”, “c” e “e” do RICD.

Sob o enfoque da constitucionalidade formal, o projeto não apresenta vícios, porquanto observadas as disposições constitucionais pertinentes à competência da União para legislar sobre a matéria (art. 22, I), do Congresso Nacional para apreciá-la (art. 48) e à iniciativa parlamentar (art. 61).

No tocante à constitucionalidade material, não se vislumbra qualquer discrepância entre o projeto de lei e a Constituição Federal.

No que guarda pertinência com a juridicidade, o projeto de lei não apresenta vícios sob os prismas da efetividade, inovação, generalidade, e coercitividade. A par de se consubstanciar na espécie normativa adequada, suas disposições não conflitam com o ordenamento jurídico vigente.

Em relação à técnica legislativa, hão de ser feitos pequenos ajustes na ementa da proposição para adequá-la aos ditames da Lei Complementar n.º 95/98.

No mérito, há de se considerar que o contrato de franquia possui peculiaridades próprias que o distingue do contrato de locação regular.

É de natureza complexa e exclusiva. Pode abranger as características do negócio franqueado, bem como especificações técnicas e adaptações próprias para a sua consecução.

Da mesma forma que não se pode permitir a sublocação por preço superior ao da locação, o que geraria lucro com a simples especulação imobiliária, afigura-se inadmissível que o franqueador obtenha lucros injustificados e enriqueça ilicitamente por sublocar o imóvel onde se desenvolve a franquia por valor muito superior ao da própria locação, sem qualquer razão que justifique o preço do aluguel, o que acarreta prejuízos notórios aos franqueados.

Atualmente, muitos franqueados brasileiros, prejudicados em seu negócio não raras vezes pelos altos percentuais que pagam a título de locação do ponto comercial, travam batalhas judiciais intermináveis na tentativa de reverter os prejuízos sofridos, muitas vezes sem sucesso. Além desse dissabor, têm de enfrentar as adversidades da própria empresa, atingida pelas cobranças desproporcionais rotineiramente realizadas pelo franqueador.

No particular, a emenda apresentada pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio bem regulamenta a questão, mantendo o equilíbrio contratual indispensável entre franqueador e franqueado.

Todavia, entendemos que a regra deva ser positivada em dispositivo autônomo. Assim sendo, propomos a inclusão de parágrafo único ao art. 3.º da Lei n.º 8.955/94.

Por todo o exposto, meu voto é no sentido constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa do Projeto de Lei n.º 6.080, de 2009, e, no mérito, pela sua aprovação, bem como da emenda apresentada pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, nos termos do substitutivo que se segue.

Sala da Comissão, em 10 de junho de 2010.

Deputado ANTONIO CARLOS PANNUNZIO  
Relator

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 6.080, DE 2009<sup>263</sup>

Acrescenta parágrafo único ao art. 3.º da Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que “dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências”, a fim de vedar ao franqueador a sublocação de imóveis por valor superior ao da locação.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Esta lei acrescenta parágrafo único ao art. 3.º da Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que “dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências”, a fim de vedar ao franqueador a sublocação de imóveis por valor superior ao da locação.

Art. 2.º O art. 3.º da Lei n.º 8.955, de 15 de dezembro de 1994, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 3.º .....

Parágrafo único. É vedado ao franqueador sublocar imóvel ao franqueado por valor superior ao da locação, salvo quando tenham sido realizados investimentos no imóvel comprovadamente relacionados ao negócio franqueado (NR).”

Art. 3.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em 10 de junho de 2010.

Deputado ANTONIO CARLOS PANNUNZIO  
Relator

REQUERIMENTO Nº 390/2011<sup>264</sup>  
(Do Sr. Carlos Bezerra)

<sup>263</sup>Disponível em <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=451836](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=451836)>. Acesso em: 03 fev. 2011.

<sup>264</sup>Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=451836](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=451836)> Acesso em: 09 mai. 2011. O despacho apresentado foi deferido em 17/02/2011, estando o projeto de lei atualmente no aguardo de parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Requer o desarquivamento  
de proposições.

Senhor Presidente:

Nos termos do art. 105, parágrafo único, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, requero a Vossa Excelência o desarquivamento das seguintes proposições:

PL N° 5848/2009  
PL N° 5930/2009  
PL N° 6001/2009  
PL N° 6042/2009  
PL N° 6080/2009  
PL N° 6081/2009  
PL N° 6117/2009  
PL N° 6263/2009  
PL N° 6286/2009  
PL N° 6287/2009  
PL N° 6326/2009  
PL N° 6327/2009  
PL N° 6421/2009  
PL N° 6431/2009  
PL N° 6476/2009  
PL N° 6561/2009  
PL N° 6562/2009  
PL N° 6623/2009

Sala das Sessões em 16 de fevereiro de 2011.

Dep.Fed Carlos Bezerra  
PMDB-MT

## **ANEXO B**

### **ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO**

**(ACORDO TRIPS OU ACORDO ADPIC) (1994)<sup>265</sup>**

Os Membros,

*Desejando* reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional e levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo;

*Reconhecendo*, para tanto, a necessidade de novas regras e disciplinas relativas:

- (a) à aplicabilidade dos princípios básicos do GATT 1994 e dos acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;
  - (b) ao estabelecimento de padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;
  - (c) ao estabelecimento de meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;
  - (d) ao estabelecimento de procedimentos eficazes e expeditos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre Governos; e
  - (e) às disposições transitórias voltadas à plena participação nos resultados das negociações;
- Reconhecendo a necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio internacional de bens contrafeitos;

*Reconhecendo* que os direitos de propriedade intelectual são direitos privados;

*Reconhecendo* os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia;

*Reconhecendo* igualmente as necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento relativo Membros no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável;

*Ressaltando* a importância de reduzir tensões mediante a obtenção de compromissos firmes para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais;

*Desejando* estabelecer relações de cooperação mútua entre a OMC e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (denominada neste Acordo como OMPI), bem como com outras organizações internacionais relevantes;

*Acordam*, pelo presente, o que se segue:

**PARTE I  
DISPOSIÇÕES GERAIS E PRINCÍPIOS BÁSICOS**

*Artigo 1  
Natureza e Abrangência das Obrigações*

1. Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os Membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.

<sup>265</sup>Disponível em: <[http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac\\_trips.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf)>. Acesso em: 31 ago. 2010.

2. Para os fins deste Acordo, o termo "propriedade intelectual" refere-se a todas as categorias de propriedade intelectual que são objeto das Seções 1 a 7 da Parte II.

3. Os Membros concederão aos nacionais de outros Membros<sup>1</sup> o tratamento previsto neste Acordo. No que concerne ao direito de propriedade intelectual pertinente, serão considerados nacionais de outros Membros<sup>266</sup> as pessoas físicas ou jurídicas que atendam aos critérios para usufruir da proteção prevista estabelecidos na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados, quando todos Membros do Acordo Constitutivo da OMC forem Membros dessas Convenções<sup>267</sup>. Todo Membro que faça uso das possibilidades estipuladas no parágrafo 3 do Artigo 5 ou no parágrafo 2 do Artigo 6 da Convenção de Roma fará uma notificação, segundo previsto naquelas disposições, ao Conselho para os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (o "Conselho para TRIPS").

## *Artigo 2*

### *Convenções sobre Propriedade Intelectual*

1. Com relação às Partes II, III e IV deste Acordo, os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 12, e 19, da Convenção de Paris (1967).

2. Nada nas Partes I a IV deste Acordo derogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da Convenção de Berna, da Convenção de Roma e do Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados.

## *Artigo 3*

### *Tratamento Nacional*

1. Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção<sup>268</sup> da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. No que concerne a artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão, essa obrigação se aplica apenas aos direitos previstos neste Acordo. Todo Membro que faça uso das possibilidades previstas no Artigo 6 da Convenção de Berna e no

---

<sup>266</sup>O termo "nacionais" é utilizado neste Acordo para designar, no caso de um território aduaneiro separado Membro da OMC, pessoas físicas ou jurídicas, que tenham domicílio ou um estabelecimento industrial ou comercial real e efetivo naquele território aduaneiro.

<sup>267</sup> Neste Acordo, o termo "Convenção de Paris" refere-se à Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial; "Convenção de Paris (1967)" refere-se a Ata de Estocolmo dessa Convenção de 14 de julho de 1967. O termo "Convenção de Berna" refere-se à Convenção de Berna relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas; "Convenção de Berna (1971)" refere-se à Ata de Paris dessa Convenção de 24 de julho de 1971. O termo "Convenção de Roma" refere-se à Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas-Intérpretes, Produtores de Fonogramas e Organizações de Radiodifusão, adotada em Roma em 26 de outubro de 1961. O termo "Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados" (Tratado PICI) refere-se ao Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados, adotado em Washington em 26 de maio de 1989. O termo "Acordo Constitutivo da OMC" refere-se ao Acordo que cria a OMC.

<sup>268</sup> Para os efeitos dos Artigos 3 e 4 deste Acordo, a "proteção" compreenderá aspectos que afetem a existência, obtenção, abrangência, manutenção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como os aspectos relativos ao exercício dos direitos de propriedade intelectual de que trata especificamente este Acordo.

parágrafo 1 (b) do Artigo 16 da Convenção de Roma fará uma notificação, de acordo com aquelas disposições, ao Conselho para TRIPS.

2. Os Membros poderão fazer uso das exceções permitidas no parágrafo 1 em relação a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive a designação de um endereço de serviço ou a nomeação de um agente em sua área de jurisdição, somente quando tais exceções sejam necessárias para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo e quando tais práticas não sejam aplicadas de maneira que poderiam constituir restrição disfarçada ao comércio.

#### ***Artigo 4*** ***Tratamento de Nação Mais Favorecida***

Com relação à proteção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros. Está isenta desta obrigação toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade concedida por um Membro que:

- (a) resulte de acordos internacionais sobre assistência judicial ou sobre aplicação em geral da lei e não limitados em particular à proteção da propriedade intelectual;
- (b) tenha sido outorgada em conformidade com as disposições da Convenção de Berna (1971) ou da Convenção de Roma que autorizam a concessão tratamento em função do tratamento concedido em outro país e não do tratamento nacional;
- (c) seja relativa aos direitos de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão não previstos neste Acordo;
- (d) resultem de Acordos internacionais relativos à proteção da propriedade intelectual que tenham entrado em vigor antes da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, desde que esses acordos sejam notificados ao Conselho para TRIPS e não constituam discriminação arbitrária ou injustificável contra os nacionais dos demais Membros.

#### ***Artigo 5*** ***Acordos Multilaterais sobre Obtenção ou Manutenção da Proteção***

As obrigações contidas nos Artigos 3 e 4 não se aplicam aos procedimentos previstos em acordos multilaterais concluídos sob os auspícios da OMPI relativos à obtenção e manutenção dos direitos de propriedade intelectual.

#### ***Artigo 6*** ***Exaustão***

Para os propósitos de solução de controvérsias no marco deste Acordo, e sem prejuízo do disposto nos Artigos 3 e 4, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão da exaustão dos direitos de propriedade intelectual.

#### ***Artigo 7*** ***Objetivos***

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

***Artigo 8***  
***Princípios***

1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.
2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

**PARTE II**  
**NORMAS RELATIVAS À EXISTÊNCIA, ABRANGÊNCIA E EXERCÍCIO DOS**  
**DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL**

**SEÇÃO 1:**  
**DIREITO DO AUTOR E DIREITOS CONEXOS**

***Artigo 9***  
***Relação com a Convenção de Berna***

1. Os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo Artigo 6bis da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados.
2. A proteção do direito do autor abrangerá expressões e não idéias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais.

***Artigo 10***  
***Programas de Computador e Compilações de Dados***

1. Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).
2. As compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados ou material.

***Artigo 11***

### ***Direitos de Aluguel***

Um Membro conferirá aos autores e a seus sucessores legais, pelo menos no que diz respeito a programas de computador e obras cinematográficas, o direito de autorizar ou proibir o aluguel público comercial dos originais ou das cópias de suas obras protegidas pelo direito do autor. Um Membro estará isento desta obrigação no que respeita a obras cinematográficas, a menos que esse aluguel tenha dado lugar a uma ampla cópiagem dessas obras, que comprometa significativamente o direito exclusivo de reprodução conferido por um Membro aos autores e seus sucessores legais. Com relação aos programas de computador, esta obrigação não se aplica quando o programa em si não constitui o objeto essencial do aluguel.

### ***Artigo 12*** ***Duração da Proteção***

Quando a duração da proteção de uma obra, que não fotográfica ou de arte aplicada, for calculada em base diferente à da vida de uma pessoa física, esta duração não será inferior a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil da publicação autorizada da obra ou, na ausência dessa publicação autorizada nos 50 anos subseqüentes à realização da obra, a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil de sua realização.

### ***Artigo 13*** ***Limitações e Exceções***

Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

### ***Artigo 14*** ***Proteção de Artistas-Intérpretes, Produtores de Fonogramas (Gravações Sonoras) e Organizações de Radiodifusão***

1. No que respeita à fixação de suas apresentações em fonogramas, os artistas-intérpretes terão a possibilidade de evitar a fixação de sua apresentação não fixada e a reprodução desta fixação, quando efetuadas sem sua autorização. Os artistas-intérpretes terão também a possibilidade de impedir a difusão por meio de transmissão sem fio e a comunicação ao público de suas apresentações ao vivo, quando efetuadas sem sua autorização.
2. Os produtores de fonogramas gozarão do direito de autorizar ou proibir a reprodução direta ou indireta de seus fonogramas.
3. As organizações de radiodifusão terão o direito de proibir a fixação, a reprodução de fixações e a retransmissão por meios de difusão sem fio, bem como a comunicação ao público de suas transmissões televisivas, quando efetuadas sem sua autorização. Quando não garantam esses direitos às organizações de radiodifusão, os Membros concederão aos titulares do direito de autor, nas matérias objeto das transmissões, a possibilidade de impedir os atos antes mencionados, sujeitos às disposições da Convenção de Berna (1971).
4. As disposições do Artigo 11 relativas a programas de computador serão aplicadas mutatis mutandis aos produtores de fonogramas e a todos os demais titulares de direitos sobre

fonogramas, segundo o determinado pela legislação do Membro. Se, em 15 de abril de 1994, um Membro tiver em vigor um sistema equitativo de remuneração dos titulares de direitos no que respeita ao aluguel de fonogramas, poderá manter esse sistema desde que o aluguel comercial de fonogramas não esteja causando prejuízo material aos direitos exclusivos de reprodução dos titulares de direitos.

5. A duração da proteção concedida por este Acordo aos artistas-intérpretes e produtores de fonogramas se estenderá pelo menos até o final de um prazo de 50 anos, contados a partir do final do ano civil no qual a fixação tenha sido feita ou a apresentação tenha sido realizada. A duração da proteção concedida de acordo com o parágrafo 3 será de pelo menos 20 anos, contados a partir do fim do ano civil em que a transmissão tenha ocorrido.

6. Todo Membro poderá, em relação aos direitos conferidos pelos parágrafos 1, 2 e 3, estabelecer condições, limitações, exceções e reservas na medida permitida pela Convenção de Roma. Não obstante, as disposições do Artigo 18 da Convenção de Berna (1971) também serão aplicadas, mutatis mutandis, aos direitos sobre os fonogramas de artistas-intérpretes e produtores de fonogramas.

## **SEÇÃO 2: MARCAS**

### ***Artigo 15 Objeto da Proteção***

1. Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.

2. O disposto no parágrafo 1 não será entendido como impedimento a que um Membro denegue o registro de uma marca por outros motivos, desde que estes não infrinjam as disposições da Convenção de Paris (1967).

3. Os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao uso da marca. Não obstante, o uso efetivo de uma marca não constituirá condição para a apresentação de pedido de registro. Uma solicitação de registro não será indeferida apenas com base no fato de que seu uso pretendido não tenha ocorrido antes de expirado um prazo de três anos, contados a partir da data da solicitação.

4. A natureza dos bens ou serviços para os quais se aplique uma marca não constituirá, em nenhum caso, obstáculo a seu registro.

5. Os Membros publicarão cada marca antes ou prontamente após o seu registro e concederão oportunidade razoável para o recebimento de pedidos de cancelamento do registro. Ademais, os Membros poderão oferecer oportunidade para que o registro de uma marca seja contestado.

### ***Artigo 16*** ***Direitos Conferidos***

1. O titular de marca registrada gozará do direito exclusivo de impedir que terceiros, sem seu consentimento, utilizem em operações comerciais sinais idênticos ou similares para bens ou serviços que sejam idênticos ou similares àqueles para os quais a marca está registrada, quando esse uso possa resultar em confusão. No caso de utilização de um sinal idêntico para bens e serviços idênticos presumir-se-á uma possibilidade de confusão. Os direitos descritos acima não prejudicarão quaisquer direitos prévios existentes, nem afetarão a possibilidade dos Membros reconhecerem direitos baseados no uso.

2. O disposto no Artigo 6bis da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, mutatis mutandis, a serviços. Ao determinar se uma marca é notoriamente conhecida, os Membros levarão em consideração o conhecimento da marca no setor pertinente do público, inclusive o conhecimento que tenha sido obtido naquele Membro, como resultado de promoção da marca.

3. O disposto no Artigo 6bis da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, mutatis mutandis, aos bens e serviços que não sejam similares àqueles para os quais uma marca esteja registrada, desde que o uso dessa marca, em relação àqueles bens e serviços, possa indicar uma conexão entre aqueles bens e serviços e o titular da marca registrada e desde que seja provável que esse uso prejudique os interesses do titular da marca registrada.

### ***Artigo 17*** ***Exceções***

Os Membros poderão estabelecer exceções limitadas aos direitos conferidos para uma marca, tal como o uso adequado de termos descritivos, desde que tais exceções levem em conta os legítimos interesses do titular da marca e de terceiros.

### ***Artigo 18*** ***Duração da Proteção***

O registro inicial de uma marca, e cada uma das renovações do registro, terá duração não inferior a sete anos. O registro de uma marca será renovável indefinidamente.

### ***Artigo 19*** ***Requisito do Uso***

1. Se sua manutenção requer o uso da marca, um registro só poderá ser cancelado após transcorrido um prazo ininterrupto de pelo menos três anos de não-uso, a menos que o titular da marca demonstre motivos válidos, baseados na existência de obstáculos a esse uso. Serão reconhecidos como motivos válidos para o não-uso circunstâncias alheias à vontade do titular da marca, que constituam um obstáculo ao uso da mesma, tais como restrições à importação ou outros requisitos oficiais relativos aos bens e serviços protegidos pela marca.

2. O uso de uma marca por outra pessoa, quando sujeito ao controle de seu titular, será reconhecido como uso da marca para fins de manutenção do registro.

**Artigo 20**  
**Outros Requisitos**

O uso comercial de uma marca não será injustificavelmente sobrecarregado com exigências especiais, tais como o uso com outra marca, o uso em uma forma especial ou o uso em detrimento de sua capacidade de distinguir os bens e serviços de uma empresa daqueles de outra empresa. Esta disposição não impedirá uma exigência de que uma marca que identifique a empresa produtora de bens e serviços seja usada juntamente, mas não vinculadamente, com a marca que distinga os bens e serviços específicos em questão daquela empresa.

**Artigo 21**  
**Licenciamento e Cessão**

Os Membros poderão determinar as condições para a concessão de licenças de uso e cessão de marcas, no entendimento de que não serão permitidas licenças compulsórias e que o titular de uma marca registrada terá o direito de ceder a marca, com ou sem a transferência do negócio ao qual a marca pertença.

**SEÇÃO 3:**  
**INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS**

**Artigo 22**  
**Proteção das Indicações Geográficas**

1. Indicações geográficas são, para os efeitos deste Acordo, indicações que identifiquem um produto como originário do território de um Membro, ou região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do produto seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica.

2. Com relação às indicações geográficas, os Membros estabelecerão os meios legais para que as partes interessadas possam impedir:

(a) a utilização de qualquer meio que, na designação ou apresentação do produto, indique ou sugira que o produto em questão provém de uma área geográfica distinta do verdadeiro lugar de origem, de uma maneira que conduza o público a erro quanto à origem geográfica do produto;

(b) qualquer uso que constitua um ato de concorrência desleal, no sentido do disposto no Artigo 10bis da Convenção de Paris (1967).

3. Um Membro recusará ou invalidará, ex officio, se sua legislação assim o permitir, ou a pedido de uma parte interessada, o registro de uma marca que contenha ou consista em indicação geográfica relativa a bens não originários do território indicado, se o uso da indicação na marca para esses bens for de natureza a induzir o público a erro quanto ao verdadeiro lugar de origem.

4. As disposições dos parágrafos 1, 2 e 3 serão aplicadas a uma indicação geográfica que, embora literalmente verdadeira no que se refere ao território, região ou localidade da qual o produto se origina, dê ao público a falsa idéia de que esses bens se originam em outro território.

### **Artigo 23**

#### ***Proteção Adicional às Indicações Geográficas para Vinhos e Destilados***

1. Cada Membro proverá os meios legais para que as partes interessadas possam evitar a utilização de uma indicação geográfica que identifique vinhos em vinhos não originários do lugar indicado pela indicação geográfica em questão, ou que identifique destilados como destilados não originários do lugar indicado pela indicação geográfica em questão, mesmo quando a verdadeira origem dos bens esteja indicada ou a indicação geográfica utilizada em tradução ou acompanhada por expressões como "espécie", "tipo", "estilo", "imitação" ou outras similares<sup>269</sup>.

2. O registro de uma marca para vinhos que contenha ou consista em uma indicação geográfica que identifique vinhos, ou para destilados que contenha ou consista em uma indicação geográfica que identifique destilados, será recusado ou invalidado, ex officio, se a legislação de um Membro assim o permitir, ou a pedido de uma parte interessada, para os vinhos ou destilados que não tenham essa origem.

3. No caso de indicações geográficas homônimas para vinhos, a proteção será concedida para cada indicação, sem prejuízo das disposições do parágrafo 4 do Artigo 22. Cada Membro determinará as condições práticas pelas quais serão diferenciadas entre si as indicações geográficas homônimas em questão, levando em consideração a necessidade de assegurar tratamento equitativo aos produtores interessados e de não induzir a erro os consumidores.

4. Para facilitar a proteção das indicações geográficas para vinhos, realizar-se-ão, no Conselho para TRIPS, negociações relativas ao estabelecimento de um sistema multilateral de notificação e registro de indicações geográficas para vinhos passíveis de proteção nos Membros participantes desse sistema.

### **Artigo 24**

#### ***Negociações Internacionais; Exceções***

1. Os Membros acordam entabular negociações com o objetivo de aumentar a proteção às indicações geográficas específicas mencionadas no Artigo 23. As disposições dos parágrafos 4 a 8 abaixo não serão utilizadas por um Membro como motivo para deixar de conduzir negociações ou de concluir acordos bilaterais e multilaterais. No contexto de tais negociações, os Membros se mostrarão dispostos a considerar a aplicabilidade ulterior dessas disposições a indicações geográficas específicas cuja utilização tenha sido o objeto dessas negociações.

2. O Conselho para TRIPS manterá sob revisão a aplicação das disposições desta Seção; a primeira dessas revisões será realizada dentro de dois anos da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. Qualquer questão que afete o cumprimento das obrigações estabelecidas nessas disposições poderá ser levada à atenção do Conselho, o qual, a pedido de um Membro, realizará consultas com qualquer outro Membro ou Membros sobre as questões para as quais não tenha sido possível encontrar uma solução satisfatória mediante consultas bilaterais ou

---

<sup>269</sup>Sem prejuízo do disposto na primeira frase do Artigo 42, os Membros poderão alternativamente, com relação a essas obrigações, estabelecer medidas administrativas para lograr a aplicação de normas de proteção.

multilaterais entre os Membros interessados. O Conselho adotará as medidas que se acordem para facilitar o funcionamento e para a consecução dos objetivos dessa Seção.

3. Ao implementar as disposições dessa Seção, nenhum Membro reduzirá a proteção às indicações geográficas que concedia no período imediatamente anterior à data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

4. Nada nesta Seção exigirá que um Membro evite o uso continuado e similar de uma determinada indicação geográfica de outro Membro, que identifique vinhos e destilados em relação a bens e serviços, por nenhum de seus nacionais ou domiciliários que tenham utilizado esta indicação geográfica de forma continuada para esses mesmos bens e serviços, ou outros afins, no território desse Membro (a) por, no mínimo, 10 anos antes de 15 de abril de 1994 ou, (b) de boa fé, antes dessa data.

5. As medidas adotadas para implementar esta Seção não prejudicarão a habilitação ao registro, a validade do registro, nem o direito ao uso de uma marca, com base no fato de que essa marca é idêntica ou similar a uma indicação geográfica, quando essa marca tiver sido solicitada ou registrada de boa fé, ou quando os direitos a essa marca tenham sido adquiridos de boa fé mediante uso:

- (a) antes da data de aplicação dessas disposições naquele Membro, segundo estabelecido na Parte VI; ou
- (b) antes que a indicação geográfica estivesse protegida no seu país de origem;

6. Nada nesta Seção obrigará um Membro a aplicar suas disposições a uma indicação geográfica de qualquer outro Membro relativa a bens e serviços para os quais a indicação pertinente seja idêntica ao termo habitual em linguagem corrente utilizado como nome comum para os mesmos bens e serviços no território daquele Membro. Nada do previsto nesta Seção obrigará um Membro a aplicar suas disposições a uma indicação geográfica de qualquer outro Membro relativa a produtos de viticultura para os quais a indicação relevante seja igual ao nome habitual para uma variedade de uva existente no território daquele Membro na data da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

7. Um Membro poderá estabelecer que qualquer requerimento formulado no âmbito desta Seção, relativo ao uso ou registro de uma marca, deve ser apresentado dentro de um prazo de cinco anos após tornado do conhecimento geral naquele Membro o uso sem direito da indicação protegida, ou após a data do registro da marca naquele Membro, desde que a marca tenha sido publicada até aquela data, quando anterior à data na qual o uso sem direito tornou-se do conhecimento geral naquele Membro, desde que a indicação geográfica não seja utilizada ou registrada de má fé.

8. As disposições desta Seção não prejudicarão de forma alguma o direito de qualquer pessoa de usar, em operações comerciais, seu nome ou o de seu predecessor no negócio, exceto quando esse nome for utilizado de maneira que induza o público a erro.

9. Não haverá, neste Acordo, obrigação de proteger indicações geográficas que não estejam protegidas, que tenham deixado de estar protegidas ou que tenham caído em desuso no seu país de origem.

#### **SEÇÃO 4: DESENHOS INDUSTRIAIS**

##### *Artigo 25 Requisitos para a Proteção*

1. Os Membros estabelecerão proteção para desenhos industriais criados independentemente, que sejam novos ou originais. Os Membros poderão estabelecer que os desenhos não serão novos ou originais se estes não diferirem significativamente de desenhos conhecidos ou combinações de características de desenhos conhecidos. Os Membros poderão estabelecer que essa proteção não se estenderá a desenhos determinados essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.
2. Cada Membro assegurará que os requisitos para garantir proteção a padrões de tecidos – particularmente no que se refere a qualquer custo, exame ou publicação – não dificulte injustificavelmente a possibilidade de buscar e de obter essa proteção. Os Membros terão liberdade para cumprir com essa obrigação por meio de lei sobre desenhos industriais ou mediante lei de direito autoral.

### ***Artigo 26*** ***Proteção***

1. O titular de um desenho industrial protegido terá o direito de impedir terceiros, sem sua autorização, de fazer, vender ou importar artigos que ostentem ou incorporem um desenho que constitua um cópia, ou seja substancialmente uma cópia, do desenho protegido, quando esses atos sejam realizados com fins comerciais.
2. Os Membros poderão estabelecer algumas exceções à proteção de desenhos industriais, desde que tais exceções não conflitem injustificavelmente com a exploração normal de desenhos industriais protegidos, nem prejudiquem injustificavelmente o legítimo interesse do titular do desenho protegido, levando em conta o legítimo interesse de terceiros.
3. A duração da proteção outorgada será de, pelo menos, dez anos.

## **SEÇÃO 5:** **PATENTES**

### ***Artigo 27*** ***Matéria Patenteável***

1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2 e 3 abaixo, qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial<sup>270</sup>. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4 do Artigo 65, no parágrafo 8 do Artigo 70 e no parágrafo 3 deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.
2. Os Membros podem considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessário evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.
3. Os Membros também podem considerar como não patenteáveis:

---

<sup>270</sup>Para os fins deste Artigo, os termos "passo inventivo" e "passível de aplicação industrial" podem ser caracterizados por um Membro como sinônimos aos termos "não-óbvio" e "utilizável".

- (a) métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais;
- (b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os Membros concederão proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema sui generis eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

**Artigo 28**  
**Direitos Conferidos**

1. Uma patente conferirá a seu titular os seguintes direitos exclusivos:
  - (a) quando o objeto da patente for um produto, o de evitar que terceiros sem seu consentimento produzam, usem, coloquem a venda, vendam, ou importem<sup>271</sup> com esses propósitos aqueles bens;
  - (b) quando o objeto da patente for um processo, o de evitar que terceiros sem seu consentimento usem o processo e usem, coloquem a venda, vendam, ou importem<sup>271</sup> com esses propósitos pelo menos o produto obtido diretamente por aquele processo.
2. Os titulares de patente terão também o direito de cedê-la ou transferi-la por sucessão e o de efetuar contratos de licença.

**Artigo 29**  
**Condições para os Requerentes de Patente**

1. Os Membros exigirão que um requerente de uma patente divulgue a invenção de modo suficientemente claro e completo para permitir que um técnico habilitado possa realizá-la e podem exigir que o requerente indique o melhor método de realizar a invenção que seja de seu conhecimento no dia do pedido ou, quando for requerida prioridade, na data prioritária do pedido.
2. Os Membros podem exigir que o requerente de uma patente forneça informações relativas a seus pedidos correspondentes de patente e às concessões no exterior.

**Artigo 30**  
**Exceções aos Direitos Conferidos**

Os Membros poderão conceder exceções limitadas aos direitos exclusivos conferidos pela patente, desde que elas não conflitem de forma não razoável com sua exploração normal e não prejudiquem de forma não razoável os interesses legítimos de seu titular, levando em conta os interesses legítimos de terceiros.

**Artigo 31**  
**Outro Uso sem Autorização do Titular**

Quando a legislação de um Membro permite outro uso<sup>272</sup> do objeto da patente sem a autorização de seu titular, inclusive o uso pelo Governo ou por terceiros autorizados pelo governo, as seguintes disposições serão respeitadas:

- (a) a autorização desse uso será considerada com base no seu mérito individual;

<sup>271</sup>Esse direito, como todos os demais direitos conferidos por esse Acordo relativos ao uso, venda, importação ou outra distribuição de bens, está sujeito ao disposto no Artigo 6.

<sup>272</sup>O termo "outro uso" refere-se ao uso diferente daquele permitido pelo Artigo 30.

- (b) esse uso só poderá ser permitido se o usuário proposto tiver previamente buscado obter autorização do titular, em termos e condições comerciais razoáveis, e que esses esforços não tenham sido bem sucedidos num prazo razoável. Essa condição pode ser dispensada por um Membro em caso de emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência ou em casos de uso público não-comercial. No caso de uso público não-comercial, quando o Governo ou o contratante sabe ou tem base demonstrável para saber, sem proceder a uma busca, que uma patente vigente é ou será usada pelo ou para o Governo, o titular será prontamente informado;
- (c) o alcance e a duração desse uso será restrito ao objetivo para o qual foi autorizado e, no caso de tecnologia de semicondutores, será apenas para uso público não-comercial ou para remediar um procedimento determinado como sendo anticompetitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial;
- (d) esse uso será não-exclusivo;
- (e) esse uso não será transferível, exceto conjuntamente com a empresa ou parte da empresa que dele usufruir;
- (f) esse uso será autorizado predominantemente para suprir o mercado interno do Membro que autorizou;
- (g) sem prejuízo da proteção adequada dos legítimos interesses das pessoas autorizadas, a autorização desse uso poderá ser terminada se e quando as circunstâncias que o propiciaram deixarem de existir e se for improvável que venham a existir novamente. A autoridade competente terá o poder de rever, mediante pedido fundamentado, se essas circunstâncias persistem;
- (h) o titular será adequadamente remunerado nas circunstâncias de cada uso, levando-se em conta o valor econômico da autorização;
- (i) a validade legal de qualquer decisão relativa à autorização desse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro;
- (j) qualquer decisão sobre a remuneração concedida com relação a esse uso estará sujeita a recurso judicial ou outro recurso independente junto a uma autoridade claramente superior naquele Membro;
- (k) os Membros não estão obrigados a aplicar as condições estabelecidas nos subparágrafos (b) e (f) quando esse uso for permitido para remediar um procedimento determinado como sendo anti-competitivo ou desleal após um processo administrativo ou judicial. A necessidade de corrigir práticas anti-competitivas ou desleais pode ser levada em conta na determinação da remuneração em tais casos. As autoridades competentes terão o poder de recusar a terminação da autorização se e quando as condições que a propiciam forem tendentes a ocorrer novamente;
- (l) quando esse uso é autorizado para permitir a exploração de uma patente ("a segunda patente") que não pode ser explorada sem violar outra patente ("a primeira patente"), as seguintes condições adicionais serão aplicadas:
- (i) a invenção identificada na segunda patente envolverá um avanço técnico importante de considerável significado econômico em relação à invenção identificada na primeira patente;
- (ii) o titular da primeira patente estará habilitado a receber uma licença cruzada, em termos razoáveis, para usar a invenção identificada na segunda patente; e
- (iii) o uso autorizado com relação à primeira patente será não transferível, exceto com a transferência da segunda patente.

**Artigo 32**  
**Nulidade/Caducidade**

Haverá oportunidade para recurso judicial contra qualquer decisão de anular ou de caducar uma patente.

**Artigo 33**  
**Vigência**

A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito<sup>273</sup>.

**Artigo 34**  
**Patentes de Processo: Ônus da Prova**

1. Para os fins de processos cíveis relativos à infração dos direitos do titular referidos no parágrafo 1(b) do Artigo 28, se o objeto da patente é um processo para a obtenção de produto, as autoridades judiciais terão o poder de determinar que o réu prove que o processo para obter um produto idêntico é diferente do processo patenteado. Conseqüentemente, os Membros disporão que qualquer produto idêntico, quando produzido sem o consentimento do titular, será considerado, na ausência de prova em contrário, como tendo sido obtido a partir do processo patenteado, pelo menos em uma das circunstâncias seguintes:

- (a) se o produto obtido pelo processo patenteado for novo;
- (b) se existir probabilidade significativa de o produto idêntico ter sido feito pelo processo e o titular da patente não tiver sido capaz, depois de empregar razoáveis esforços, de determinar o processo efetivamente utilizado.

2. Qualquer Membro poderá estipular que o ônus da prova indicado no parágrafo 1 recairá sobre a pessoa a quem se imputa a infração apenas quando satisfeita a condição referida no subparágrafo (a) ou apenas quando satisfeita a condição referida no subparágrafo (b).

3. Na adução da prova em contrário, os legítimos interesses dos réus na proteção de seus segredos de negócio e de fábrica serão levados em consideração.

**SEÇÃO 6:**  
**TOPOGRAFIAS DE CIRCUITOS INTEGRADOS**

**Artigo 35**  
**Relação com o Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados**

Os Membros acordam outorgar proteção às topografias de circuitos integrados (denominados adiante "topografias") em conformidade com os Artigos 2 a 7 (salvo o parágrafo 3 do Artigo 6), Artigo 12 e parágrafo 3 do Artigo 16 do Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados e, adicionalmente, em cumprir com as disposições seguintes.

**Artigo 36**  
**Abrangência da Proteção**

Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1 do Artigo 37, os Membros considerarão ilícitos os seguintes atos, se realizados sem autorização do titular do direito:<sup>274</sup> importar, vender ou

<sup>273</sup>Entende-se que aqueles Membros que não dispõem de um sistema de concessão original podem dispor que o termo de proteção será contado a partir da data de depósito no sistema de concessão original.

<sup>274</sup>Entende-se que o termo "titular de direito" possui, nesta Seção, o mesmo significado do termo "titular do direito" no Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. da primeira exploração comercial, onde quer que ocorra no mundo.

distribuir por outro modo para fins comerciais uma topografia protegida, um circuito integrado no qual esteja incorporada uma topografia protegida ou um artigo que incorpore um circuito integrado desse tipo, somente na medida em que este continue a conter uma reprodução ilícita de uma topografia.

### ***Artigo 37***

#### ***Atos que não Exigem a Autorização do Titular do Direito***

1. Sem prejuízo do Disposto no Artigo 36, nenhum Membro considerará ilícita a realização de qualquer dos atos a que se refere aquele Artigo em relação a um circuito integrado que contenha uma topografia reproduzida de forma ilícita ou a qualquer produto que incorpore um tal circuito integrado, quando a pessoa que tenha efetuado ou ordenado tais atos não sabia e não tinha base razoável para saber, quando da obtenção do circuito integrado ou do produto, que ele continha uma topografia reproduzida de forma ilícita. Os Membros disporão que, após essa pessoa ter sido suficientemente informada de que a topografia fora reproduzida de forma ilícita, ela poderá efetuar qualquer daqueles atos com relação ao estoque disponível ou previamente encomendado, desde que pague ao titular do direito uma quantia equivalente a uma remuneração razoável, equivalente à que seria paga no caso de uma licença livremente negociada daquela topografia.

2. As condições estabelecidas nos subparágrafos (a) a (k) do Artigo 31 aplicar-se-ão, mutatis mutandis, no caso de qualquer licenciamento não-voluntário de uma topografia ou de seu uso pelo ou para o Governo sem a autorização do titular do direito.

### ***Artigo 38***

#### ***Duração da Proteção***

1. Nos Membros que exigem o registro como condição de proteção, a duração da proteção de topografias não expirará antes de um prazo de dez anos contados do depósito do pedido de registro ou

2. Nos Membros que não exigem registro como condição de proteção, as topografias serão protegidas por um prazo não inferior a dez anos da data da primeira exploração comercial, onde quer que ocorra no mundo.

3. Sem prejuízo dos parágrafos 1 e 2, um Membro pode dispor que a proteção terminará quinze anos após a criação da topografia.

## **SEÇÃO 7:**

### **PROTEÇÃO DE INFORMAÇÃO CONFIDENCIAL**

#### ***Artigo 39***

1. Ao assegurar proteção efetiva contra competição desleal, como disposto no Artigo 10bis da Convenção de Paris (1967), os Membros protegerão informação confidencial de acordo com o parágrafo 2 abaixo, e informação submetida a Governos ou a Agências Governamentais, de acordo com o parágrafo 3 abaixo.

2. Pessoas físicas e jurídicas terão a possibilidade de evitar que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por terceiros, sem seu consentimento, de maneira contrária a práticas comerciais honestas<sup>275</sup>, desde que tal informação:

<sup>275</sup>Para os fins da presente disposição, a expressão "de maneira contrária a práticas comerciais honestas" significará pelo menos práticas como violação ao contrato, abuso de confiança, indução à infração, e inclui a

- (a) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes;
- (b) tenha valor comercial por ser secreta; e
- (c) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta.

3. Os Membros que exijam a apresentação de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável, como condição para aprovar a comercialização de produtos farmacêuticos ou de produtos agrícolas químicos que utilizem novas entidades químicas, protegerão esses dados contra seu uso comercial desleal. Ademais, os Membros adotarão providências para impedir que esses dados sejam divulgados, exceto quando necessário para proteger o público, ou quando tenham sido adotadas medidas para assegurar que os dados sejam protegidos contra o uso comercial desleal.

## **SEÇÃO 8: CONTROLE DE PRÁTICAS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL EM CONTRATOS DE LICENÇAS**

### *Artigo 40*

1. Os Membros concordam que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia.

2. Nenhuma disposição deste Acordo impedirá que os Membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclusiva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivos, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro.

3. Cada Membro aceitará participar de consultas quando solicitado por qualquer outro Membro que tenha motivo para acreditar que um titular de direitos de propriedade intelectual, que seja nacional ou domiciliado no Membro ao qual o pedido de consultas tenha sido dirigido, esteja adotando práticas relativas à matéria da presente Seção, em violação às leis e regulamentos do Membro que solicitou as consultas e que deseja assegurar o cumprimento dessa legislação, sem prejuízo de qualquer ação legal e da plena liberdade de uma decisão final por um ou outro Membro. O Membro ao qual tenha sido dirigida a solicitação dispensará consideração plena e receptiva às consultas com o Membro solicitante, propiciará adequada oportunidade para sua realização e cooperará mediante o fornecimento de informações não confidenciais, publicamente disponíveis, que sejam de relevância para o assunto em questão, e de outras informações de que disponha o Membro, sujeito à sua legislação interna e à conclusão de acordos mutuamente satisfatórios relativos à salvaguarda do seu caráter confidencial pelo Membro solicitante.

4. Um Membro, cujos nacionais ou pessoas nele domiciliadas estejam sujeitas a ações judiciais em outro Membro, relativas a alegada violação de leis e regulamentos desse outro Membro em

---

obtenção de informação confidencial por terceiros que tinham conhecimento, ou desconheciam por grave negligência, que a obtenção dessa informação envolvia tais práticas.

matéria objeto desta Seção, terá oportunidade, caso assim o solicite, para efetuar consultas na mesmas condições previstas no parágrafo 3.

### **PARTE III**

## **APLICAÇÃO DE NORMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL**

### **SEÇÃO 1:**

#### **OBRIGAÇÕES GERAIS**

#### *Artigo 41*

1. Os Membros assegurarão que suas legislações nacionais disponham de procedimentos para a aplicação de normas de proteção como especificadas nesta Parte, de forma a permitir uma ação eficaz contra qualquer infração dos direitos de propriedade intelectual previstos neste Acordo, inclusive remédios expeditos destinados a prevenir infrações e remédios que constituam um meio de dissuasão contra infrações ulteriores. Estes procedimentos serão aplicados de maneira a evitar a criação de obstáculos ao comércio legítimo e a prover salvaguardas contra seu uso abusivo.

2. Os procedimentos relativos a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual serão justos e eqüitativos. Não serão desnecessariamente complicados ou onerosos, nem comportarão prazos não razoáveis ou atrasos indevidos.

3. As decisões sobre o mérito de um caso serão, de preferência, escritas e fundamentadas. Estarão à disposição, pelo menos das partes do processo, sem atraso indevido. As decisões sobre o mérito de um caso serão tomadas apenas com base em provas sobre as quais as partes tenham tido oportunidade de se manifestar.

4. As Partes de um processo terão a oportunidade de que uma autoridade judicial reveja as decisões administrativas finais e pelo menos os aspectos legais das decisões judiciais iniciais sobre o mérito do pedido, sem prejuízo das disposições jurisdicionais da legislação de um Membro relativa a importância do caso. Não haverá obrigação, contudo, de prover uma oportunidade para revisão de absolvições em casos criminais.

5. O disposto nesta Parte não cria qualquer obrigação de estabelecer um sistema jurídico para a aplicação de normas de proteção da propriedade intelectual distinto do já existente para aplicação da legislação em geral. Nenhuma das disposições desta Parte cria qualquer obrigação com relação à distribuição de recursos entre a aplicação de normas destinadas à proteção dos direitos de propriedade intelectual e a aplicação da legislação em geral.

### **SEÇÃO 2:**

#### **PROCEDIMENTOS E REMÉDIOS CIVIS E ADMINISTRATIVOS**

#### *Artigo 42*

#### *Procedimentos Justos e Eqüitativos*

Os Membros farão com que os titulares de direito<sup>276</sup> possam dispor de procedimentos judiciais civis relativos à aplicação de normas de proteção de qualquer direito de propriedade intelectual coberto por este Acordo. Os réus terão direito a receber, em tempo hábil, intimação por escrito que contenha detalhes suficientes, inclusive as razões das pretensões. Será permitido às partes fazer-se representar por um advogado independente e os procedimentos não imporão exigências excessivas quanto à obrigatoriedade de comparecimento pessoal. Todas as partes nesses procedimentos estarão devidamente habilitadas a fundamentar suas pretensões e a apresentar todas as provas pertinentes. O procedimento fornecerá meios para identificar e proteger informações confidenciais, a menos que isto seja contrário a disposições constitucionais vigentes.

### ***Artigo 43*** ***Provas***

1. Quando uma parte tiver apresentado provas razoavelmente acessíveis, suficientes para sustentar suas pretensões e tiver indicado provas relevantes para a fundamentação de suas pretensões que estejam sob o controle da parte contrária, as autoridades judiciais terão o poder de determinar que esta apresente tais provas, sem prejuízo, quando pertinente, das condições que asseguram proteção da informação confidencial.
2. Nos casos em que uma das parte no processo denegue, voluntariamente ou sem motivos válidos, acesso a informação necessária, ou não a forneça dentro de prazo razoável, ou obstaculize significativamente um procedimento relativo a uma ação de aplicação de normas de proteção, um Membro pode conceder às autoridades judiciais o

### ***Artigo 44*** ***Ordens Judiciais***

1. As autoridades judiciais terão o poder de determinar que uma parte cesse uma violação, inter alia para impedir a entrada nos canais de comércio sob sua jurisdição de bens importados que envolvam violação de um direito de propriedade intelectual, imediatamente após a liberação alfandegária de tais bens. Os Membros não estão obrigados a conceder este poder com relação a matéria protegida, que tenha sido adquirida ou encomendada por uma pessoa antes de saber, ou de ter motivos razoáveis para saber, que operar com essa matéria ensejaria a violação de um direito de propriedade intelectual.
2. Não obstante as demais disposições desta Parte e desde que respeitadas as disposições da Parte II, relativas especificamente à utilização por Governos, ou por terceiros autorizados por um Governo, sem a autorização do titular do direito, os Membros poderão limitar os remédios disponíveis contra tal uso ao pagamento de remuneração, conforme o disposto na alínea (h) do Artigo 31. Nos outros casos, os remédios previstos nesta Parte serão aplicados ou, quando esses remédios forem incompatíveis com a legislação de um Membro, será possível obter sentenças declaratórias e compensação adequada.

### ***Artigo 45***

---

<sup>276</sup>Para efeitos desta Parte, o termo "titular de direito" inclui federações e associações que possuam capacidade legal para exercer tais direitos. poder de realizar determinações judiciais preliminares e finais, afirmativas ou negativas, com base nas informações que lhes tenham sido apresentadas, inclusive a reclamação ou a alegação apresentada pela parte adversamente afetada pela recusa de acesso à informação, sob condição de conceder às partes oportunidade de serem ouvidas sobre as alegações ou provas.

### ***Indenizações***

1. As autoridades judiciais terão o poder de determinar que o infrator pague ao titular do direito uma indenização adequada para compensar o dano que este tenha sofrido em virtude de uma violação de seu direito de propriedade intelectual cometido por um infrator que tenha efetuado a atividade infratora com ciência, ou com base razoável para ter ciência.
2. As autoridades judiciais terão também o poder de determinar que o infrator pague as despesas do titular do direito, que poderão incluir os honorários apropriados de advogado. Em casos apropriados, os Membros poderão autorizar as autoridades judiciais a determinar a reparação e/ou o pagamento de indenizações previamente estabelecidas, mesmo quando o infrator não tenha efetuado a atividade infratora com ciência, ou com base razoável para ter ciência.

### ***Artigo 46*** ***Outros Remédios***

A fim de estabelecer um elemento de dissuasão eficaz contra violações, as autoridades judiciais terão o poder de determinar que bens, que se tenha determinado sejam bens que violem direitos de propriedade intelectual, sejam objeto de disposição fora dos canais comerciais, sem qualquer forma de compensação, de tal maneira a evitar qualquer prejuízo ao titular do direito, ou, quando esse procedimento for contrário a requisitos constitucionais em vigor, que esses bens sejam destruídos. As autoridades judiciais terão também o poder de determinar que materiais e implementos cujo uso predominante tenha sido o de elaborar os bens que violam direitos de propriedade intelectual sejam objeto de disposição fora dos canais comerciais, sem qualquer forma de compensação, de maneira a minimizar os riscos de violações adicionais. Na consideração desses pedidos, será levada em conta a necessidade de proporcionalidade entre a gravidade da violação e os remédios determinados, bem como os interesses de terceiras partes. Com relação a bens com marca contrafeita, a simples remoção da marca ilicitamente afixada não será suficiente para permitir a liberação dos bens nos canais de comércio, a não ser em casos excepcionais.

### ***Artigo 47*** ***Direito à Informação***

Os Membros poderão dispor que as autoridades judiciais tenham o poder de determinar que o infrator informe ao titular do direito a identidade de terceiras pessoas envolvidas na produção e distribuição dos bens ou serviços que violem direitos de propriedade intelectual e de seus canais de distribuição, a menos que isto seja desproporcional à gravidade da violação.

### ***Artigo 48*** ***Indenização do Réu***

1. As autoridades judiciais terão o poder de determinar que uma parte, a pedido da qual tenham sido tomadas medidas e que tenha abusado dos procedimentos de aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual, provenha à parte que tenha sido equivocadamente objeto de ordem judicial ou de medida cautelar compensação adequada pelo prejuízo em que incorreu por conta desse abuso. As autoridades judiciais terão também o poder de determinar ao demandante que pague as despesas do réu, que podem incluir honorários adequados de advogado.

2. Os Membros só poderão isentar autoridades e funcionários públicos de estarem sujeitos a medidas apropriadas de reparação, relativas à aplicação de qualquer lei sobre a proteção ou a observância de direitos de propriedade intelectual, quando as ações tiverem sido efetuadas ou pretendidas de boa fé, no contexto da aplicação daquela legislação.

**Artigo 49**  
**Procedimentos Administrativos**

Na medida em que qualquer remédio cível possa ser determinado como decorrência de procedimentos administrativos sobre o mérito de um caso, esses procedimentos conformar-se-ão a princípios substantivamente equivalentes aos estabelecidos nesta Seção.

**SEÇÃO 3:**  
**MEDIDAS CAUTELARES**

**Artigo 50**

1. As autoridades judiciais terão o poder de determinar medidas cautelares rápidas e eficazes:
  - (a) para evitar a ocorrência de uma violação de qualquer direito de propriedade intelectual, em especial para evitar a entrada nos canais comerciais sobre sua jurisdição de bens, inclusive de bens importados, imediatamente após sua liberação alfandegária;(b) para preservar provas relevantes relativas a uma alegada violação.
2. As autoridades judiciais terão o poder de adotar medidas cautelares, inaudita altera parte, quando apropriado, em especial quando qualquer demora tenderá a provocar dano irreparável ao titular do direito, ou quando exista um risco comprovado de que as provas sejam destruídas.
3. As autoridades judiciais terão o poder de exigir que o requerente forneça todas as provas razoavelmente disponíveis, de modo a se convencer, com grau suficiente de certeza, que o requerente é o titular do direito e que seu direito está sendo violado ou que tal violação é iminente e de determinar que o requerente deposite uma caução ou garantia equivalente, suficiente para proteger o réu e evitar abuso.
4. Quando medidas cautelares tenham sido adotadas inaudita altera parte, as partes afetadas serão notificadas sem demora, no mais tardar após a execução das medidas. Uma revisão, inclusive o direito a ser ouvido, terá lugar mediante pedido do réu, com vistas a decidir, dentro de um prazo razoável após a notificação das medidas, se essas medidas serão alteradas, revogadas ou mantidas.
5. A autoridade que executará as medidas cautelares poderá requerer ao demandante que ele provenha outras informações necessárias à identificação dos bens pertinentes.
6. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4, as medidas cautelares adotadas com base nos parágrafos 1 e 2 serão revogadas ou deixarão de surtir efeito, quando assim requisitado pelo réu, se o processo conducente a uma decisão sobre o mérito do pedido não for iniciado dentro de um prazo razoável. Nos casos em que a legislação de um Membro assim o permitir, esse prazo será fixado pela autoridade judicial que determinou as medidas cautelares. Na ausência de sua fixação, o prazo não será superior a 20 dias úteis ou a 31 dias corridos, o que for maior.

7. Quando as medidas cautelares forem revogadas, ou quando elas expirarem em função de qualquer ato ou omissão por parte do demandante, ou quando for subsequente verificada que não houve violação ou ameaça de violação a um direito de propriedade intelectual, as autoridades judiciais, quando solicitadas pelo réu, terão o poder de determinar que o demandante forneça ao réu compensação adequada pelo dano causado por essas medidas.

8. Na medida em que qualquer medida cautelar possa ser determinada como decorrência de procedimentos administrativos, esses procedimentos conformar-se-ão a princípios substantivamente equivalentes aos estabelecidos nesta Seção.

#### **SEÇÃO 4: EXIGÊNCIAS ESPECIAIS RELATIVAS A MEDIDAS DE FRONTEIRA<sup>277</sup>**

##### ***Artigo 51 Suspensão de Liberação pelas Autoridades Alfandegárias***

Os Membros adotarão procedimentos<sup>278</sup>, de acordo com as disposições abaixo, para permitir que um titular de direito, que tenha base válida para suspeitar que a importação de bens com marca contrafeita ou pirateados<sup>279</sup> possa ocorrer, apresente um requerimento por escrito junto às autoridades competentes, administrativas ou judiciais, para a suspensão pelas autoridades alfandegárias da liberação desses bens. Os Membros podem permitir que um requerimento dessa natureza seja feito com relação a bens que envolvam outras violações de direitos de propriedade intelectual, desde que as exigências desta Seção sejam satisfeitas. Os Membros também podem permitir processos correspondentes, relativos à suspensão da liberação pelas autoridades alfandegárias de bens que violem direitos de propriedade intelectual destinados à exportação de seus territórios.

##### ***Artigo 52 Requerimento***

Qualquer titular de direito que inicie os procedimentos previstos no Artigo 51 terá de fornecer provas adequadas para satisfazer as autoridades competentes, de acordo com a legislação do país de importação, que existe, prima facie, uma violação do direito de propriedade intelectual do titular do direito e de fornecer uma descrição suficientemente detalhada dos bens, de forma a que sejam, facilmente reconhecidos pelas autoridades alfandegárias. As autoridades competentes

---

<sup>277</sup>Quando um Membro tiver desmontado substantivamente todos os controles sobre a movimentação de bens através de sua fronteira com outro Membro com o qual ele faz parte de uma união aduaneira, ele não estará obrigado a aplicar as disposições desta Seção naquela fronteira.

<sup>278</sup>Fica entendido que não haverá obrigação de aplicar esses procedimentos a importações de bens colocado no mercado de um terceiro país pelo titular do direito ou com o seu consentimento, nem a bens em trânsito.

<sup>279</sup>Para os efeitos deste Acordo, entende-se por:

(a) "bens com marca contrafeita" quaisquer bens, inclusive a embalagem, que ostentem sem autorização uma marca que seja idêntica à marca registrada relativa a tais bens, ou que não pode ser distinguida, em seus aspectos essenciais, dessa marca e que, por conseguinte, viola os direitos do titular da marca registrada em questão na legislação do país de importação;

(b) "bens pirateados" quaisquer bens que constituam cópias efetuadas sem a permissão do titular do direito ou de pessoa por ele devidamente autorizada no país onde foi produzido e que são elaborados direta ou indiretamente a partir de um Artigo no qual a elaboração daquela cópia teria constituído uma violação de um direito autoral ou conexo na legislação do país de importação.

informarão ao requerente, dentro de um prazo de tempo razoável, se aceitaram o requerimento e, quando determinado pelas autoridades competentes, o prazo em que agirão as autoridades alfandegárias.

**Artigo 53**  
***Caução ou Garantia Equivalente***

1. As autoridades competentes terão o poder de exigir que o requerente deposite uma caução ou garantia equivalente, suficiente para proteger o requerido e evitar abuso. Essa caução ou garantia equivalente não deterá, despropositadamente, o recurso a esses procedimentos.

2. De acordo com o requerimento previsto nessa Seção, quando a liberação de bens envolvendo desenhos industriais, patentes, topografias de circuito integrado ou informações confidenciais tiver sido suspensa pelas autoridades alfandegárias, com base numa decisão que não tenha sido tomada por uma autoridade judicial ou por outra autoridade independente, e o prazo estipulado no Artigo 55 tenha expirado sem a concessão de alívio provisório pelas autoridades devidamente capacitadas, o proprietário, importador ou consignatário desses bens terá direito à sua liberação quando depositar uma caução suficiente para proteger o titular do direito de qualquer violação, desde que todas as outras condições de importação tenham sido cumpridas. O pagamento dessa caução não restringirá o direito a outros remédios disponíveis para o titular do direito, ficando entendido que a caução será liberada se o titular do direito desistir do direito de litigar dentro de um prazo razoável.

**Artigo 54**  
***Notificação de Suspensão***

O importador e o requerente serão prontamente notificados da suspensão da liberação dos bens, de acordo com o Artigo 51.

**Artigo 55**  
***Duração da Suspensão***

Se as autoridades alfandegárias não tiverem sido informadas, num prazo de até 10 dias úteis após a notificação ao requerente da suspensão da liberação, de que um processo tendente a uma decisão sobre o mérito do pedido tenha sido iniciado por outra parte que não o réu, ou que a autoridade devidamente capacitada tenha adotado medidas cautelares prolongando a suspensão da liberação dos bens, os bens serão liberados, desde que todas as outras condições para importação e exportação tenham sido cumpridas; em casos apropriados, esse limite de tempo pode ser estendido por 10 dias úteis adicionais. Se o processo tendente a uma decisão sobre o mérito do pedido tiver sido iniciado, haverá, quando solicitada pelo réu, uma revisão, inclusive o direito de ser ouvido, a fim de se decidir, dentro de um prazo razoável, se essas medidas serão modificadas, revogadas ou confirmadas. Não obstante o acima descrito, quando a suspensão da liberação dos bens for efetuada ou mantida de acordo com uma medida judicial cautelar, serão aplicadas as disposições do parágrafo 6 do Artigo 50.

**Artigo 56**  
***Indenização do Importador e do Proprietário dos Bens***

As autoridades pertinentes terão o poder de determinar que o requerente pague ao importador, ao consignatário e ao proprietário dos bens uma compensação adequada por qualquer dano a eles causado pela retenção injusta dos bens ou pela retenção de bens liberados de acordo com o Artigo 55.

**Artigo 57**  
***Direito à Inspeção e à Informação***

Sem prejuízo da proteção de informações confidenciais, os Membros fornecerão às autoridades competentes o poder de conceder ao titular do direito oportunidade suficiente para que quaisquer bens detidos pelas autoridades alfandegárias sejam inspecionados, de forma a fundamentar as pretensões do titular do direito. As autoridades competentes terão também o poder de conceder ao importador uma oportunidade equivalente para que quaisquer desses bens sejam inspecionados. Quando a decisão de mérito for pela procedência do pedido, os Membros podem prover às autoridades competentes o poder de informar ao titular do direito os nomes e endereços do consignador, do importador e do consignatário e da quantidade dos bens em questão.

**Artigo 58**  
***Ação Ex Officio***

Quando os Membros exigem que as autoridades competentes atuem por conta própria e suspendam a liberação de bens em relação aos quais elas obtiveram prova inicial de que um direito de propriedade intelectual esteja sendo violado:

- (a) as autoridades competentes podem buscar obter, a qualquer momento, do titular do direito qualquer informação que possa assisti-las a exercer esse poder;
- (b) o importador e o titular do direito serão prontamente notificados da suspensão. Quando o importador tiver apresentado uma medida contra a suspensão junto às autoridades competentes, a suspensão estará sujeita, mutatis mutandis, às condições estabelecidas no Artigo 55;
- (c) os Membros só poderão isentar autoridades e servidores públicos de estarem sujeitos a medidas apropriadas de reparação quando os atos tiverem sido praticados ou pretendidos de boa fé.

**Artigo 59**  
***Remédios***

Sem prejuízo dos demais direitos de ação a que faz jus o titular do direito e ao direito do réu de buscar uma revisão por uma autoridade judicial, as autoridades competentes terão o poder de determinar a destruição ou a alienação de bens que violem direitos de propriedade intelectual, de acordo com os princípios estabelecidos no Artigo 46. Com relação a bens com marca contrafeita, as autoridades não permitirão sua reexportação sem que sejam alterados nem os submeterão a procedimento alfandegário distinto, a não ser em circunstâncias excepcionais.

**Artigo 60**  
***Importações De Minimis***

Os Membros poderão deixar de aplicar as disposições acima no caso de pequenas quantidades de bens, de natureza não-comercial, contidos na bagagem pessoal de viajantes ou enviados em pequenas consignações.

## **SEÇÃO 5: PROCEDIMENTOS PENAIS**

### *Artigo 61*

Os Membros proverão a aplicação de procedimentos penais e penalidades pelo menos nos casos de contrafação voluntária de marcas e pirataria em escala comercial. Os remédios disponíveis incluirão prisão e/ou multas monetárias suficientes para constituir um fator de dissuasão, de forma compatível com o nível de penalidades aplicadas a crimes de gravidade correspondente. Em casos apropriados, os remédios disponíveis também incluirão a apreensão, perda e destruição dos bens que violem direitos de propriedade intelectual e de quaisquer materiais e implementos cujo uso predominante tenha sido na consecução do delito. Os Membros podem prover a aplicação de procedimentos penais e penalidades em outros casos de violação de direitos de propriedade intelectual, em especial quando eles forem cometidos voluntariamente e em escala comercial.

## **PARTE IV AQUISIÇÃO E MANUTENÇÃO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROCEDIMENTOS INTER-PARTES CONEXOS**

### *Artigo 62*

1. Os Membros podem exigir o cumprimento de procedimentos e formalidades razoáveis, como uma condição da obtenção ou manutenção dos direitos de propriedade intelectual estabelecidos pelas Seções 2 a 6 da Parte II. Esses procedimentos e formalidades serão compatíveis com as disposições deste Acordo.
2. Quando a obtenção de um direito de propriedade intelectual estiver sujeita à concessão do direito ou a seu registro, os Membros, sem prejuízo do cumprimento dos requisitos substantivos para a obtenção dos direitos, assegurarão que os procedimentos para a concessão ou registro permitam a concessão ou registro do direito num prazo razoável, de modo a evitar redução indevida do prazo de proteção.
3. O Artigo 4 da Convenção de Paris (1967) será aplicado, mutatis mutandis, a marcas de serviço.
4. Os procedimentos relativos à obtenção ou manutenção de direitos de propriedade intelectual e, quando a legislação de um Membro os tiver, os relativos à nulidade administrativa e aos procedimentos inter-partes, como oposição, anulação e cancelamento, obedecerão os princípios gerais estabelecidos nos parágrafos 2 e 3 do Artigo 41.
5. As decisões administrativas finais em qualquer dos procedimentos previstos no Artigo 41 estará sujeita a revisão por uma autoridade judicial ou quase judicial. Não haverá obrigação, contudo, de prover uma oportunidade para essa revisão de decisões nos casos de oposição indeferida ou nulidade administrativa, desde que as razões para esses procedimentos possam estar sujeitas a procedimentos de invalidação.

## **PARTE V PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

**Artigo 63**  
**Transparência**

1. As leis e regulamentos e as decisões judiciais e administrativas finais de aplicação geral, relativas à matéria objeto desse Acordo (existência, abrangência, obtenção, aplicação de normas de proteção e prevenção de abuso de direitos de propriedade intelectual) que forem colocados em vigor por um Membro serão publicadas ou, quando essa publicação não for conveniente, serão tornadas públicas, num idioma nacional, de modo a permitir que Governos e titulares de direitos delas tomem conhecimento. Os Acordos relativos a matéria objeto deste Acordo, que estejam em vigor entre o Governo ou uma Agência Governamental de um Membro e o Governo ou uma Agência Governamental de um outro Membro também serão publicados.

2. Os Membros notificarão o Conselho para TRIPS das leis e regulamentos a que se refere o parágrafo 1, de forma a assistir aquele Conselho em sua revisão da operação deste Acordo. O Conselho tentará minimizar o ônus dos Membros em dar cumprimento a esta obrigação e pode decidir dispensá-los da obrigação de notificar diretamente o Conselho sobre tais leis e regulamentos se conseguir concluir com a OMPI entendimento sobre o estabelecimento de um registro comum contendo essas leis e regulamentos. Nesse sentido, o Conselho também considerará qualquer ação exigida a respeito das notificações originadas das obrigações deste Acordo derivadas das disposições do Artigo 6ter da Convenção de Paris (1967).

3. Cada Membro estará preparado a suprir informações do tipo referido no parágrafo 1, em resposta a um requerimento por escrito de outro Membro. Um Membro que tenha razão para acreditar que uma decisão judicial ou administrativa específica ou um determinado acordo bilateral na área de direitos de propriedade intelectual afete seus direitos, como previstos neste Acordo, também poderá requerer por escrito permissão de consultar ou de ser informado, com suficiente detalhe, dessas decisões judiciais ou administrativas específicas ou desse determinado acordo bilateral.

4. Nada do disposto nos parágrafos 1, 2 e 3 exigirá que os Membros divulguem informação confidencial que impediria a execução da lei ou que seria contrária ao interesse público ou que prejudicaria os interesses comerciais legítimos de determinadas empresas, públicas ou privadas.

**Artigo 64**  
**Solução de Controvérsias**

1. O disposto nos Artigos XXII e XXIII do GATT 1994, como elaborado e aplicado pelo Entendimento de Solução e Controvérsias, será aplicado a consultas e soluções de controvérsias no contexto desse Acordo, salvo disposição contrária especificamente prevista neste Acordo.

2. Os subparágrafos 1(b) e 1(c) do Artigo XXIII do GATT 1994 não serão aplicados a soluções de controvérsias no contexto deste Acordo durante um prazo de cinco anos contados a partir da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

3. Durante o prazo a que se refere o parágrafo 2, o Conselho para TRIPS examinará a abrangência e as modalidades para reclamações do tipo previsto nos subparágrafos 1(b) e 1(c) do Artigo XXIII do GATT 1994, efetuadas em conformidade com este Acordo, e submeterão suas recomendações

à Conferência Ministerial para aprovação. Qualquer decisão da Conferência Ministerial de aprovar essas recomendações ou de estender o prazo estipulado no parágrafo 2 somente será adotada por consenso. As recomendações aprovadas passarão a vigorar para todos os Membros sem qualquer processo formal de aceitação.

## **PARTE VI DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS**

### ***Artigo 65 Disposições Transitórias***

1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.
2. Um País em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5.
3. Qualquer outro Membro que esteja em processo de transformação de uma economia de planejamento centralizado para uma de mercado e de livre empresa e esteja realizando uma reforma estrutural de seu sistema de propriedade intelectual e enfrentando problemas especiais na preparação e implementação de leis e regulamentos de propriedade intelectual, poderá também beneficiar-se de um prazo de adiamento tal como previsto no parágrafo 2.
4. Na medida em que um País em desenvolvimento Membro esteja obrigado pelo presente Acordo a estender proteção patentária de produtos a setores tecnológicos que não protegia em seu território na data geral de aplicação do presente Acordo, conforme estabelecido no parágrafo 2, ele poderá adiar a aplicação das disposições sobre patentes de produtos da Seção 5 da Parte II para tais setores tecnológicos por um prazo adicional de cinco anos.
5. Um Membro que se utilize do prazo de transição previsto nos parágrafos 1, 2, 3 e 4 assegurará que quaisquer modificações nas suas legislações, regulamentos e prática feitas durante esse prazo não resultem em um menor grau de consistência com as disposições do presente Acordo.

### ***Artigo 66 Países de Menor Desenvolvimento Relativo Membros***

1. Em virtude de suas necessidades e requisitos especiais, de suas limitações econômicas, financeiras e administrativas e de sua necessidade de flexibilidade para estabelecer uma base tecnológica viável, os países de menor desenvolvimento relativo Membros não estarão obrigados a aplicar as disposições do presente Acordo, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5, durante um prazo de dez anos contados a partir da data de aplicação estabelecida no parágrafo 1 do Artigo 65. O Conselho para TRIPS, quando receber um pedido devidamente fundamentado de um país de menor desenvolvimento relativo Membro, concederá prorrogações desse prazo.
2. Os países desenvolvidos Membros concederão incentivos a empresas e instituições de seus territórios com o objetivo de promover e estimular a transferência de tecnologia aos países de menor desenvolvimento relativo Membros, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável.

**Artigo 67**  
**Cooperação Técnica**

A fim de facilitar a aplicação do presente Acordo, os países desenvolvidos Membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordadas, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento Membros e de menor desenvolvimento relativo Membros. Essa cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal.

**PARTE VII**  
**DISPOSIÇÕES INSTITUCIONAIS; DISPOSIÇÕES FINAIS**

**Artigo 68**  
***Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.***

O Conselho para TRIPS supervisionará a aplicação deste Acordo e, em particular, o cumprimento, por parte dos Membros, das obrigações por ele estabelecidas, e lhes oferecerá a oportunidade de efetuar consultas sobre questões relativas aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. O Conselho se desincumbirá de outras atribuições que lhe forem confiadas pelos Membros e, em particular, lhes prestará qualquer assistência solicitada no contexto de procedimentos de solução de controvérsias. No desempenho de suas funções, o Conselho para TRIPS poderá consultar e buscar informações de qualquer fonte que considerar adequada. Em consulta com a OMPI, o Conselho deverá buscar estabelecer, no prazo de um ano a partir de sua primeira reunião, os arranjos apropriados para a cooperação com os órgãos daquela Organização.

**Artigo 69**  
***Cooperação Internacional***

Os Membros concordam em cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, deles darão notificação e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados.

**Artigo 70**  
***Proteção da Matéria Existente***

1. Este Acordo não gera obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro.
2. Salvo disposição em contrário nele prevista, este Acordo, na data de sua aplicação para o Membro em questão, gera obrigações com respeito a toda a matéria existente, que esteja protegida naquele Membro na citada data, ou que satisfaça, ou venha posteriormente a satisfazer, os

critérios de proteção estabelecidos neste Acordo. Com relação ao presente parágrafo e aos parágrafos 3 e 4 abaixo, as obrigações em matéria de direito do autor relacionadas com obras existentes serão determinadas unicamente pelo disposto no Artigo 18 da Convenção de Berna (1971), e as obrigações relacionadas com os direitos dos produtores de fonogramas e dos artistas-intérpretes em fonogramas existentes serão determinadas unicamente pelo disposto no Artigo 18 da Convenção de Berna (1971), na forma em que foi tornado aplicável pelo disposto no parágrafo 6 do Artigo 14 deste Acordo.

3. Não haverá obrigação de restabelecer proteção da matéria, que, na data de aplicação deste Acordo para o Membro em questão, tenha caído no domínio público.

4. Com respeito a quaisquer atos relativos a objetos específicos que incorporem matéria protegida e que venham a violar direitos de propriedade intelectual, nos termos de legislação em conformidade com este Acordo, e que se tenham iniciado, ou para os quais o investimento significativo tenha sido efetuado, antes da data de aceitação do Acordo Constitutivo da OMC por aquele Membro, qualquer Membro poderá estabelecer uma limitação aos remédios disponíveis ao titular de direito com relação à continuação desses atos após a data de aplicação deste Acordo por aquele Membro. Em tais casos, entretanto, o Membro estabelecerá ao menos o pagamento de remuneração equitativa.

5. Nenhum Membro está obrigado a aplicar as disposições do Artigo 11 nem do parágrafo 4 do Artigo 14 a originais ou cópias compradas antes da data de aplicação deste Acordo para este Membro.

6. Os Membros não estão obrigados a aplicar o Artigo 31, nem o requisito estabelecido no parágrafo 1 do Artigo 27 segundo o qual os direitos de patente serão desfrutados sem discriminação quanto ao setor tecnológico, no tocante ao uso sem a autorização do titular do direito, quando a autorização para tal uso tenha sido concedida pelo Governo antes da data em que este Acordo tornou-se conhecido.

7. No caso de direitos de propriedade intelectual para os quais a proteção esteja condicionada ao registro, será permitido modificar solicitações de proteção que se encontrem pendentes na data de aplicação deste Acordo para o Membro em questão, com vistas a reivindicar qualquer proteção adicional prevista nas disposições deste Acordo. Tais modificações não incluirão matéria nova.

8. Quando um Membro, na data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, não conceder proteção patentária a produtos farmacêuticos nem aos produtos químicos para a agricultura em conformidade com as obrigações previstas no Artigo 27, esse Membro:

(a) não obstante as disposições da Parte VI, estabelecerá, a partir da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, um meio pelo qual os pedidos de patente para essas invenções possam ser depositados;

(b) aplicará a essas solicitações, a partir da data de aplicação deste Acordo, os critérios de patentabilidade estabelecidos neste instrumento como se tais critérios estivessem sendo aplicados nesse Membro na data do depósito dos pedidos, quando uma prioridade possa ser obtida e seja reivindicada, na data de prioridade do pedido; e

(c) estabelecerá proteção patentária, em conformidade com este Acordo, a partir da concessão da patente e durante o resto da duração da mesma, a contar da data de apresentação da solicitação em conformidade com o Artigo 33 deste Acordo, para as solicitações que cumpram os critérios de proteção referidos na alínea (b) acima.

9. Quando um produto for objeto de uma solicitação de patente num Membro, em conformidade com o parágrafo 8(a), serão concedidos direitos exclusivos de comercialização, não obstante as disposições da Parte VI acima, por um prazo de cinco anos, contados a partir da obtenção da aprovação de comercialização nesse Membro ou até que se conceda ou indefira uma patente de

produto nesse Membro se esse prazo for mais breve, desde que, posteriormente à data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, uma solicitação de patente tenha sido apresentada e uma patente concedida para aquele produto em outro Membro e se tenha obtido a aprovação de comercialização naquele outro Membro.

***Artigo 71***  
***Revisão e Emenda***

1. O Conselho para TRIPS avaliará a aplicação deste Acordo após transcorrido o prazo de transição mencionado no parágrafo 2 do Artigo 65. Com base na experiência adquirida em sua aplicação, o Conselho empreenderá uma revisão do Acordo dois anos após aquela data e, subseqüentemente, em intervalos idênticos. O Conselho poderá também efetuar avaliações à luz de quaisquer acontecimentos novos e relevantes, que possam justificar modificação ou emenda deste Acordo.

2. As emendas que sirvam meramente para incorporar níveis mais elevados de proteção dos direitos de propriedade intelectual, alcançados e vigentes em outros acordos multilaterais, e que tenham sido aceitos no contexto desses acordos por todos os Membros da OMC, poderão ser encaminhados à Conferência Ministerial para sua deliberação, em conformidade com o disposto no parágrafo 6 do Artigo X do Acordo Constitutivo da OMC, a partir de uma proposta consensual do Conselho de TRIPS.

***Artigo 72***  
***Reservas***

Não poderão ser feitas reservas com relação a qualquer disposição deste Acordo sem o consentimento dos demais Membros.

***Artigo 73***  
***Exceções de Segurança***

Nada neste Acordo será interpretado:

(a) como exigência de que um Membro forneça qualquer informação, cuja divulgação ele considere contrária a seus interesses essenciais de segurança; ou

(b) como impeditivo de que um Membro adote qualquer ação que considere necessária para a proteção de seus interesses essenciais de segurança:

(i) relativos a materiais físeis ou àqueles dos quais são derivados;

(ii) relativos ao tráfico de armas, munição e material bélico e ao tráfico de outros bens e materiais efetuado, direta ou indiretamente, com o propósito de suprir estabelecimentos militares;

(iii) adotada em tempo de guerra ou de outra emergência em relações internacionais; ou

(c) como impeditivo de um Membro adotar qualquer ação de acordo com a Carta das Nações Unidas para a manutenção da paz e segurança internacionais.

**ADVERTÊNCIA:** Este texto não substitui o texto oficial publicado no Diário Oficial da União no 248-A, de 31 de dezembro de 1994, seção 1, páginas 93 a 103.

**NOTAS AO TEXTO OFICIAL DO ACORDO TRIPS (OU ACORDO ADPIC)  
PUBLICADO NO SUPLEMENTO AO DIÁRIO OFICIAL Nº 248-A, DE 31 DE  
DEZEMBRO DE 1994:**

- (a) Os elementos do texto oficial do Acordo TRIPS (ou Acordo ADPIC), incluindo as notas de rodapé, sofreram mudanças de localização e de disposição nesta transcrição, a fim de facilitar a leitura do texto.
- (b) A nota de rodapé no 1 talvez merecesse a introdução da palavra “de” entre “(...) separado” e “Membro (...)”, de tal forma que a parte do texto passasse a ter a seguinte leitura: “(...) no caso de um território aduaneiro separado de Membro da OMC (...)”.
- (c) A palavra “nacional” do título do Artigo 3 teve sua primeira letra transcrita em maiúscula, por motivo de harmonização de texto.
- (d) No Artigo 20, a palavra “outro”, no trecho “(...) os bens e serviços de uma empresa daqueles de outro empresa. (...)”, foi trocada por “outra”.
- (e) A palavra “Geográficas”, segunda palavra do parágrafo 1 do Artigo 22, teve sua primeira letra transcrita em minúscula, por motivo de harmonização de texto.
- (f) No parágrafo 3 do Artigo 22, foi acrescentada uma vírgula (“,”) entre “(...) de uma parte interessada” e “o registro de uma marca (...)”.
- (g) As duas primeiras palavras da nota de rodapé no 7 foram colocadas no singular, ou seja, foi trocado “Os termos (...)” por “O termo (...)”.
- (h) O artigo definido “O” no início do Artigo 30 foi colocado no plural.
- (i) Na última parte do Artigo 46, a vírgula (“,”) do trecho “(...). Na consideração desses, pedidos será (...)” foi transposta para depois da palavra “pedidos”, de tal forma que o trecho passou a ser: “(...). Na consideração desses pedidos, será (...)”.
- (j) No fim do título da Seção 4, foi acrescentado o indicador de nota de rodapé no 12 omitido no texto oficial.
- (k) O título da Parte VII teve o sinal de dois pontos (“:”) trocado por um de ponto e vírgula (“;”).
- (l) A palavra “segurança” do título do Artigo 73 teve sua primeira letra transcrita em maiúscula, por motivo de harmonização de texto.

## ANEXO C

### DECRETO Nº 1.355, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1994.<sup>280</sup>

Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso de suas atribuições, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, a

---

<sup>280</sup>Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm)> Acesso em: 31 ago. 2010.

Ata Final que Incorpora aos Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, assinada em Maraqueche, em 12 de abril de 1994;

Considerando que o Instrumento de Ratificação da referida Ata Final pela República Federativa do Brasil foi depositado em Genebra, junto ao Diretor do GATT, em 21 de dezembro de 1994;

Considerando que a referida Ata Final entra em vigor para a República Federativa do Brasil em 1º de janeiro de 1995,

**DECRETA:**

Art. 1º A Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, apensa por cópia ao presente decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nele contém.

Art. 2º Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 30 de dezembro de 1994; 173º da Independência e 106º da República.

ITAMAR FRANCO  
*Celso Luiz Nunes Amorim*