

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

GABRIELA HEINEN

**CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL NOS CONTRATOS DE**  
**FRANQUIA: análise à luz do Direito Contratual e Concorrencial**

Porto Alegre

2017

GABRIELA HEINEN

**CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL NOS CONTRATOS DE  
FRANQUIA: análise à luz do Direito Contratual e Concorrencial**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem.

Porto Alegre

2017

GABRIELA HEINEN

**CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL NOS CONTRATOS DE  
FRANQUIA: análise à luz do Direito Contratual e Concorrencial**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem.

Aprovada pela banca examinadora no dia 25 de julho de 2017, obtendo conceito final A.

Banca examinadora

Professor Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem  
(Professor adjunto de Direito – UFRGS)

Professor Dr. Cristiano Heineck Schmitt  
(Professor adjunto de Direito - PUCRS)

Professor Dr. Fabiano Menke  
(Professor adjunto de Direito - UFRGS)

Porto Alegre

2017

*“Adotar é um ato de amor recíproco. Dedico este trabalho àqueles que tem de mim a reciprocidade do maior amor do mundo: Valéria e Clécio Heinen”.*

## AGRADECIMENTOS

Agradecer (et: a- + rad. de grado (do latim *gratus,a,um*) + -ecer.<sup>1</sup> Verbo transitivo direto, que tem por significado demonstrar ou expressar gratidão, oferecer graças, reconhecer. Muitos são os agradecimentos que devem ser feitos diante da conclusão desta que foi, até então, a situação mais árdua da minha vida acadêmica. Tentarei da maneira mais eficaz que puder sintetizá-los em palavras.

Inicialmente, agradeço à minha mãe, dona Valeria, por ter sido a maior incentivadora dessa longa jornada. Tua dedicação e teu amor, seja destinados a mim, seja a tua profissão, são inspiradores. Admirar-te, em diversos aspectos, fez brotar na minha pessoa sentimentos que posso definir a quais características tuas estão relacionados: determinação, dedicação, doação, empenho, amor. Obrigada, pelas vezes em que, ao falar com amor da sua profissão, fez-me entender que a essência do saber é a possibilidade de poder dividir, em agregar, transmitir e construir conhecimento. Obrigada pelo amor incondicional dedicado a mim e aos meus sonhos. Obrigada, sobretudo, por sempre estar ao meu lado na luta pela conquista deles, me passando a certeza de que: “no final, tudo vai dar certo!”.

Ao meu pai, “Tio Clécio”, que desde a minha infância, ao me erguer em seus braços, me ensinou o verdadeiro significado da frase “Acredita em ti e voa”. Me ensinou que se pode ser forte para enfrentar as adversidades da vida e ao mesmo tempo ser a pessoa mais doce e amorosa do mundo. Obrigada por todo o apoio e por permitir, mesmo que contragosto, que eu sempre fizesse as minhas próprias escolhas. Agradeço pelos 22 anos de amor, de cuidados, de atenção. És o melhor pai que alguém poderia ter, sorte a minha em ter sido a escolhida.

A vocês, meus queridos pais, mais que agradecer, por sua simples, mas essencial colaboração para que este trabalho fosse realizado, peço desculpas pela ausência física e pelo meu mau humor dos últimos meses. Peço desculpas, e agradeço, afinal foi de vocês que vieram as palavras mais confortante nos momentos de angústia e aflição.

Por conseguinte, agradeço ao meu estimado orientador, prof. Dr. Bruno Miragem, que apesar do seu curto espaço de tempo, exerceu seu papel de forma excepcional! Atento, acessível, compreensível. És exemplo querido professor! Sempre disposto a ouvir, incentivar, orientar, seja incentivando o desenvolvimento do pensar crítico, seja por meio de bibliografias, livros, indicações de autores. Retratando Immanuel Kant: “*Der Mensch kann nur Mensch werden durch Erziehung. Er ist nichts, als was die Erziehung aus ihm macht.*”<sup>2</sup>, em livre tradução: “o homem não é nada além daquilo que a educação faz dele”, e muito do que sou como estudante, e que serei como futura educadora, devo ao Sr. Professor.

Concomitante ao Professor Bruno, agradeço aos colegas do grupo de Pesquisa Direito Privado e Acesso ao Mercado por terem fomentado a minha paixão pela pesquisa ao longo desse ano, sobretudo à agora mestre Betina Glasser e a colega de graduação Carolinne Moraes, pelo auxílio com artigos e livros relacionados ao tema. Mais que colegas de pesquisa, vocês se demonstraram parceiras e amigas.

Também aqui cabe ressaltar e agradecer a fundamental ajuda dos colegas da graduação, sobretudo aos que, mais que colegas, demonstraram-me o real sentido da

---

<sup>1</sup>HOUAISS, Antônio e Villar, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 71.

<sup>2</sup> KANT, Immanuel. **Über Pädagogik**. Ed. Nicolovius, 1803., p. 11

palavra amizade: Anna Paula Back, Dezyree Rodrigues, Giovani Eckert, Isadora Vargas, Júlia Pasche, Nadine Henn, agradeço pelas tantas palavras de incentivo, pelos debates, por ouvirem incansáveis reclamações e, principalmente, por segurarem as “pontas” na faculdade nesse período.

Nesse sentido, também agradeço ao meu namorado Vinicius, pela paciência, por compreender minhas escolhas e na parceria do nosso (feliz e lindo) relacionamento, deixar transparecer sua empatia e compreensão à situação, relevando meu mau humor constante. Na pessoa dele, agradeço também o incentivo vindo de sua família e a importante ajuda de sua “tia” Luka. Meu bem, estivesse do meu lado, abdicando de horas de lazer, para me ajudar na conclusão desse trabalho, agradeço-te incansavelmente, igualmente me desculpando. Afinal de contas, em diversas situações emergiu da tua calma, a minha. A ti, meu coração!

Aos meus mais presentes e melhores amigos: Eveline Bald, Débora Cabral, Carlos Hoffmann Jr., Felipe Gabbardo, Gabriela(s) Almeida e Rahmaier, Gabriel Oliveira, Giovanni Rezende Henrique Di Salvo, Hugo H. Nyland, Igor Carvalho, José Arthur, Kaline Salgado, Lucas Brum, Rodrigo Preuss, Samuel Menegon De Bona e Vitor Quintana. Da grande Porto Alegre ou do interior gaúcho, mais que agradecer o ombro amigo, o incentivo, as pesquisas, as leituras, as transcrições de livros, eu peço desculpas! Desculpo-me pela ausência, pelas reclamações, pela falta de atenção. A música de Gonzaguinha pode mensurar meu sentimento: “[..]é tão bonito quando a gente sente que nunca está sozinho por mais que pense estar.”

Igualmente, agradeço às pessoas com quem tive oportunidade de trabalhar durante meus quase cinco anos de graduação. Cada uma dessas pessoas, seja os Procuradores da AGU, ou os excelentes advogados dos escritórios Muller Moreira e Goes Monteiro e Tocantins, contribuíram de alguma forma para o desenvolver da minha graduação. Nesse sentido, especial agradecimento ao “chefe” e amigo Daniel Campos, que em infindáveis discussões e troca de ideias, depositou sua confiança no meu trabalho, me possibilitando, na prática, observar como se desenvolve as relações entre privados, pertinente, sobretudo a esfera contratual. Essa liberdade de “criação” me estimulou a pesquisar e por consequência a paixão pelo Direito Privado.

Por fim, e não menos importante, à Faculdade de Direito da UFRGS que, depois de tanta luta e renúncias na adolescência, tanta alegria me deu ao saber que dela faria parte. Agradeço por ter tido a possibilidade de caminhar pelos corredores do antigo e eminente Castelo André da Rocha, desconstruindo pré-conceitos, vivenciando lutas, discussões e construções de conhecimento.

Agradeço aos Mestres e às Mestras que tive durante a graduação que me ensinaram que estudar Direito pode ser sim gratificante e apaixonante. Em suas aulas, por meio de conceitos abstratos, formais, doutrinas e livros, despertaram em mim uma inquietude sem fim. As multas na biblioteca da faculdade, as bibliotecárias do TJRS e o bolso da minha mãe que digam.

Em especial modo, agradeço aos Professores do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade, por despertarem em mim um amor chamado área acadêmica, pesquisa e docência. A vocês, que além de excelentes professores, apresentam-se como renomados autores e doutrinadores, agradeço o silêncio das muitas palavras escritas, pois pude, através de suas obras, pensar tais palavras, proporcionando-me, assim, imensurável aprendizado jurídico e de vida. Considero-me uma pessoa de sorte, por conviver em um ambiente intelectual, político e acadêmico de tão alto nível, dentro do qual aprendi tanto e pretendo ainda aprender.

A vocês, minha gratidão. Muito obrigada!!!

*“[..] nem sempre se deve esgotar tanto um assunto, que nada se deixe para o leitor fazer: não se trata de fazer ler, e sim de fazer pensar.”<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1996. (tradução de Cristina Murachco). p.196

## RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o Contrato de Franquia Empresarial. No tocante ao seu desenvolvimento, tem o propósito de analisar a Cláusula de Exclusividade Territorial, observando as vantagens e desvantagens da mesma para o negócio, e se aquela ao compor o instrumento contratual livre estipulado entre partes, viola os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. À vista disso, preliminarmente depreende-se a formação do Sistema de *Franchising* pelo mundo, analisando seu conceito e contexto histórico, expandindo sua compreensão ao examinar as peculiaridades, os múltiplos tipos e formas contratuais que o compõe, e a natureza jurídica à luz da Lei 8.955/1994, que regulamenta o Contrato de *Franchising* no Brasil. Expõe-se a relevância econômico-social do sistema, apresentando um panorama do desenvolvimento e crescimento desse tipo de negócio no mercado brasileiro dos últimos anos, justificando-se assim, a necessidade do estudo das normas que versem sobre as lacunas da exígua lei que o regulamenta. Por conseguinte, adentra-se na análise das cláusulas estipuladas no Contrato, com especial atenção à Cláusula de Exclusividade Territorial, e como o Código Civil de 2002, através das cláusulas gerais da função social e da boa-fé, torna-se determinante para garantia da eficácia contratual, diante das possíveis divergências entre as partes. Para cumprir com o relatado, explora-se os conceitos de livre iniciativa e livre concorrência assegurados pela Constituição Federal; compreende-se a definição de mercado relevante, observando validade dos acordos verticais estipulados entre franqueador e franqueado. Atenta-se as formas que Direito Concorrencial encontra para disciplinar as possíveis infrações da ordem econômica, por meio da lei antitruste nº12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Por fim, observa-se o posicionamento dos Tribunais e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE a respeito do assunto.

Palavras-chave: **Franquia Empresarial. *Franchising*. Contratos. Cláusula de Territorialidade. Exclusividade. Livre-iniciativa. Concorrência. Infrações.**



## **ABSTRACT**

The focus of this article is the Business Franchise Contract. With respect to its development, its purpose is to study the Territorial Exclusivity Clause, considering its business advantages and disadvantages, and whether, due to being a free contractual instrument established between the parties, it violates the principles of free enterprise and free competition. With this in mind, it first examines the formation of the Franchising System around the world, analyzing the concept and historical context, and then broadening the understanding of this phenomenon by examining its peculiarities, the multiple contractual types and forms that compose it and its legal nature based on Law 8.955/1994 that regulates Franchising Contracts in Brazil. It demonstrates the economic and social relevance of the system and presents an overview of the development and growth of this type of business in the Brazilian market in recent years, justifying the need to study the standards that address the gaps in the scanty law that regulates it. Therefore, it enters into an analysis of the clauses established in the Franchise Contract, particularly the Territorial Exclusivity Clause, and how the Civil Code, through the general clauses on social function and good faith, becomes a determinant to ensure the contract, in the event of possible divergences between the parties. To fulfill the study objectives, the concepts of free enterprise and free competition guaranteed by the Federal Constitution are explored, including the definition of relevant market, observing the validity of vertical agreements established between the Franchisor and Franchisee. Attention is given to the ways found in the Competition Law to discipline possible infractions of an economic nature, through the Antitrust Law N° 12.529/2011, which structures the Brazilian System for the Defense of Competition. Lastly, it looks at the stance taken by the Superior Courts of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) in regard to this matter.

**Keywords: Business Franchise. Franchising. Contracts. Territorial Clause. Exclusivity. Free Enterprise. Competition. Infractions.**

## LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ABF - Associação Brasileira de *Franchising*

ABPI - Associação Brasileira de Propriedade Intelectual

ACRio - Conselho Empresarial de *Franchising* da Associação Comercial do Rio de Janeiro

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CCB - Código Civil Brasileiro

COF - Circular de Oferta de Franquia

FecomercioSP - Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo

FGV - Fundação Getúlio Vargas

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

(Ibre/FGV) - Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas

IFA - *International Franchise Association*

INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial

PIB - Produto Interno Bruto

PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua

SDE - Secretaria de Direito Econômico

SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico

SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL.....</b>	<b>17</b>
1.1. Contexto Histórico.....	17
1.2. Conceito .....	23
1.3. Espécie e Formas de <i>Franchising</i> .....	29
1.4. Natureza Jurídica .....	34
1.5. Matrizes formadoras do Contrato de <i>Franchising</i> .....	38
1.6. Circular de Oferta de Franquia e as fases da Contratação .....	46
1.7. Lei nº 8.955 de 1994 e outras normas incidentes sobre o Contrato.....	51
<b>2. A CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL NOS CONTRATOS DE FRANQUIA .....</b>	<b>55</b>
2.1. Livre Iniciativa, Livre Concorrência e o Mercado .....	55
2.2. A Autonomia Privada e a Limitação das Cláusulas Contratuais.....	66
2.3. Acordos de Relações Verticais e a Cláusula de Exclusividade Territorial .....	75
2.4. Panorama Econômico das Franquias no Brasil .....	89
2.5. A Cláusula de Territorialidade nos Contratos de <i>Franchising</i> .....	94
2.6. Cláusula de Exclusividade Territorial nos Tribunais e no âmbito Administrativo de Defesa Econômica.....	100
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>117</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>123</b>
<b>ANEXO A - CÓDIGO DE PRINCÍPIOS ÉTICOS ABF .....</b>	<b>136</b>

## INTRODUÇÃO

O *Franchising* apresenta-se como um sistema que visa à distribuição e à comercialização de produtos, mercadorias e/ou serviços, instrumentalizado por contrato. Esse é celebrado por agentes econômicos interessados em obter crescimento em determinado setor e em determinada região. De um lado, situa-se o empresário proprietário do negócio (franqueador), substancialmente motivado em expandir sua rede, e de outro, o empreendedor brasileiro (candidato a franqueado). Independentes entre si, porém movidos pelo espírito de colaboração recíproca, acordam-se para proceder a atividade.

Negócio pelo qual, mediante recebimento de preço inicial, acrescido de e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado, o franqueador lhe cederá, autorizará ou licenciará para uso comercial, propriedade de marca, patentes, fórmulas, insígnias, título de estabelecimento, *know-how* e métodos de trabalho, prestando-lhe assistência técnica permanente na respectiva unidade da rede franqueada.

O *Franchising* é considerado um sistema extremamente eficaz de comercialização de produtos, mercadorias e serviços, possibilitando ao franqueador a ampliação de seu negócio por meio de redes de distribuição, aumentando o faturamento empresarial. Talqualmente proporciona ao franqueado um modo mais célere de constituir negócio próprio, sob resguardo de uma marca de sucesso. À vista disso, é considerado uma opção bastante vantajosa de investimento e lucratividade, tendo em vista que o franqueado investirá seu capital em uma entidade cuja marca tem reconhecida credibilidade perante o consumidor, reduzindo as possibilidades de fracasso do negócio.

No Brasil, o Contrato de *Franchising* é regulado pela Lei nº 8.955 de 1994. Nele, franqueador e franqueado, em justa medida, ao pactuarem, visam à garantia da estabilidade de suas relações e da certeza de seus investimentos, pugnando pela máxima previsibilidade de possíveis situações e pelo cumprimento do convencionado. Assim, franqueado e franqueador dotados de liberdade, mesmo que limitada, optam por firmarem contratos com a finalidade de assegurar o cumprimento das obrigações e das responsabilidades recíprocas. Dentre as possíveis cláusulas que o instrumento pode conter, sobreleva-se a cláusula de exclusividade ou semi-exclusividade territorial.

A análise da estipulação da Cláusula de Exclusividade Territorial dentro dos Contratos de *Franchising* é o objetivo geral da presente monografia. O método científico utilizado foi dedutivo, amparado por pesquisas de caráter documental, abarcando a legislação, além de estudos doutrinários de renomados autores brasileiros e exame de artigos em periódicos. Concomitante a doutrina, as conclusões reputam à interpretação da jurisprudência brasileira e de pareceres administrativos pertinentes ao tema.

Fragmentado em sete diferentes subtítulos, incumbe ao primeiro capítulo o rigoroso e detalhado exame do Sistema. Exordialmente aborda-se o contexto histórico de criação e de desenvolvimento desse tipo de negócio pelo mundo: a começar pela Idade Média, período em que imperava o poder da Igreja nas relações comerciais, de propriedade e de território. Evoluindo o estudo aos dias atuais, em que o *Franchising* se revela economicamente relevante em diversos contextos empresariais.

Observando o decorrer dos anos, desde o surgimento dos mercados e das relações comerciais que se identifica diversos outros tipos de negócios que, pertinentes à época, constituíam sistemas semelhantes ao atual. Ademais, nas páginas subsequentes, demonstrar-se-á a essencial contribuição dos Estados Unidos da América para a expansão da atividade em outras Nações, contemplando a formação das primeiras redes franqueadas no continente europeu e posteriormente para o Brasil. No contexto brasileiro, faz-se alusão ao precursor sistema desenvolvido, no ano de 1910, pelo proprietário dos “*Calçados Estella*”. Todavia, nas páginas seguintes especial atenção é dada a composição do negócio no país, resultante de sua grande expansão nos anos 60.

Em sequência ao exposto, aprofundar-se-á o entendimento sobre o conceito de *Franchising*. Há um rol extenso e diversificado de enunciados que devem ser observados, vez que as principais características que constituem o sistema e o instrumento contratual podem ser elencadas em sua descrição. Nesse sentido, também se aponta a diferenciação do *Franchising* em relação a outros tipos contratuais que compõe os denominados de “Contratos da distribuição”.<sup>4</sup>

Identificar-se-á que o sistema em questão possui características próprias que o delineiam, fazendo-se, por conseguinte, a hora de apresentar suas diversas espécies e

---

<sup>4</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 790, p. 11-44, ago. 2001, p. 12.

formas. Desdobra-se que o complexo contratual do *Franchising*, apesar de conter características obrigatórias, quanto a natureza da atividade empresarial pode-se classificá-lo em quatro espécies diferentes (*Franchising* de Serviço, de Produção, de Distribuição e de Indústria) que unitariamente ou de forma simultânea, podem estruturar-se em treze distintas formas.

Neste viés que a sessão seguinte se encarregará de expor a natureza jurídica do Contrato, podendo observar-se a complexidade do mesmo. Quanto a sua natureza, Pereira Andrade o classifica como “bilateral, *Intuitu Personae*, de adesão, consensual, oneroso, de execução continuada e comutativo”<sup>5</sup>. Além de esmiuçar cada uma dessas especificações, no presente trabalho disserta-se sobre divergências doutrinárias acerca de sua tipicidade, como também da possível classificação por contrato de adesão.

Dada a ciência a respeito da natureza jurídica do instituto, acessível torna-se o estudo sobre as possíveis, opcionais e necessárias cláusulas que compõe o instrumento contratual. A elaboração daquelas asseguram obrigações das partes, abrangendo em suas linhas os dispositivos encontrados na Lei 8.955/1994 que disciplina o *Franchising* no Brasil. Ressalta-se que, ante a apreciação da constituição do instrumento oficial que rege a relação, parte do capítulo se aterá a explicitar a formação do pré-contrato, bem como detalhará o documento que deve ser disponibilizado pelo franqueador ao futuro franqueado em função do ingresso desse na rede. Àquele, dá-se o nome de Circular de Oferta de Franquia.

Para findar a análise da formação, incorporação e vinculação do negócio, faz-se atenção às normas incidentes e aos órgãos que o normatizam. Adentra-se o estudo da Lei 8.955/94 e do Código de Princípios Éticos, desenvolvido pela Associação Brasileira de *Franchising*, entidade que visa ao aprimoramento e a defesa do sistema em questão no país. No entanto, poderá constatar-se que apesar de conter Lei que o regulamenta, existe, no centro das relações, a liberdade das partes de dirigirem o contrato na forma que desejarem, elaborando determinadas cláusulas que podem levar o negócio ao litígio diante do abstratíssimo contratual.

A liberdade incumbida às partes é amparada pelo princípio da autonomia da vontade, que se desdobra em duas vertentes: a liberdade de contratar e a liberdade contratual. Partindo das premissas de que franqueador e franqueado podem ou não acordar e, se o fizerem, determinarem o conteúdo do contrato, há a possibilidade da

---

<sup>5</sup>ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**. São Paulo: Editora Atlas, 1997, p. 27-28.

composição de cláusulas abusivas. Tal situação ocorre quando sua redação não se atenta aos limites pré-estabelecidos em Lei pelo Legislador brasileiro.

Por outra banda, fragmentado em seis subseções, o capítulo segundo da pesquisa atenta-se aos litígios insurgentes das práticas abusivas entre contratantes e pelos contratantes à terceiros. Nesse sentido, expor-se-á que um dos motivos de divergência no prisma do Direito Contratual, é a estipulação, em comum acordo ou em forma de adesão, de cláusulas que limitam a atuação das partes, como a Cláusula de Exclusividade Territorial.

Para fundamentar tal alegação, o primeiro subtítulo trata de conceituar Mercado, a Livre Iniciativa e a Livre Concorrência. A título de esclarecimento, ressalta-se que é dentro do mercado que se estabelecem as relações entre agentes privados, que atendendo aos seus interesses praticam atos visando a obtenção de lucros, eficiência do sistema e de expansão comercial. Essas práticas são permitidas pela Constituição Federal, que assegura o princípio da livre iniciativa. No entanto, quando desrespeitados limites impostos por legislação ordinária, os atos podem ser considerados lesivos, configurando, desta forma, infração da ordem econômica, e/ou ferir a livre concorrência.

Igualmente, explicitar-se-á no desenvolver do capítulo que tais práticas consideradas ilícitas pela Lei Antitruste (Lei 12.529/2011) emanam da já citada liberdade das partes. Justificando-se, assim, o estudo das cláusulas gerais da Boa-Fé e da Função Social dos Contratos, cuja atribuição é de amparar a legislação antitruste, balizando a atuação do legislador brasileiro ao julgar o caso concreto.

Diante disso, extensivo será o estudo de possíveis práticas abusivas, com especial atenção à formação de acordos verticais entre agentes que buscam dominar específico mercado. Quando intramarcas, estes acordos que objetivam restringir o mercado, ou melhor, que visam à limitação de determinado espaço geográfico para o efetivo exercício de atuação do agente, resultam da exclusividade territorial. No Sistema de *Franchising*, tal prática é corriqueiramente adotada nos instrumentos contratuais como a Cláusula de Exclusividade Territorial.

Em sequência ao exposto, o restante do capítulo se restringirá a análise da mesma, de sua licitude e de sua aplicabilidade no contrato em questão. Para isso, examina-se o panorama do mercado de franquias brasileiro, apontando dados do setor, a fim de comprovar sua importância econômica, diante do atual cenário de crise

enfrentado pelo empresariado local. Apontando, igualmente, quais as causas que levam o futuro empreendedor a filiar-se à uma rede de *Franchising*, optando pela exclusividade em contrato.

Por fim, estabelecidos os parâmetros de econômicos do negócio, considerando o mercado relevante em questão, elucidar-se-á se é lícito ao franqueador e ao franqueado promoverem acordos verticais que visam à limitação do mercado ou se tal prática é vedada à luz do Direito Concorrencial. Outrossim, considerando lícita a estipulação da cláusula de exclusividade territorial no Contrato de *Franchising*, justificada em função da liberdade negocial das partes, analisa-se quais as possíveis soluções dos litígios advindos do descumprimento do convencionado. Por fim, restringe-se o trabalho a apreciar como os Tribunais e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) têm interpretado e se posicionado quanto ao assunto.



## 1. CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL

### 1.1. Contexto Histórico

O Sistema de Franquia<sup>6</sup>, *Franchising* ou *Franchise*, conforme parte da doutrina, surgiu na Europa durante a Idade Média. Naquele tempo, de um lado do “contrato” estava a Igreja Católica e de outro os Senhores de Terras que possuíam permissão daquela para que, em seu nome, recolhessem impostos pela utilização dos caminhos de seu território. Pelo trabalho desenvolvido, retinham uma porcentagem do então recolhido, enviando o restante da pecúnia à Igreja. Essa prática não era conhecida como Franquia; entretanto, pode-se aferir que assim nasceram as características precursoras do fabuloso sistema existente na contemporaneidade.

Com o avançar dos anos, permanecendo na Europa Medieval, desenvolvia-se e aprimorava-se o conhecimento sobre o sistema iniciado com a Igreja Católica. Os Senhores de Terras, que até então eram somente coletores, evoluíram para mascates, mercadores. Felizardo Barroso, em sua obra, ressalta a preponderância de tal avanço, e a influência que as expedições e as aventuras marítimas dos Reinos em busca de novas terras e riquezas tiveram na formação do *Franchising*:

Naquele tempo, os reis (franqueadores) “franqueavam” navios (o estabelecimento) e os aprestavam (os aprestos, ou apetrechos eram suas 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

---

<sup>6</sup>“Franquia [De franco<sup>2</sup> + -ia<sup>1</sup>.] *S.f.* 1. Liberdade de direitos; imunidade, privilégio, regalia, liberdade: as franquias democráticas. 2. Isenção de certos deveres, impostos ou pagamentos, franquias diplomáticas. [Sin., p. us., nas acepçs. 1 e 2: *franqueza*.] 3 Fig. Guarida, asilo, refúgio. 4. Econ. Sistema pelo qual empresa detentora de uma marca registrada, processo patenteado de produção ou direitos similares concede a outras empresas (em geral de menor porte) licença de utilização dessas marcas ou processos, sob certas condições. [Sin. (ingl.), nesta acepç.: *franchise*.] 5. Estabelecimento que opera sob esse sistema: Na esquina de minha casa há uma franquia da cadeia de Pizzaria X. 6. *Jur.* Faixa mínima de prejuízo pela qual o segurador (2) não responde, estabelecida em cláusula de apólice de seguro. 7. *Die. Com.* Permissão dada a um navio de entrar no porto sem pagar direitos alfandegários. 8. *Dir. Com.* Sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição 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, sem qualquer vínculo empregatício entre os contratantes. Franquia de bagagem. Peso de bagagem que pode cada passageiro levar sem pagar suplemento. Franquia postal. Direito, concedido pelos Correios, para remessa gratuita de correspondências e encomendas”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba, 2014, p. 928.

para incorporação à rede – isto é, ao reino), novos produtos (especiarias) e por fim, mais riquezas (a lucratividade sempre tão almejada por qualquer empreendimento).<sup>7</sup>

Adalberto Simão Filho, Jorge Lobo e Jorge Pereira Andrade<sup>8</sup>, em suas consagradas obras sobre o tema, não consideram o instituto do *Franchising* na Idade Média. Fazem alusão ao seu início somente no século XIX, meado dos anos de 1850 e décadas posteriores, nos Estados Unidos. Em contrapartida, corroborando com Barroso, Nelson Abrão e Fábio Milman<sup>9</sup> enfatizam o surgimento do mesmo no medievo, com uma formação rudimentar, expedições e aventuras marítimas. Glória Cardoso de Almeida Cruz ressalta seguindo esta linha que “o *Franchising* não é uma descoberta do mundo moderno. Na distante Idade Média ele já existia, porém, de uma forma rudimentar e sem essa denominação”.<sup>10</sup>

Ao adentrar no século XIX, a localização geográfica do surgimento do Sistema de *Franchising* transfere-se do continente Europeu para a América Do Norte. Nos Estados Unidos, o ano de 1860, marca o início do que se considera o sistema atual de Franquias. A relação entre dois particulares, entendida como *Franchising*, se deu, pela primeira vez, quando a *Singer Sewing Machine* ampliou sua participação no mercado, atingindo um maior território com poucos investimentos, determinando as novas unidades alguns padrões da denominada loja *Singer* a serem seguidos. Nisso, alguns comerciantes independentes com capital próprio, aderiram o negócio fazendo uso da marca, comercializando os respectivos produtos.

Considerado um negócio sem altos riscos, segurança era a sensação que possuía o comerciante ao deixar de ser independente para vender produtos da *Singer*. A expansão desse tipo de negócio se deu, conforme a autora Cardoso de Almeida Cruz “de forma estrondosa”<sup>11</sup>. A partir de então, outras empresas norte americanas optaram por seguir tal padrão de negócio, como o caso da fabricante de veículos automotores

<sup>7</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e Direito**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 27.

<sup>8</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997; LOBO, Jorge. **Contratos de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de Franquia e Leasing**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

<sup>9</sup>ABRÃO, Nelson. **Da Franquia Comercial (Franchising)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984; MILAN, Fábio. **Franchising: Lei n. 8.955 de 15 de dezembro de 1994**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996; BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e Direito**. São Paulo: Atlas, 1997.

<sup>10</sup>CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. **Franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 03.

<sup>11</sup>Ibid., p. 04.

*General Motors* em 1898, e também o da *Coca-Cola* em 1899, que franqueou a produção e o engarrafamento do refrigerante.

Subsequente a esses fatos, o início do século XX marca o crescimento do *Franchising* como método utilizado para a expansão da economia:

Diversos setores econômicos, de variados ramos de negócios, começaram a formar sua rede através dos Estados Unidos. É o caso dos supermercados *Piggly Wiggly* em 1917, a *Hertz Rent-a-Car*, em 1921, adotou o mesmo sistema, sendo até hoje uma das mais conhecidas redes de locadoras de veículos do mundo, incluindo no Brasil.<sup>12</sup>

Em 1925, o Sistema de *Franchising* chegou ao mercado de alimentos; no entanto, evidencia-se notável destaque nesse ramo nos anos de 1955 e seguintes, quando os primeiros restaurantes da rede *McDonald's* foram inaugurados. Firmava-se, dessa maneira, uma nova e importante modalidade mercantil no âmbito da comercialização e distribuição de produtos e serviço que até hoje se evidencia diante do sucesso mundial da rede de *fast foods*.

Permeando o século XX que o *Franchising* deixou de ser somente instrumento da concessão comercial de venda com exclusividade. Constituindo assim, conforme Gabrich, “não apenas um verdadeiro sistema profissional de vendas de produtos e prestação de serviços, mas um sistema que conjuga tudo isso, mais a operacionalização, o planejamento e o desenvolvimento”.<sup>13</sup>

O terceiro grande impulso do setor, considerado como o ápice de seu desenvolvimento, ocorreu após o final da 2ª Guerra Mundial, como relatado por Irineu Mariani.<sup>14</sup> Os responsáveis por tamanha ascensão foram os ex-combatentes norte-americanos. Logrado sobreviver à guerra, retornando ao espírito de “*American Way of Life*”<sup>15</sup> da época, porém com dificuldades de ordem financeira, receberam incentivos da

<sup>12</sup>CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. **Franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 04.

<sup>13</sup>GABRICH, Frederico de Andrade. **Contratos de Franquia e Direito de Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10.

<sup>14</sup>MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo Código Civil de 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 361.

<sup>15</sup>Explica-se: “Muitos contemporâneos se maravilharam com o crescimento econômico dos Estados Unidos depois da breve recessão do período pós-guerra. Os números eram impressionantes: a produção industrial cresceu 60%, a renda per capita aumentou em um terço, o desemprego e a inflação caíram. Avanços tecnológicos nos processos de produção na indústria automobilística (linha de montagem e mecanização), de comunicações (rádio e telefone), eletrônicos e plásticos (eletrodomésticos e outros bens de consumo) criaram produtos inovadores a preços cada vez mais acessíveis. Circulavam entre as massas produtos antes restritos aos ricos – carros, luz elétrica, gramofone, rádio, cinema, aspirador de pó,

*Small Business Administration*, órgão subordinado ao *US Department of Commerce*. O órgão administrativo elaborou um plano de financiamento para, por meio do *Franchising*, oferecer aos ex-soldados a profissionalização civil e a segurança econômica, concedendo a esses a oportunidade de superar o período pós-guerra. Abrão enfatiza que em 1974, 90% das empresas franqueadas existentes no país iniciaram suas atividades em 1954 diante dos investimentos advindo dos ex-militares.<sup>16</sup>

Isto posto, salienta-se que o nascimento, crescimento e desenvolvimento do *Franchising* pelo restante do mundo se deu nos anos subsequentes, iniciando a expansão pelo continente europeu. No artigo “A lei da Franquia Empresarial”, Nelson Abrão relata que na Europa, “os franqueados não eram mais ex-combatentes à cata de uma reinserção na atividade econômica, mas sim, quase sempre, empresários já estabelecidos, titulares de fundo de comércio que visavam a ampliar seus negócios”<sup>17</sup>. O Autor Marcelo Raposo Cherto retrata estes dados:

Consoante levantamento efetuado pelo Departamento do Comércio dos Estados Unidos, denominado *Franchising in te Economy*, (grifo nosso) em 1985 a 1987, constatou-se que 342 empresas americanas se instalaram em diversos países da Europa, América do Sul e Central, Oriente e África, com 30.188 empresas franqueadas em funcionamento. Este número subiu, em apenas um ano, para 354 empresas franqueadoras com um total de 31.626 unidades franqueadas em atividade.<sup>18</sup>

No Brasil, o pioneiro em *Franchising*, em 1910, foi o fabricante dos “Calçados *Stella*”. O título de criador do Sistema de *Franchising* brasileiro é dado ao baiano Arthur de Almeida Sampaio, proprietário de uma fábrica de calçados populares vendidos em grande escala. No intuito de ampliar sua marca pelo interior do país, Arthur criou um sistema semelhante ao atual, descentralizando o negócio a pequenos comerciantes que já possuíam ponto e freguesia; porém, passariam a usar uma placa denominada “*Calçados Stella*” e a revender seus produtos. Era Arthur quem fazia a

---

geladeira e telefone –, o “jeito americano de viver” (*american way of life*) tornou-se o slogan exaltado do período. KARNAL, Leandro; PURDY, Sean; FERNANDES, Luiz Estevam; MORAIS, Marcus Vinícius de Moraes. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Editora Contexto, 2014, p. 198.

<sup>16</sup>ABRÃO, Nelson. **Da Franquia Comercial (Franchising)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 08.

<sup>17</sup>ABRÃO, Nelson. A Lei da Franquia Empresarial (n. 8.955, de 15.12.1994). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 722, 1995, p. 25.

<sup>18</sup>CHERTO, Marcelo. **Franchising: uma revolução no marketing**. 2. Ed, São Paulo: Ed. Mc Graw-Hill, 1989, p. 14.

seleção dos locais, apontando aos proprietários quais eram os investimentos necessários para produção dos produtos. Fundamental destacar que nesse período o contrato/acordo era realizado verbalmente, ou seja, sem documentos escritos, evidenciando o espírito de parceria e de confiança<sup>19</sup> que caracteriza o sistema de *Franchising* até hoje.

Após dito fato, somente nos anos de 1960, por meio das práticas adotadas pela Escola de Idiomas *Yázigi*, que possuía mais de 30 unidades em diversos pontos do país, pode-se constatar o início do contemporâneo sistema em estudo. Conforme dados apontados pela Associação Brasileira de *Franchising* (ABF), a Escola de Idiomas trouxe ao Brasil a ideia de expansão associada, em que o professor detinha a possibilidade de entrar com 50% do capital e a empresa com a outra metade referente ao material, supervisão e treinamento.<sup>20</sup> Depois do *Yázigi*, surgiram postos de gasolina, *fast foods*, *shoppings centers*, tornando-se, no decorrer dos anos 70, o *Franchising* a modalidade preferida de negócios de pequeno e de médio porte, sobretudo por atender uma população urbana crescente.

Deve-se ressaltar que o Brasil daquela época passava por um período de governança militar que nesse mesmo espaço de tempo criou e implementou como forma e integração nacional o denominado Milagre Econômico. O *Franchising* teve uma resposta imediata de expansão advinda desse plano, visto que a ideia central era direcionada para o desenvolvimento do mercado, por meio incentivos às telecomunicações, propagandas de rádio e de televisão.

Em contrapartida, com a chegada dos anos 80, o país enfrentou o que os historiadores chamam de “Década Perdida”, palco de uma grande crise financeira. Estagnação econômica, retração da produção industrial, desemprego em alta: estava-se diante de uma sociedade que, como forma alternativa à situação enfrentada, buscava independência, e por meio de um conjunto de medidas econômicas denominadas de Plano Cruzado, lançadas pelo governo de José Sarney que isso se concretizou.

O Plano Cruzado foi lançado em um momento de expansão das atividades econômicas do país, e resultou em muitos casos em aumentos reais de salário. Dentre

---

<sup>19</sup>Cláudia Lima Marques explica em seu livro que, hoje tal espírito é garantido pela Cláusula Geral da Boa-Fé que foi introduzida ao direito privado brasileiro pelo Código Civil de 2002, nos seus artigos 113, 187 e artigo 422. MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: interesse entre individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). **A nova crise dos contratos: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

<sup>20</sup>ABF. **20 Anos de franchising** - ABF 100 Anos de Varejo. São Paulo: Lamônica Conteúdo & Opinião, 2008, p. 56.

suas medidas, fora decretado o congelamento dos preços, resultando numa verdadeira corrida ao consumo. O resultado dessas medidas econômicas impostas pelo governo, levou o empreendedor e investidor a “explodir” o *Franchising* no Brasil.

A autora Glória Cardoso explica:

Esta deu-se, basicamente, por três motivos. O *primeiro* deles foi a vontade presente em quase toda classe média de possuir seu próprio negócio. O *segundo* surgiu como consequência do Plano Cruzado: quem costumava aplicar no mercado financeiro seu dinheiro disponível, perdeu esta opção especular. O *terceiro* foi decorrente do recrudescimento da inflação, ocorrido a partir de 1987, que teria sido apontado como fator que trouxe segurança e indícios de sucesso aos pequenos empreendedores.<sup>21</sup>

Completo-se assim a equação para fixar o *Franchising* como um negócio de potencial crescimento, com diversos ramos empresariais precisando expandir mercados, além de parte da população brasileira com capital disponível para investimento. A partir desse contexto histórico, conforme dados da Associação Brasileira de *Franchising* (ABF), que se vislumbra um grande crescimento na formação de unidades desse tipo de negócio.<sup>22</sup>

Tecendo breves comentários quanto à atual conjuntura econômica que enfrenta o país, pode-se observar que o empreendedor brasileiro munido de capital disponível para investimentos, dispõe de duas opções básicas para adentrar no mercado: a abertura de um negócio próprio (correndo riscos financeiros ligados a fases de planejamento, implantação e operação do negócio) ou buscar se associar a uma rede já consolidada no mercado (com garantias de segurança, fornecedores próprios e assistência técnica). Diante do atual cenário de crise enfrentado pelos setores econômico e político nacional, a segunda opção, que denominamos de *Franchising*, tem se mostrado vantajosa ao empresariado, sobretudo ao ponderar seus investimentos e ao buscar garantias de eficiência de mercado. Justificando-se assim a necessidade de conceituar e aprofundar o conhecimento sobre tal atividade empresarial.

---

<sup>21</sup>CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. **Franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 09.

<sup>22</sup>ABF. **Números do Franchising mostrando o desempenho do setor**. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/numeros-do-franchising/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

## 1.2. Conceito

O instituto a conceituar-se pode ser aludido como *Franchise*, *Franchising*, *Business Format Franchising* e, no caso brasileiro, Franquia Comercial, Franquia Empresarial ou simplesmente Franquia. Para melhor compreensão e harmonização do presente trabalho, a estudante, por hora autora, opta por intitular o Contrato de Franquia como *Franchising*. Tal escolha deriva do fato da *Internacional Bar Association*<sup>23</sup> estabelecer uma nomenclatura internacional para a elaboração do contrato por meio de um *Lexicon of Franchising Terms*. Destaca-se que a palavra *Franchising* deriva da expressão inglesa *Franch* que, por sua vez, remota ao francês medieval *Franc*.<sup>24</sup>

As obras “Manual Jurídico do *Franchising*” de José Cretella Neto, “Contratos de Franquia e *Leasing*” de Jorge Pereira Andrade; “*Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais*” de Adalberto Simão Filho, apresentam uma série compilada de conceitos doutrinários de autores estrangeiros, de instituições estrangeiras, como também de autores e de instituições nacionais. Conforme anterior exposição sobre o surgimento do *Franchising* pelo mundo<sup>25</sup>, ao adentrar no estudo de sua definição, faz-se inicialmente alusão aos conceitos elaborados por diversas instituições estrangeiras.

A primeira e abrangente possibilidade definição é da *International Franchise Association*<sup>26</sup>, que conceitua a formação do instituto como uma relação contratual complexa:

Uma operação de *Franchise* consiste em uma relação contratual entre o *franchisor* e o *franchisee*, pela qual o *franchisor* oferece ou se obriga a manter um contínuo interesse no negócio do *franchisee*, em campos como o *Know-how* e a formação da empresa, em que o *franchisee* opera sob um nome comercial comum, um método ou procedimento próprio controlado

<sup>23</sup>“The International Bar Association, established in 1947, is the world's leading organisation of international legal practitioners, bar associations and law societies. The IBA influences the development of international law reform and shapes the future of the legal profession throughout the world”. IBA. **About the IBA**. Disponível em: <[https://www.ibanet.org/About\\_the\\_IBA/About\\_the\\_IBA.aspx](https://www.ibanet.org/About_the_IBA/About_the_IBA.aspx)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>24</sup>FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba, 2014, p. 927. “Do francês \*frank, ‘livre’, ‘isento’, ‘liberal’, ‘dádivoso’ (por serem os francos, dominadores da Gália, isentos de tributos), pelo b.-lat. *francu*”.

<sup>25</sup>Vide “Contexto Histórico” do presente trabalho.

<sup>26</sup>“Since its inception in 1960, the International Franchise Association has represented and protected the interests of the franchise community as well as the American entrepreneurial spirit”. IFA. **Join IFA**. Disponível em: <<http://www.franchise.org/join-ifa>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

pelo *franchisor* e em que o *franchisee* tem ou terá que fazer uma substancial inversão de capital no negócio com seus próprios recursos.<sup>27-28</sup>

Adalberto Simão Filho, citando a obra de Roberto Baldi “*El Derecho de la distribución comercial em la Europa Comunitaria*”, expõe o conceito da *European Franchise Federation*<sup>29</sup>:

O *Franchising* define-se como um método de colaboração contratual entre duas partes juridicamente independentes e iguais: de uma parte, uma empresa franqueante, a *franchiseur*; doutra parte, uma ou mais empresas, a(s) *franchisee* (s). No que concerne à empresa franqueante, implica: a propriedade de uma razão social, nome comercial, siglas ou símbolos de comércio (eventualmente marca de fábrica) ou de serviços, de *know-how*, colocados à disposição de uma ou várias empresas *franchisees*, o controle de um conjunto de produtos e/ou serviços apresentados de maneira original e específica e que devem ser adotados e utilizados pelo *franchisee*. Essas maneiras repousam sobre um conjunto de técnicas comerciais específicas, que já foram experimentadas antes, que são continuamente desenvolvidas e verificadas no que concerne a seu valor e eficácia. O principal objetivo em entabular um contrato de *franchise* entre as duas partes é o de promover benefícios aos *franchiseur et franchisees*, combinando os recursos humanos e financeiros sem que possa afetar a independência de cada uma das partes. Todo contrato de *franchise* implica um pagamento efetuado sob qualquer forma que seja, do *franchisee* ao *franchiseur* em reconhecimento aos serviços consubstanciados no fornecimento do nome, maneira de comerciar, tecnologia e *know-how*. O *franchising* é, por conseguinte, mais que um contrato de venda ou de concessão ou que um contrato de licença, visto que as duas partes aceitam, umas e outras, obrigações importantes em respeito recíproco, formando uma cédula estável numa relação comercial convencional. Um contrato de *franchise* repousa sobre a confiança mútua e as partes buscam a todo o momento evitar os mal-entendidos dentro da relação recíproca e com o público em geral. O *franchiseur* garantirá a validade de seus direitos, sobre a marca, insígnia, siglas slogan etc. e assegurará às

<sup>27</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising**: Aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 28. *apud* CARDELOS, Lluís. Manual practico de contratacion mercantil. Madrid: Tecnos, v.1, p. 384.

<sup>28</sup>“Franchising is a contractual relationship between a licensor (franchisor) and a licensee (franchisee) that allows the business owner to use the licensor’s brand and method of doing business to distribute products or services to consumers. The franchisor licenses a franchisee the right to use its trade or service mark; To identify the franchisee’s business in marketing a product or service using the franchisor’s operating methods; The franchisor provides the franchisee with support and exercises certain controls; and, the franchisee pays the franchisor a fee”. IFA. **What is a franchise**. Disponível em: <<http://www.franchise.org/what-is-a-franchise>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>29</sup>“The European Franchise Federation was founded in 1972, in France, as a not-for-profit association to promote, defend and speak for the franchise industry operating in Europe. The EFF is recognised, notably by the European Institutions, as the single authority in Europe which has as its mission to define the essential elements that constitute proper & ethical franchising”. EFF. **Founding of the EFF**. Disponível em: <<http://www.eff-franchise.com/88/founding-of-the-eff.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.



empresas *franchises* a concessão pacífica de se colocarem a sua disposição<sup>30-31</sup>

Fábio Milman, em sua obra, reproduz o conceito segundo a *Associazione Italiana del Franchising – AIF*:

É uma forma de colaboração continuada para a distribuição de bens ou serviços entre empresários filiantes e um ou mais empresários filiados, jurídica e economicamente independentes um do outro, que estipula um acordo através o qual: a) o filiante concede ao filiado a utilização de sua própria fórmula comercial, compreendendo o direito de explorar seu *know-how* e os próprios sinais distintivos, além de certas prestações e formas de assistências, permitindo ao filiado a gestão da própria atividade com a mesma imagem da empresa filiante; b) o filiado se compromete a fazer a própria a imagem do filiante, no interesse recíproco das partes e do consumidor final, além do respeito às condições do contrato.<sup>32-33</sup>

Findando os conceitos de *Franchising* em âmbito internacional, enfatiza-se o conceito apresentado pela *United States Department of Commerce*<sup>34</sup>:

A Franquia é um acordo ou licença firmado entre duas partes legalmente independentes em que: uma pessoa ou um grupo de pessoas (franqueado) possui o direito de comercializar um produto ou serviço usando a marca registrada ou o nome comercial de outro negócio (franqueador). O franqueado tem o direito de comercializar o produto ou serviço usando os métodos de operação do franqueador. O franqueado tem obrigação de pagar

<sup>30</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: Aspectos jurídicos e contratuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 28 *apud* BALDI, Roberto El franchising. In: El derecho de la distribución comercial em la europa comunitária. Madrid: Revista de derecho privado, 1988, p. 122.

<sup>31</sup>EFF. **Franchising: definition & discriptions**. Disponível em: <<http://www.eff-franchise.com/101/franchising-definition-description.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>32</sup>ASSOFRANCHISING. **About franchising**. Disponível em: <<http://www.assofranchising.it/en/franchising/about-franchising.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>33</sup>MILMAN, Fabio. **Franchising: Lei n. 8.955, 15 de dezembro de 1984**. Porto alegre: Livraria do advogado, 1996, p. 22. Tradução livre de: “Il Franchising o Affiliazione commerciale è una forma di collaborazione continuativa per la distribuzione di beni o servizi fra un imprenditore, affiliante o franchisor, e uno o più imprenditori, affiliati o franchisee, giuridicamente ed economicamente autonomi ed indipendenti l’uno dall’altro, che stipulano un apposito contratto attraverso il quale: L’affiliante concede all’affiliato l’utilizzazione della propria formula commerciale, comprensiva del diritto di sfruttare il suo know-how (l’insieme delle tecniche e delle conoscenze necessarie) ed i propri segni distintivi, unitamente ad altre prestazioni e forme di assistenza atte a consentire all’Affiliato la gestione della propria attività com la medesima immagine dell’impresa Affiliante. L’affiliato si impegna a far proprie politica commerciale e immagine dell’affiliante nell’interesse reciproco delle parti medesime e del consumatore finale, nonché al rispetto delle condizioni contrattuali liberamente pattuite”.

<sup>34</sup>USA. **Department of commerce: about commerce**. Disponível em: <<https://www.commerce.gov/page/about-commerce>>. Acesso em: 16 jun. 2017. “The Department of Commerce is the Cabinet of the United States Governmen concerned with promoting economic growth”.

ao franqueador taxas por esse direito, e o franqueador tem a obrigação de dar suporte aos franqueados.<sup>35</sup>

Quanto ao Brasil, o negócio objeto de estudo da presente monografia pode ser conceituado por imprescindíveis autores que, além de expor e de fazer pensar os supracitados conceitos internacionais, elaboraram sua própria e brasileira definição de *Franchising*.

É o que se pode observar, ao se transcrever as linhas do livro “Contratos e Obrigações Comerciais”, em que Fran Martins relaciona a construção de seu conceito à independência do franqueado, baseando-se na autonomia econômica e jurídica:

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.<sup>36</sup>

O autor Marcelo Cherto, como definição, além de conceituar tal negócio, o retrata de forma acessível, viabilizando a compreensão mesmo de inscientes sobre o tema:

O *Franchising* é, nada mais, nada menos, do que um método e um arranjo para a distribuição de produtos e/ou serviços. Juridicamente, se implementa através de um contrato pelo qual o detentor de um nome ou marca, de uma ideia, de um método ou tecnologia, segredo ou processo, proprietário ou fabricante de um certo produto ou equipamento, mais *know-how* a ele relacionado (o *franchisor* ou franqueador) outorga a alguém dele jurídica e economicamente independente (o *franchisee* ou franqueado), licença para explorar esse nome ou marca, em conexão com tal idéia, processo, método, tecnologia, produto e/ou equipamento. É estabelecido pelo *franchisor* (franqueador) o modo pelo qual o *franchisee* (franqueado) deverá instalar e operar seu próprio negócio e desempenhar suas atividades, que serão desenvolvidas sempre sob o controle a supervisão e a orientação e com assistência do *franchisor* (franqueador), a quem o *franchisee* (franqueado) pagará, direta ou indiretamente, de uma forma ou de outra, uma remuneração. O *Franchisee* (franqueado) arca, ainda, com os custos e despesas necessárias

<sup>35</sup>IFA EDUCATIONAL FOUNDATION. **An Introduction to Franchising**. Disponível em: <[http://www.trade.gov/sabit/build/groups/public/@tg\\_sabit/documents/webcontent/tg\\_sabit\\_005404.pdf](http://www.trade.gov/sabit/build/groups/public/@tg_sabit/documents/webcontent/tg_sabit_005404.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2017. Tradução livre de: “A franchise is the agreement or license between two legally independent parties which gives: a person or group of people (franchisee) the right to market a product or service using the trademark or trade name of another business (franchisor) the franchisee the right to market a product or service using the operating methods of the franchisor. The franchisee the obligation to pay the franchisor fees for these rights and the franchisor the obligation to provide rights and support to franchisees”.

<sup>36</sup>MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 486.

à instalação e operação de seu próprio estabelecimento. A orientação e assistência fornecidas pelo *franchisor* (franqueador) são contínuas, enquanto perdurar seu relacionamento com o *Franchisee* (franqueado) e cobrem todos os aspectos da atividade do *franchisee*, indo, em geral, do fornecimento do projeto arquitetônico de suas instalações, até os sistemas e/ou “mapas” que deverão ser utilizados pelo *franchisee* (franqueado) no controle de seu estoque, passando pela orientação no que diz respeito à elaboração de *cash flows* e aplicação de recursos e incluindo até mesmo o treinamento do próprio *franchisee* (franqueado) e de seu pessoal.<sup>37</sup>

De outro modo, de forma concisa, Nelson Abrão reputa Franquia Comercial como:

Um contrato pelo qual o titular de uma marca de indústria, comércio ou serviço (franqueador), concede seu uso a outro empresário (franqueado), posicionado ao nível da distribuição, prestando-lhe assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios realizados pelo franqueado.<sup>38</sup>

Fábio Konder Comparato não preocupado em fixar um conceito, somente aduz o Contrato de *Franchising* em relação a Concessão de Venda, consubstanciando a franquia na “licença de utilização de marca e a prestação de serviços organizados e métodos de venda pelo franqueador ao franqueado”<sup>39</sup>. Nesse mesmo sentido, o mestre Orlando Gomes em seu célebre manual de Contratos expõe ao caracterizar o negócio, a complexidade que envolve a formação do Sistema:

Com o vocábulo *Franchising*, designa-se a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de um produto seu com assistência técnica para sua comercialização, recendo em troca determinada remuneração. É um contrato que se aproxima da concessão exclusiva, da distribuição, do fornecimento de prestação de serviços. Não é, outrossim, locação nem mandato, mas sim, figura autônoma, embora híbrida.<sup>40</sup>

Extenso capítulo da obra “*Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*”, serve para embasar, em conjunto às concepções antecedentes, a visão de Adalberto Simão Filho:

<sup>37</sup>CHERTO, Marcelo. **Franchising: Revolução no Marketing**. 2. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 1988, p. 04.

<sup>38</sup>ABRÃO, Nelson. **Da franquia comercial (franchising)**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1984, p. 13.

<sup>39</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: Da consagração ao repúdio?. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 18, 1975, p. 54.

<sup>40</sup>GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 467.

*Franchising* é um sistema que visa à distribuição de produtos, mercadorias ou serviços em zona previamente delimitada, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato(s) mercantil(is) celebrado(s) por comerciantes autônomos e independentes, imbuídos, de espírito de colaboração estrita e recíproca, pelo qual, mediante recebimento de preço inicial, apenas e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado, o franqueador lhe cederá, autorizará ou licenciará para uso comercial propriedade incorpórea constituída de marca, insígnias, título de estabelecimento, *know-how*, métodos de trabalho, patentes, fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente no comércio específico.<sup>41</sup>

Por fim, no tocante à doutrina brasileira, ressalta-se o conceito elaborado pelo autor Jorge Lobo, em sua obra nominada “Contratos de *Franchising*”. Ao tecer sua definição sobre o Contrato de *Franchising*, o autor responsabiliza-se pela mais adequada compilação das características essenciais do sistema, redigindo a mais completa associação das reflexões doutrinárias acerca do objeto desta pesquisa:

*Franchising* é o contrato de cessão temporária de uso de marca, para fabricação ou venda de produtos ou serviços, que o franqueador faz ao franqueado, com ou sem exclusividade em determinada zona geográfica, mediante remuneração, que pode consistir numa taxa inicial de ingresso, num percentual sobre o faturamento, ou de ambos, com a garantia de assistência técnica, podendo, ainda, abranger, conforme o tipo de atividade, a elaboração de um projeto para a construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria etc. (*enginheiring*), o treinamento do pessoal do franqueado e a montagem da organização contábil administrativa (*mangement*) e o estudo do mercado em potencial, publicidade, vendas promocionais e o lançamento de produtos (*marketing*).<sup>42</sup>

De outra banda, tão importante quanto os enunciados elaborados pelos célebres e respeitados autores elencados, merece atenção o conceito formulado pelo Conselho de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e do Comércio do Brasil. Salienta-se que este foi considerado o conceito oficial de *Franchising* no país, anterior a vigência da Lei 8.955/94:

Franquia é um sistema de distribuição de bens e serviços, pelo qual o titular de um produto, serviço ou método, devidamente caracterizado por uma marca registrada, concede a outros comerciantes, que se ligam ao titular por relação contínua, licença e assistência para a expansão do produto no mercado.<sup>43</sup>

<sup>41</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 35.

<sup>42</sup>LOBO, Jorge. **Contratos de (franchising)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 32.

<sup>43</sup>ABRÃO, Nelson. **Da Franquia Comercial (Franchising)**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 13.

Prosseguindo a migração do viés doutrinário para o viés legislativo; porém, não se distanciando do objeto estudado, a definição oficial de *Franchising* no Brasil consolidou-se após a edição da Lei 8.955/1994 que instituiu a regulamentação desse tipo de negócio. O artigo 2º da referida Lei estabelece que:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.<sup>44</sup>

No intuito de demonstrar a complexidade e a multiplicidade das relações jurídicas decorrentes do sistema, para assim alcançar os fins pretendidos no transcorrer do presente trabalho, fez-se necessária a abordagem dos conceitos doutrinários e jurídicos retro mencionados. Conforme visto, o negócio nominado de *Franchising* poderá conter em seu objeto inúmeras formas e mecanismos de transferência de conhecimento, tecnologias ou direitos, estabelecidos sob a forma de um único, porém híbrido tipo contratual a ser estudado detalhadamente na sequência.

### 1.3. Espécie e Formas de *Franchising*

Após a apresentação do contexto histórico, como resultado da grande evolução do instituto denotou-se que há uma diversidade de conceitos internacionais e nacionais sobre o tema. Adquirindo características próprias que o delineiam, faz-se a hora de apresentar suas diversas espécies e formas. Desdobra-se que o complexo contratual do *Franchising*, apesar de conter algumas características obrigatórias, apresenta-se quanto a natureza da atividade empresarial em quatro espécies diferentes, que podem se desenvolver quanto a sua modalidade em treze formas distintas. É necessária a prévia análise de cada um desses tipos, para prosseguir no entendimento das diversas formas que tais espécies podem se desenvolver.

---

<sup>44</sup>BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de novembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 dez. 1994.

As espécies ou os tipos de Franquia Empresarial basicamente apresentam-se em: *Franchising* de Serviço, de Produção, de Distribuição e de Indústria. É importante referir que, apesar de o *Franchising* assimilar-se a alguns institutos jurídicos conhecidos, as espécies podem ser determinadas em função da vontade dos participantes do negócio e da legislação do país.

A Franquia de Serviços é a espécie na qual o franqueado fornece serviços na forma originalmente desenvolvida pelo franqueador, obedecendo às diretrizes estabelecidas previamente, usando sua denominação comercial, fornecendo serviços e produtos aos padrões que tornaram a rede de franquias famosa perante o consumidor. Empresas prestadoras de serviço têm liberdade de atuação no ramo das franquias, ou seja, qualquer tipo de serviço pode ser o objeto contratual deste tipo de negócio. Sebastião José Roque apresenta em sua obra, o sugestivo número de franqueados de serviço na atividade hoteleira, em todo o mundo, como *Hilton, Sheraton, Ibis, Meéridien, Mercure*.

No Brasil, merece destaque as franquias prestadoras de serviços educacionais, como os cursos de idiomas como *Yáziqi* e *CCAA*<sup>45</sup>. É a modalidade de contrato de *Franchising* que recentemente tem apresentado um maior dinamismo, sobretudo no que diz respeito aos diferentes setores empresariais que podem figurar como partes, e na diversidade de estipulação das possíveis cláusulas contratuais. Enquadram-se aqui como exemplo as franquias de serviço de lavanderia, agências de turismo, academias de ginástica, escolas de idiomas, hotéis.

O *Franchising* de Produção, em apertada síntese diante da sua não complexidade, envolve a produção de todos os produtos pelo franqueador que serão somente comercializados pela rede franqueada. Como exemplo desse tipo de Franquia, tem-se a Vila Romana e as Lãs Pinguins e, no Brasil, a Hope.

O *Franchising* de Distribuição assemelha-se ao de Produção; no entanto, há nesse tipo de negócio, além da somente produção dos bens pelo franqueador ou por terceiros fornecedores, uma rígida avaliação para o uso da marca e de insígnias, com os produtos devidamente selecionados e testados pelo franqueador. Ao franqueado, de fato, cabe somente a distribuição desses produtos por meio de seu estabelecimento. Há uma busca pela homogeneização dos estabelecimentos, por meio de cláusulas expressas

---

<sup>45</sup>ROQUE, Sebastião José. **Do Contrato de Franquia Empresarial**. São Paulo: Editora Ícone, 2012, p. 34.

contratualmente para comercialização do produto final. Fábio Milman<sup>46</sup> exemplifica a espécie citando os postos de combustíveis *Shell* ou *Esso*.

Por fim, no tocante às espécies, tem-se o *Franchising* de Indústria, em que o franqueador oferece todo suporte tecnológico necessário, *know-how*, métodos, direito de uso da marca, mediante estabelecido em contrato, com intuito de que o franqueador produza, industrialize para posterior comercialização do produto. Irineu Mariani<sup>47</sup> expõe que é nessa espécie que pode existir o chamado “segredo de indústria” que tem sido objeto de inúmeras controvérsias no judiciário brasileiro, após o término do contrato.<sup>48</sup> Como exemplo, importante mencionar os casos de produtores e engarrafadores da *Coca-cola* e da *Pepsi*, uma vez que a essência da fórmula do produto não é revelada, porém envia-se ao franqueado-fabricante o “xarope” que permite a fabricação da bebida.

Quanto às formas, ou modalidades propriamente ditas, opta-se pela divisão em treze delas, assim listadas: mista, sub-franquia ou máster; de desenvolvimento de área (*development franchise*); *multifranchise*; multimarcas; córner; associativa; financeira; de nova instalação; de (re) conversão; itinerante; *franchising* de controle de área e sistema de franquias formatada. Cabe enfatizar que a doutrina apresenta divergências quanto ao número exato enquanto à nomenclatura das formas que podem compor o Contrato de *Franchising*.

---

<sup>46</sup>MILMAN, Fábio. **Franchising**: Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1984. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996, p. 63.

<sup>47</sup>MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**: Atualizados pelo código civil de 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 371.

<sup>48</sup>BRASIL. TRT. **Recurso Ordinário 0003074-86.2013.5.02.0079**, Terceira Turma. Relator: Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, julgado em 09.01.2015. TRT 2 Região. Justa causa. Segredo da empresa. Violação justa causa. Apropriação indevida de dados sigilosos para favorecimento próprio e da concorrência. Violação de segredo de empresa. Mau procedimento configurado. Postas as premissas de que o emprego é a fonte essencial de subsistência do trabalhador e que a continuidade do contrato de trabalho se presume, é forçoso concluir que a irregularidade de conduta, pondo em risco a manutenção do emprego, do qual o trabalhador necessita para seu sustento, contraria a ordem natural do sistema de relações do trabalho e, assim, deve ser cabalmente provada. In casu, ficou constatado que o autor apoderou-se de um bem incorpóreo e sigiloso da reclamada, qual seja, a lista de clientes e potenciais clientes constante do banco de dados da ré, e a utilizou com a nítida intenção de captar clientes para sua nova empregadora, caracterizando violação de segredo. Configurado, ainda, o mau procedimento, em virtude da desleal atitude do empregado, ao trair a confiança e a fidelidade necessárias na prestação de serviços em prol da reclamada. Desse modo, logrou êxito a ré em demonstrar um quadro comportamental de mau procedimento por parte do demandante, bem como a violação de segredo de empresa, e que a punição aplicada não se revelou excessivamente rigorosa. Acolhe-se, portanto, a alegação de falta grave atribuída ao demandante, sendo, pois, de rigor, o reconhecimento do despedimento motivado. Recurso do autor ao qual se nega provimento.

O Contrato de *Franchising* será misto conforme envolver mais de uma das espécies anteriores, podendo ser conjuntamente de produtos e de serviços ou produtos e indústria e demais possíveis combinações.

A sub-franquia ou franquia máster está disposta no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 9<sup>a</sup> da Lei 8.955/94<sup>49</sup>. Nesta modalidade, o franqueador, após celebrar contrato com a franqueada, permite a segunda subfranquear seu negócio, obedecendo atentamente todos padrões impostos no contrato inicialmente estabelecido.

*Franchising* de Desenvolvimento de Área (*development franchise*) é a forma em que o franqueador contrata com um franqueado para que este, por si, desenvolva pontos de comércio em áreas determinadas de um estado, região ou país. É diferente da sub-franquia, porque nessa acontece a cessão do negócio a outrem, enquanto no modelo exposto nesse parágrafo a franqueada opera pessoalmente.

Na *Multifranchise*, o franqueado opera mediante contratos autônomos, detendo mais de uma unidade franqueada da mesma rede ou mesma marca em lugares diferentes. Difere-se da anterior na questão da individualidade de cada contrato.

O contrato de Multimarcas ocorre quando o franqueado detém pacotes de *franchising* de duas ou mais redes distintas. Fábio Milman<sup>50</sup> ressalta que o franqueado dispõe de poderes contratualmente determinados para gestão de todas possíveis franquias, em conjunto ou separadamente, em cláusulas determinadas previamente com os franqueadores.

*Franchising Corner*, em regra, é desenvolvido em pequenos espaços, corredores, pontos em *Shopping's Centers*. São devidamente formatados, com baixo custo de instalação e montados estrategicamente em locais de grande movimento.

Para o franqueado participar do capital da franqueada, ou vice-versa, há o contrato nominado associativo. Compactua-se dessa maneira quando o franqueador participa do capital social do franqueado, ou ao contrário. Tal forma fere a noção empregada pelo autor Fran Martins<sup>51</sup> de independência jurídica e financeira entre os participantes.

---

<sup>49</sup>Lei 8.955/94. Art. 9º: Para os fins desta lei, o termo franqueador, quando utilizado em qualquer de seus dispositivos, serve também para designar o subfranqueador, da mesma forma que as disposições que se referam ao franqueado aplicam-se ao subfranqueado.

<sup>50</sup>MILMAN, Fabio. **Franchising**: Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1984. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996, p. 65.

<sup>51</sup>MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 488. "O que caracteriza principalmente a franquia é a independência do franqueado, ou seja, a sua autonomia como



Pouco difundida no Brasil, a forma de *Franchising* Financeiro permite ao franqueado, detentor do capital para montagem da franquia, adquirir a unidade como investimento e determinar a gestão do negócio para alguém de sua confiança, ou seja, terceirizar a administração. Não é usual no País justamente em face de uma característica intrínseca do Contrato de *Franchising* brasileiro: ser *Intitui Personae*.

*Franchising* de Nova Instalação é a forma pela qual o franqueado, ante a celebração do contrato definitivo, em pré-contrato, adquire ou se obriga a adquirir o local em que a atividade comercial se desenvolverá.

O *Franchising* de (re)conversão ocorre quando o franqueado já possui seu próprio ponto comercial onde desenvolve sua atividade, porém passa a fazê-la por meio de uma rede de franquias, convertendo essa atividade nos moldes preestabelecidos em contrato com o franqueador.

Itinerante, conforme o nome já diz, é o *Franchising* em unidade móvel. O franqueado opera em uma unidade móvel, podendo ser *trailer*, ônibus, ou qualquer outro veículo. Nos últimos anos, tal modalidade cresceu consideravelmente no Brasil no ramo dos *Fast Foods*, nos denominados *Food Trucks*.

No *Franchise* de Controle de Área, o franqueador original, geralmente de marca internacional, delega a empresas subcontratadas o direito de controlar a marca franqueada em determinado território. Tal forma também pode ser vista dentro do Contrato de *Franchising* como cláusula de exclusividade absoluta, sendo obrigatória nos casos das redes de franquias internacionais.

No Sistema de Franquia Formatada (*Business Format Franchising*), o franqueador transfere as técnicas industriais ou os métodos de administração e comercialização anteriormente por ele desenvolvidos, cedendo ao franqueado a marca e o conjunto de direitos de propriedade incorpórea para esse operar sob a supervisão daquele e assessoria técnica na fabricação e/ou venda de seus produtos ou serviços em troca de compensação financeira, fazendo-se assim necessária a troca constante de informações entre as partes envolvidas. Ressalta-se que essa a forma mais habitualmente identificada no meio empresarial, sobretudo quando se atenta que sua definição está contida no dispositivo do artigo 2º da Lei 8.955/94 como “Contrato de Franquia” propriamente dito.

---

empresário, não ligado, assim, por vínculo empregatício com o franqueador. Por isso, não é a empresa franqueada uma sucursal do franqueador. Tem ela autonomia jurídica e financeira”.

Para garantir o sucesso almejado, as pessoas jurídicas de direito privado, franqueadora e franqueada devem, ao definirem o tipo e a forma contratual como meio de expansão da rede, cumprir com os atributos supramencionados. Algumas dessas formas também podem ser inseridas como cláusulas em um único instrumento contratual ou, do mesmo modo, diversos desses contratos podem unir-se formando um complexo contratual<sup>52</sup>, outra característica pertinente ao sistema.

Ressalta-se que foram as experiências americanas e europeias em *Franchising* que esculpam tal divisão. Embora de forma ampla e sem critérios muito bem definidos, por meio desta que, mesmo superficialmente, é possível distinguir um tipo do outro. Salienta-se também que apesar da evolução que houve nesses 100 anos da existência desse tipo contratual no país, algumas dessas formas ainda não são utilizadas no Brasil.

#### 1.4. Natureza Jurídica

Os Contratos são suscetíveis de diversas classificações encontradas no íntimo do Direito Civil Brasileiro. Combinadas, elas facilitam a operacionalidade do negócio. O Contrato de *Franchising* possui natureza jurídica complexa, sendo considerado um dos maiores e mais eficazes instrumentos de movimentação econômica do país. Há, por um lado, características e obrigações do Direito Comercial quando envolve atos típicos de comércio, e por outro, características de Direito Civil quando envolve limites a liberdade partes. Ademais, há também as questões de Direito Concorrencial, como a prática de atos que podem ferir a livre concorrência. Nas palavras de Luiz Edmundo Appel Bojunga “o direito privado moderno seguidamente defronta-se com contratos que constituem um amálgama de outros contratos, sendo o *Franchising* um eloquente exemplo disso”.<sup>53</sup>

Conforme José Cretella Neto, o contrato deve, para caracterizar o instituto em questão, apresentar-se como oneroso, bilateral, comutativo, típico, híbrido, *intuto personae*, de adesão, de duração, consensual, não solene e escrito<sup>54</sup>. Vale ressaltar que

---

<sup>52</sup>COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. **Contratos complexos e complexos contratuais**. 1. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

<sup>53</sup>BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 46, p. 154-181, jul. 1989, p. 164.

<sup>54</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24-25.

alguns autores<sup>55</sup> o classificam como atípico; entretanto, como irá ser exposto a seguir, apesar do advento da Lei 8.955/94 que regula o Contrato de *Franchising* no Brasil, tal questão ainda se encontra em aberto, diante da também possibilidade de o classificar como um contrato misto.

Inicialmente, aponta-se a bilateralidade necessária para existência do contrato. Os efeitos do negócio jurídico são suportados por ambos os contratantes, revelando o seu caráter sinalagmático, em que as partes, franqueador e franqueado, ocupam simultaneamente a dupla posição de credores e devedores. Conforme Fran Martins, o franqueador, além de ceder o uso de suas marcas, obriga-se a prestar assistência técnica e comercial ao franqueado<sup>56</sup>. Esse, por sua vez, além de se obrigar a pagar as taxas sobre vendas ao franqueador, é obrigado a realizar inúmeras outras prestações estabelecidas no contrato. Essa bilateralidade também está diretamente ligada a necessidade de satisfação dos interesses dos contratantes.

É oneroso, pois ambas as partes sofrem sacrifício patrimonial proporcional à vantagem que desejam obter posteriormente. Ou seja, ambas as partes têm vantagens, posto que o franqueado se estabelece negociando produtos ou serviços conhecidos pelos consumidores, por meio de técnicas de *marketing* testadas e aperfeiçoadas pelo franqueador; e esse, por sua vez, pode ampliar a oferta da sua mercadoria ou serviço sem novos aportes de capital, além da possibilidade da percepção de diversas remunerações pecuniárias do franqueado a diferentes títulos. Consagra-se, assim, que a onerosidade é característica inerente à atividade empresarial, sobretudo no instituto em questão, em que o franqueado paga uma taxa inicial na celebração e montagem do negócio, além de pagar porcentagens mensais sobre suas vendas (*royalties*) em troca de contínuo apoio do franqueador.

A comutatividade está ligada às prestações dos contratantes, que devem ser previamente conhecidas, guardando entre si uma correspondência de valores almejando um equilíbrio contratual. Jorge Pereira Andrade<sup>57</sup> enfatiza que nas cláusulas estipuladas em contratos parceria, como o de *Franchising*, a prestação corresponde à contraprestação.

---

<sup>55</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 15. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 141; MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.490-491.

<sup>56</sup>MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 491.

<sup>57</sup>ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 28.

Divergente entre doutrinadores, autores de dissertações, de teses, de artigos em períodos, como também na jurisprudência, a tipicidade do Contrato de *Franchising* pode ser examinada sob três prismas: o instrumento contratual pode ser considerado típico, atípico ou ainda visto como um contrato misto. Conforme Bulgarelli<sup>58</sup>, a tipicidade foi caracterizada a partir do ano de 1994, com a edição da Lei nº 8.955/94. A partir daí, no Brasil, o negócio jurídico considerado atípico passou a ser considerado nominado, estando previsto e regulado em disposições legais.

Divergindo de tal entendimento, alguns autores o definem como atípico<sup>59</sup>, aferindo que a tipicidade independe da edição da Lei 8.955/94, pois a essa não tem o objetivo de regular a conduta jurídico-contratual das partes que em regra estipulam suas próprias cláusulas. Fábio Ulhoa Coelho ensina que a Lei das Franquias teria somente o objetivo de impor o dever de transparência na elaboração do instrumento, ou até mesmo somente na elaboração do documento ante o pré-contrato, que é a Circular de Oferta de Franquia.<sup>60</sup>

Outrossim, o negócio em tela também pode ser considerado misto, ou seja, o *Franchising* pode estar situado entre os contratos típicos e os atípicos. É assim classificado quando as partes estipulam um contrato cuja estrutura engloba elementos típicos e atípicos. Considera-se, dessa maneira, que o *Franchising* é estabelecido em um contrato – ou um conjunto deles – parcialmente regulados em Lei, devido complexidade

<sup>58</sup>BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 531.

<sup>59</sup>Corroborando o entendimento de que se trata de contrato atípico: ANDRADE, Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade. **Algumas considerações sobre o contrato de franquia, sob a ótica da interpretação econômica**. Disponível em: <<http://www.madadvogados.com.br/docs/Franquia25.06.07.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017, p. 07. “Waldirio Bulgarelli (Contratos mercantis, p. 523) afirma que: “passou-se de um regime jurídico de ampla liberdade que vinha existindo até agora, para um sistema de rígida disciplina jurídica, acompanhando a tendência intervencionista estatal nos contratos”. Divergindo dessa posição, Lina Márcia Fernandes Chaves (Do contrato de franquia. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 56), desenvolve o seguinte raciocínio: “a respeito, há algum tempo, estamos a indagar: seria o contrato de franquia típico ou atípico? A dúvida se faz presente, pois a Lei 8.955, de 15.12.1994, estabelece em seu artigo 1º, que ‘os contratos de franquia são disciplinados por esta lei’. Ocorre, entretanto, que o artigo. 3º, que contém 15 incisos, e o art. 4º tratam apenas da Circular de Oferta de Franquia (COF), contrato-tipo, que será examinado oportunamente. Apenas um artigo, o 6º, estabelece a forma escrita par os contratos de franquia. Nenhum dispositivo regulamenta o seu conteúdo. Assim, sendo, concluímos que, efetivamente, o contrato de franquia não é disciplinado pela Lei 8.955, de 15.12.1994”. No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho (Curso de direito comercial. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 126), diz que “trata-se de diploma legal do gênero denominado *disclosure statute* pelo direito norte-americano, ou seja, encerra normas que não regulamentam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas apenas impõe o dever de transparência nessa relação [...]. A lei brasileira sofrer franquias não confere tipicidade ao contrato”; BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1995; CHAVES, Lina Márcia Fernandes. **Do contrato de franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

<sup>60</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 01, p. 142.

de sua natureza jurídica. O desenvolvimento do mesmo se dá de forma híbrida, podendo conter, conforme exposto nos seus tipos e formas, características peculiares de diversos outros contratos conexos.

Vale ressaltar que boa parte da doutrina brasileira acerca do tema advém dos anos anteriores à vigência da Lei, considerando o contrato atípico. No entanto, por ser recente a classificação mista de contratos, e ao estudar a formação do negócio e a funcionalidade do sistema de *Franchising* – em que as partes buscam atender seus interesses e necessidades por meio de ajustes precisos nas cláusulas contratuais, igualmente com a aglutinação de diversos tipos como o de fornecimento, concessão, prestação de serviços – entende-se que considerá-lo misto torna o Sistema de *Franchising* o que é.

Via de regra, o contrato é personalíssimo, ou seja, é realizado em função de requisitos preenchidos e das diversas qualidades das pessoas. As características pessoais do franqueado que determinam o motivo de sua aceitação pela rede franquidora, ou seja, *Intuito Personae*. Jorge Pereira Andrade diz que um contrato é “*Intuito Personae* quando a consideração da pessoa de um dos contratantes é para o outro elemento determinante de sua conclusão”<sup>61</sup>. Nesse mesmo sentido, Luiz Edmundo Appel Bojunga disserta que a confiança, experiência ou habilidade próprias e exclusivas do contratante integram os elementos subjetivos exigíveis no contrato<sup>62</sup>.

O instrumento que dá início as tratativas entre os negociantes, pode ser considerado como um contrato de adesão. Essa afirmação deriva do momento anterior ao contrato oficial, quando o franqueado, parte interessada em adentrar na rede de franquias, recebe pronto um instrumento pré-confeccionado pelo franquidor, designado de Circular de Oferta de Franquia. Orlando Gomes ensina que o negócio é considerado de adesão quando um dos sujeitos da relação aceita em bloco uma série de cláusulas formuladas antecipadamente de modo geral ou abstrato<sup>63</sup>. O *Franchising* apresenta-se, consoante parte da doutrina, como um pacto por adesão, pois há uma aceitação total das cláusulas elaboradas pela franquidora ao franqueado. Adverte-se que tal característica é um dos motivos de extensas discussões doutrinárias e judiciais.

---

<sup>61</sup> ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 27.

<sup>62</sup> BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 46, p. 154-181, jul. 1989, p. 173.

<sup>63</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 109.

Por ser um contrato marcadamente de duração, as prestações não se realizam somente em um determinado momento, mas são de execução continuada, permanentes enquanto vigente o acordo - que pode ser pré-determinado ou por tempo indeterminado. Sebastião Jose Roque enfatiza que tanto as prestações como as contraprestações são contínuas e vão se repetindo no tempo e no espaço<sup>64</sup>.

Glória Cardoso de Almeida Cruz afirma que o *Franchising* é consensual, já que se concretiza pelo simples consentimento das partes<sup>65</sup>. Bastando, para a realização do negócio, tão somente a consonância da vontade do franqueador e do franqueado.

O Contrato de *Franchising* é considerado não solene, uma vez que ele se aperfeiçoa e se torna obrigatório pela manifestação de vontade dos contratantes, não exigindo forma especial. Cretella Neto<sup>66</sup> e Cristiano Heineck Schmitt<sup>67</sup> expõem que a Lei nº 8.955/94, seja ao exigir a presença de duas testemunhas instrumentarias, seja ao exigir a forma escrita, ambas informações retiradas do artigo 6º da referida Lei<sup>68</sup>, não tornam prejudicada a não solenidade dessa transação, pois os contratantes não são obrigados a seguir nenhum modelo de forma.

Por fim, o contrato deve ser escrito por instrumento público ou particular. Nesse sentido, o artigo 6º da Lei nº 8.955/94 preceitua que o Contrato de *Franchising* deve sempre ser escrito e levado a registro perante duas testemunhas. Ressalta-se que o registro fará Lei entre as partes, sendo o contrato dotado de força obrigatória, resguardando assim os direitos e as obrigações do franqueador e franqueado de forma cristalina.

### 1.5. Elementos Formadores do Contrato de *Franchising*

A operação econômica de *Franchising* estrutura-se juridicamente por meio da formação e da celebração de um contrato entre franqueador e um agente econômico que poderá vir a ser o franqueado. Cabe enfatizar que, para caracterização do Contrato de

---

<sup>64</sup>ROQUE, Sebastião José. **Do Contrato de Franquia Empresarial**. São Paulo: Editora Ícone, 2012, p. 17.

<sup>65</sup>CRUZ, Gloria Cardoso de Almeida. **Franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 25.

<sup>66</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**, São Paulo: Atlas, 2003, p. 24.

<sup>67</sup>SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising) - franquia comercial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1999, v. 17, p. 61.

<sup>68</sup>Lei 8.955/94. Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

*Franchising*, há uma série de especificidades que o compõe ou que surgem durante sua elaboração. O presente tópico se desenvolve com intuito de elucidar tais questões.

Dos conceitos de *Franchising* anteriormente apresentados e das características de bilateralidade e consensualidade que compõe o contrato, extrai-se as figuras do Franqueador (*franchisor*) e do Franqueado (*franchisee*). Pereira Andrade define franqueador como:

Franqueador é a pessoa jurídica detentora da franquia de sua marca, de seus produtos/e serviços, de seu nome comercial ou título de estabelecimento, oferecendo *know-how* administrativo, de gerenciamento, de marketing, publicidade, proporcionando para isso total assistência e exigindo o cumprimento integral e absoluto de normas preestabelecidas em contrato, já que detém um negócio vitorioso e quer expandi-lo sem inversão de recursos próprios.<sup>69</sup>

Por outro lado, a empresa franqueada é aquela que, sendo jurídica e economicamente independente da franqueadora, adquire o direito de instalar e de explorar uma ou mais unidades com a marca desta última. Nas palavras de do mesmo autor:

Franqueado é a pessoa física ou jurídica adquirente da franquia, nos moldes impostos pelo franqueador e mediante o pagamento e uma taxa inicial, de despesas de instalação e de uma contribuição mensal, em percentual, adremente combinado, sobre o faturamento.<sup>70</sup>

Alerta-se que o franqueado será sempre pessoa jurídica se almejar subfranquear a marca a terceiros, conforme o Código de Propriedade Industrial, artigo 128<sup>71</sup>.

Como dito anteriormente<sup>72</sup>, o estudo dos diversos conceitos de *Franchising*, em regra, sintetiza as principais características do negócio, bem como apresenta sumária e subsidiariamente as definições de franqueador e de franqueado. Não obstante, somente ao se delimitar e ao observar atentamente os conceitos de franqueador e de franqueado

---

<sup>69</sup> ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**. 3. ed São Paulo: Atlas 1998, p. 24.

<sup>70</sup> *Ibid* 26.

<sup>71</sup> BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 mai. 1996. “Art. 128. Podem requerer registro de marca as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou de direito privado. § 1º As pessoas de direito privado só podem requerer registro de marca relativo à atividade que exerçam efetiva e lícitamente, de modo direto ou através de empresas que controlem direta ou indiretamente, declarando, no próprio requerimento, esta condição, sob as penas da lei”.

<sup>72</sup> *Vide* página 17 do presente trabalho.

que se pode extrair suas diversas obrigações. No desdobrar do presente trabalho, definir-se-á detalhadamente a questão, a fim de tornar mais inteligível a compreensão do leitor.

Dentre as obrigações, ao franqueador incumbe deixar à disposição do franqueado a marca, o produto e/ou o serviço, como também treinar o franqueado; assisti-lo permanentemente; observar e cumprir com a exclusividade territorial em favor da parte celebrante; auxiliar na instalação e na manutenção do negócio; promover a publicidade em favor do franqueado. Quanto ao franqueado, por óbvio, cabe a obrigação de adquirir os produtos e/ou serviços do franqueador; pagar a taxa inicial e a porcentagem mensal; seguir as instruções de fabricação e comercialização; manter a confidencialidade do *know how*; cumprir com a cláusula de exclusividade territorial e participar ativamente de cursos e atualizações.

Acentua-se que para ambas as partes algumas dessas obrigações estão previstas em Lei ou advém das disposições impostas na Circular de Oferta de Franquia, sendo consideradas necessárias para a caracterização do tipo contratual. Assim, como franqueador e franqueado podem – movidos pela necessidade de segurança e de liberdade das partes – acrescentar outros diversos deveres em cláusulas contratuais. À vista das atribuições acima elencadas, inescusável expor as vantagens e as desvantagens do franqueador ao tornar seu negócio uma franquia, como também as vantagens e as desvantagens do franqueado ao aderir ao sistema.

Para o franqueador, entre as vantagens destaca-se a possibilidade de expansão da rede e de novos mercados no país ou no exterior; um baixo custo de implementação; a possibilidade de fixação e de popularização da marca, facilitando e aumentando o consumo dos produtos; a ausência de relação empregatícia com os franqueados (autônomos e independentes<sup>73</sup>); além de um grande volume de compra de matéria prima, favorecendo a redução de custos de operação do sistema, não só em produção, como também em publicidade, por exemplo. As desvantagens resumem-se, basicamente, na parcial perda de controle do negócio, podendo levar – com a indisciplina do franqueado – a perda da padronização do sistema e a rentabilidade baixa.

Ao franqueado, enfatiza-se a maior possibilidade de sucesso por conter o prestígio de uma rede de reputação comprovada; maior garantia de mercado advindo de um plano de negócios já desenvolvido e, sem dúvida, a principal das vantagens é a assistência técnica permanente. Quanto às desvantagens, a perda da autonomia

---

<sup>73</sup>Vide página 36 do presente trabalho.



empresarial, controle externo e o pagamento de taxas mensais devem ser consideradas. Nelson Abrão salienta, nesse sentido, que:

Para entrosar-se franquia, o franqueado renuncia em parte à sua liberdade de comerciante autônomo, mas essa renúncia é considerada como redundando em seu próprio benefício, uma vez que dá margem a inserção da assistência e proteção ao franqueador.<sup>74</sup>

Outro aspecto importante a pensar é o objeto do contrato, qual seja, a exploração de uma marca ou de produto com assistência técnica. Fran Martins diz que a palavra produto – conforme o Departamento de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e do Comércio – engloba tudo o que é oferecido: artigos para revenda, equipamentos, maquinaria, instalações, fornecimento para operações de manutenção, material para propaganda e exposição, etc.<sup>75</sup>, reflexo do caráter híbrido do negócio e da rotulação de contrato misto. Irineu Marini<sup>76</sup> ressalta que toda atividade econômica, inclusive as não empresariais, podem ser objeto de *Franchising*, levando em consideração o artigo 2º da Lei nº 8.955/94<sup>77</sup> que refere a possibilidade de distribuição e de comercialização de produtos ou de serviços, genericamente, sem qualquer exclusão.

Elemento essencial dos contratos em geral, e elemento fundamental no Contrato de *Franchising* é o preço. Está definido no artigo 3º, incisos VII, VIII da Lei nº 8.955/94<sup>78</sup> o que deve ser pago pela empresa franqueada à empresa franqueadora.

<sup>74</sup>ABRÃO, Nelson. A Lei da Franquia Empresarial (n. 8.955, de 15.12.1994). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 722, p. 25-39, dez. 1995, p. 29.

<sup>75</sup>MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro, forense, 2002, p. 487.

<sup>76</sup>MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais: Atualizados pelo código civil de 2002 e leis posteriores**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 383.

<sup>77</sup>Lei 8.955/94. Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

<sup>78</sup>Lei 8.955/94. 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: [...]

VII - especificações quanto ao:

a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;  
b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e  
c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

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

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

Compreende desde a taxa inicial de instalação – filiação – da franqueada a rede, até o pagamento da porcentagem do valor incidente sobre o faturamento bruto da empresa franqueada (*royalties*) como contraprestação pela cessão de direitos.

O preço deve constituir objeto de negociação e deve ser de estipulação mútua, mesmo que diversas vezes, inicialmente, apresente-se pré-definido pelo franqueador. Gabrich nesse sentido diz:

Para que o contrato não possa ser anulado em virtude da omissão ou da limitação das informações que são prestadas à franqueada, todos os elementos fundamentais para a determinação do preço devem constar obrigatoriamente na Circular de Oferta de Franquia (COF).<sup>79</sup>

A cláusula de exclusividade deve analisada em consonância com a cláusula de limitação territorial, bem como com o número de unidades franqueadas. Nelson Abrão explica que a proteção territorial pode ser de graduação variável e que a mais utilizada nos Contratos de *Franchising* é a de territorialidade reforçada, em que cada franqueado dispõe de um monopólio de revenda do produto ou da marca no setor<sup>80</sup>.

Irineu Mariani, professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diz que em relação à exclusividade de marca, venda, unidade e território houve e ainda há um conflito quanto a possibilidade de configurar abuso do poder econômico<sup>81</sup>. De fato, existem precedentes na legislação e na jurisprudência tanto a favor de tal consideração<sup>82</sup>, quanto ao contrário<sup>83</sup>. Nesses casos, faz-se uso das disposições contidas Carta Magna<sup>84</sup>, na Lei 12.529/11<sup>85</sup>, que estrutura o sistema

---

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.

<sup>79</sup>GABRICH, Frederico de Andrade. **Contratos de franquia e direito de informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26-27.

<sup>80</sup>ABRÃO, Nelson. **Da franquia comercial (franchising)**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1984, p. 16.

<sup>81</sup>MARIANI, Irineu. Franchising em tópicos (franquia comercial). **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1999, v. 75, p. 114.

<sup>82</sup>CADE. **Processo administrativo nº 08012.012377/2007-69**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Secretaria de Direito Econômico, formalizado em 05 out. 2007. Disponível em: <<http://www.portalconcorrenca.com.br/processo/MDgwMTIuMDEyMzc3LzIwMDctNjk=>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

<sup>83</sup>CADE. **Processo administrativo nº 08000.016050/1996-27**. Relator: Arthur Barrionuevo Filho. Ministério da Justiça, formalizado em 20 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.portalconcorrenca.com.br/processo/MDgwMDAuMDE2MDUwLzE5OTYtMjc=>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

<sup>84</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

brasileiro de Concorrência, e na Lei da Propriedade Industrial nº 9.279/96. Ressalta-se que conforme a Lei nº 8.955/94, os Contratos de *Franchising* são de caráter exclusivo ou semi-exclusivos.

Quanto ao prazo, devido ao *Franchising* um contrato de execução continuada, pode ser determinado ou indeterminado, com ou sem direito a renovação. Quando celebrado por prazo indeterminado, ambas partes podem denunciá-lo a qualquer tempo, entretanto devem franqueador e franqueado analisarem as razões de ordem econômica e social para que não haja prejuízo em detrimento à parte mais fraca, ou ao mercado e consumidores finais. Tal decisão deve ser tomada observando as diretrizes que conduzem o contrato, como a boa-fé e a função social, estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro como garantidoras da eficácia contratual.

Feito tal ressalva, destaca-se que, em regra, os Contratos de *Franchising* são pactuados por longos anos, possibilitando ao franqueado recuperar seus investimentos. Nesse sentido, Jorge Lobo disserta:

Quando celebrado por prazo determinado podem ocorrer cinco hipóteses: (a) a extinção do contrato pelo simples advento do tempo final (art. 124 do Código Civil); (b) recondução tácita por igual período, por força expressa previsão contratual; (c) renovação do contrato, com a celebração do novo ajuste entre as partes; (d) prorrogação do contrato por menor, igual ou maior prazo, de comum acordo estabelecido em um instrumento aditivo; (e) prosseguimento do contrato por prazo indeterminado.<sup>86</sup>

Ultimando o estudo dos elementos formadores do *Franchising*, frisa-se que a Lei das Franquias não trata todas as formas de desconstituição do negócio, sendo necessário; portanto, para o estudo do término do Contrato de *Franchising*, a observância síncrona ao Código Civil. O fim da relação entre franqueador e franqueado pode se dar, via de regra, por cinco causas diferentes – Maria Helena Diniz as elenca em seu manual<sup>87</sup>.

A rescisão no Contrato de *Franchising* pode se dar por distrato e/ou mútua vontade dos contratantes antes do prazo previsto, ou seja, pela rescisão bilateral. Nesse

---

<sup>85</sup>BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 nov. 2011 e retificado em 02 dez. 2011.

<sup>86</sup>LOBO, Jorge. **Contratos de Franchising**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 83.

<sup>87</sup>DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85.

mesmo sentido, o contrato pode ser rescindido sempre que apurado algum defeito na manifestação de vontade, como previsto nos artigos 138 e 145 do Código Civil<sup>88-89</sup>. Ressalta-se que a possível questão deve ser comprovada judicialmente pela parte lesada, diferentemente da rescisão por distrato – artigo 472 do CCB<sup>90</sup> – que é uma forma não litigiosa de desfazimento do contrato, porém pouco utilizada nas Franquias diante das características do negócio. Ademais, outra forma de encerramento se dá por meio da rescisão unilateral, que pode ser observada em razão do inadimplemento de obrigações ou por ato que prejudique indiretamente o prestígio do produto.

Os motivos habitualmente utilizados para a rescisão unilateral versam sobre o desrespeito aos deveres acessórios do instrumento, ou seja, há o descumprimento de determinadas cláusulas contratuais. Simão Filho lista usuais causas<sup>91</sup> e, dentre os exemplos, menciona aqueles plausíveis ao franqueador: o desrespeito à exclusividade de fornecimento, inadimplência das prestações mensais, morte do franqueado, ruptura da cláusula de sigilo, danos à marca ou símbolos distintivos, ocultação de lucros, violação da cláusula de não concorrência, de exclusividade. Já ao franqueado, cabe buscar rescisão na ausência do *know-how*, não prestação da assistência técnica contratada, falta de profissionalização e incentivo ao negócio. Ainda, entende-se como “descumprimento contratual” quando qualquer das partes decretar sua falência, recuperação judicial ou envolvimento em operações de crédito fraudulentas.

Quando a rescisão unilateral for motivada por ato que enseje justa causa e que não se relaciona diretamente com a execução do contrato, Fran Martins apresenta como exemplo para a rescisão pelo franqueador o fato de o franqueado ser ébrio, e se costuma, em sua vida privada, a praticar atos vexatórios, “isso porque o franqueado tem por obrigação de zelar, em todos os sentidos, pelo prestígio do produto, e sua conduta particular se reflete na boa imagem que o franqueador deve inspirar, através de seus produtos”<sup>92</sup>. É necessária prova da infração contratual apresentada pela parte

---

<sup>88</sup>BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 11 jan. 2002. Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

<sup>89</sup>Lei 10.406/22. Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

<sup>90</sup>Lei 10.406/22. Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

<sup>91</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: Aspectos jurídicos e contratuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 78.

<sup>92</sup>MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 494.

prejudicada; no entanto, ante à rescisão contratual, em situações como essa, deve-se levar em consideração o artigo 473, parágrafo único do Código Civil de 2002<sup>93</sup>.

Nos Contratos de *Franchising* brasileiros, frequentemente, a resolução contratual acontece pela expiração do prazo convencionado entre as partes, comumente determinado de dois a cinco anos, caso não haja renovação expressa ou tácita. O contrato pode prever também a resolução unilateral do vínculo, por meio da denúncia, nos casos em que o contrato for celebrado por tempo indeterminado. Assume relevo, neste ponto, o supracitado parágrafo único do artigo 473 do CCB, uma vez que o contrato em questão tem por característica a realização, especialmente pelo franqueado, de altos investimentos para a montagem de sua unidade franqueada.

Finalmente, pode acontecer o fim do contrato por anulabilidade. A anulação ocorre pela infração dos artigos 3º e 4º da Lei de Franquias ou defeito do negócio jurídico. A referida Lei determinou no parágrafo único do art. 4º<sup>94</sup> que é nulo o contrato, quando o candidato a franqueado não recebe a Circular de Oferta de Franquia, em no mínimo dez dias antes de assinar qualquer instrumento contratual (contrato ou pré-contrato) ou de pagar qualquer taxa ao franqueador. O vício, no caso de um contrato anulável, não ofende o interesse público, mas sim a segurança das partes envolvidas. Ressalta-se que a configuração do vício possui efeito *ex nunc* (desde agora), possibilitando às partes retificá-lo ou saná-lo, o que comumente se observa nas vias judiciais, nos litígios envolvendo desentendimentos entre as partes contratantes.

Ainda relacionado ao fim da relação contratual, é importante esclarecer que nas circunstâncias em que poderão ocorrer a cessão ou a transmissão dos direitos decorrentes do Contrato de *Franchising*, seja por ação *inter vivos*, seja por ação *causa mortis*, serão consideradas as condições do exercício do direito de preferência pelo franqueador, devendo a preferência estar redigida de forma clara no contrato.

---

<sup>93</sup>Lei 10.406/22. Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

<sup>94</sup>Lei 8.955/94. Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

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

Nesse sentido, para evitar que os litígios versando sobre as resoluções contratuais do *Franchising* se estendam aos Tribunais brasileiros, a escolha por um determinado instrumento mais adequado para a resolução dos conflitos pode ser um fator facilitador. Evidencia-se que as partes, quando ingressam no negócio, possuem objetivos contratuais convergentes e, por desequilíbrios circunstanciais, a relação pode vir a tornar-se conflituosa. Assim, é necessário ser ressalvado que o Contrato de *Franchising*, quando compactuado entre as partes por meio de cláusulas compromissórias, poderá ser discutido e resolvido pela mediação, conciliação e em vias arbitrais, ou seja, com métodos alternativos de resolução de conflitos, caso venha a ser objeto de litígio.

Conforme dados da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FecomercioSP)<sup>95</sup>, é crescente o número de Contratos de *Franchising* que contém a previsão de solução de conflitos por meio da mediação e da arbitragem. No entanto, o número de profissionais e de Câmaras de Mediação e de Arbitragem especializadas no tema de franquia é muito reduzido. Em razão disso, a ABF em parceria com o Centro de Solução de Disputas da ABPI (Associação Brasileira de Propriedade Intelectual), implementou um curso de capacitação de árbitros e de mediadores para atuarem na solução desses conflitos. Além disso, foi distribuído entre as redes uma Cartilha de Mediação no *Franchising*<sup>96</sup>, tal texto oferece reflexões e soluções criativas para as questões decorrentes da relação entre franqueador, franqueado e todos os demais agentes do sistema de *Franchising*.

#### 1.6. Circular de Oferta de Franquia e as fases da Contratação

Como pôde ser observado por meio do estudo das obrigações dos contratantes, a empresa que deseja transformar-se em rede e adentrar no mercado de franquias deve preparar por escrito e em linguagem clara e acessível um documento básico de informações prévias ante a celebração de qualquer contrato com possíveis franqueados.

---

<sup>95</sup>FECOMERCIO SP. **Franquias Buscam Arbitragem Para Resolver Conflitos**. Disponível em: <[www.fecomercio.com.br/noticia/franquias-buscam-arbitragem-para-resolver-conflitos](http://www.fecomercio.com.br/noticia/franquias-buscam-arbitragem-para-resolver-conflitos)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>96</sup>ABF. **Cartilha de Mediação**. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2015/06/abf-folheto-com-dobra-mediacao-para-interwebs-2015.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

Tal documento é denominado de Circular de Oferta de Franquia (COF). Criada em decorrência dos princípios da boa-fé e de transparência contratual, o oferecimento da Circular é uma prática adotada pelo ordenamento jurídico vigente em diversos países, como os Estados Unidos, Itália e França. No Brasil, entrou em vigência sua obrigatoriedade a partir da promulgação da Lei nº 8.955/94 que regulamenta o Contrato de *Franchising*.

Caracterizada inicialmente em um contexto histórico e internacional, a Circular também pode se denominar *Disclosure*. Criada pela *Federal Trade Commission* norte-americana, regulamentou, por meio da *Franchise Rule* nº 436 em 1971<sup>97</sup>, a obrigação do franqueador em divulgar um prospecto com informações pertinentes a sua franquia aos investidores interessados. Luiz Felizardo Barroso<sup>98</sup> relata a existência do mesmo sistema de informação no Canadá, por meio da *Uniform Franchise Offering Circular*, que foi introduzida na legislação canadense pelo *Franchising ACT* de 1980. Como também na França, com o *Código de Deontologia Europeu do Franchising* (Lei nº 89-1008 de 31 de dezembro de 1989), ambos sistemas seguiram o padrão americano de *Disclosure*.

Conforme Fábio Ulhoa Coelho, a Circular de Oferta de Franquia é um instrumento básico para formação válida do vínculo contratual entre o franqueador e o franqueado<sup>99</sup>. Sua importância fundamenta as bases para uma futura negociação, expondo ao franqueado várias questões relevantes para a realização do contrato oficial. Assim, de forma semelhante ensina Adalberto Simão:

A circular de oferta de franquia, na realidade, é o elemento mais expressivo da relação existente entre as partes, resultando, em termos obrigacionais, mais forte até do que o próprio contrato. Este fator se deve a possível intelecção do legislador de ter o *Franchising* não como um contrato, mas como um sistema.<sup>100</sup>

O legislador, ao elaborar a Lei 8.955/94, levando em consideração a complexidade do sistema de *Franchising* e da possibilidade de determinar um extenso rol

<sup>97</sup>Texto da lei disponível em: FEDERAL TRADE COMMISSION. **Franchise Rule**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/franchise-rule>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

<sup>98</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e direito**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 48.

<sup>99</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a lei de franquia. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 16, mai. 1995, p. 16.

<sup>100</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: Aspectos jurídicos e contratuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 97.

de obrigações entre franqueador e franqueado, determinou em seu artigo 3º os requisitos que devem ser preenchidos ao se redigir o conteúdo da Circular. Ao observar o texto legal, constata-se a importância atribuída pelo legislador à COF, uma vez que os quinze incisos desse artigo disciplinam extensivamente o referido documento<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup>Lei 8.955/94. Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

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

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

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

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

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

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

VII - especificações quanto ao:

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

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

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

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

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

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

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

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

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

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

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

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

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

a) supervisão de rede;

b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;

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

d) treinamento dos funcionários do franqueado;

e) manuais de franquia;

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

g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

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



Para melhor compreensão do artigo 3º da Lei supracitada, alguns fatores devem ser esclarecidos. Em relação ao exposto no inciso II, Gabrich ensina que mesmo sem estabelecer a obrigatoriedade em Lei para a lisura do negócio, o ideal é a apresentação do exercício dos últimos cinco anos, haja vista os prazos mais comuns de prescrição tributária e trabalhista<sup>102</sup>. No tocante ao inciso IV, que exprime a descrição detalhada da franquia e das atividades que serão desempenhadas, entende-se por óbvio que o mesmo se estenda não somente ao documento da Circular, como também ao instrumento contratual oficial.

Outro aspecto de extrema importância na interpretação do artigo 3º diz respeito aos incisos VI e VII, que retratam o envolvimento direto do franqueado na operação financeira e administrativa do negócio. Tais informações de caráter econômico financeiro deverão ser as mais aprofundadas do diploma, pois são essas que influenciam substancialmente na decisão do franqueado ao optar por adentrar em determinada rede de *Franchising*, tendo em vista as garantias de um negócio lucrativo e de sucesso. Considerando que a franquia é um negócio estabelecido em um contrato de parceria, que prima pela confiança entre as partes, mostra-se necessária referência ao inciso XII, que torna obrigatória a efetiva participação do franqueador na assistência ao franqueado.

Findando a análise, cumpre salientar que o inciso XV da referida Lei, estabelece como obrigatório anexar à Circular cópia integral dos documentos padrões de pré-contrato e do contrato oficial (de adesão ou possível de discussão) regularmente utilizados pelo franqueador quando objetiva expandir sua rede. Como visto, a Circular é o mecanismo pré-contratual de expressão das prerrogativas para que as partes possam assumir um compromisso que objetiva a celebração do pré-contrato ou contrato principal.

Assim, atenta-se para as palavras de Fabio Ulhoa:

Oportuno esclarecer que a Circular de Oferta não se confunde com o pré-franchise. Este é um contrato preliminar celebrado antes da assinatura do contrato definitivo, nas relações negociais que geralmente precisam de um

---

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

a) *know how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e  
b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

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

<sup>102</sup>GABRICH, Frederico de Andrade. **Contratos de franquia e direito de informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 79.

período de adequação das partes ao sistema operativo. Tal instrumento é firmado com prazo determinado e viabiliza avaliar, de um lado, a capacitação potencial do interessado frente ao sistema operacional e, de outro, os aspectos operacionais do pacote de Franchising que se pretende adquirir.<sup>103</sup>

A Circular deve ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo dez dias antes da assinatura do pré-contrato ou do pagamento de qualquer tipo de taxa. O não cumprimento desses dez dias enseja futura anulabilidade do contrato. No entanto, é evidente que tal vício deve ser analisado caso a caso, pois somente o fato da não entrega no prazo, ou a não entrega em tempo algum, por si só não justifica a anulação. Deve-se verificar até que ponto essa omissão influenciou o franqueado a fazer um negócio precipitado. O período de tempo transcorrido de pré-contrato ou de contrato oficial é elemento importante para a avaliação nesses casos.

Em outras palavras, a Circular não obriga o franqueado; o que obriga, na verdade, é o pré-contrato subsequente a mesma. Após a aceitação dos termos da circular, é na funcionalidade do pré-contrato que há um período recíproco de testes, com tempo limitado, até firmar o documento definitivo. Assim, entende-se que a Circular está diretamente ligada à responsabilidade das partes na fase pré-contratual. Orlando Gomes enfatiza que “a responsabilidade pré-contratual decorre do princípio segundo o qual os interessados na celebração de um contrato devem comportar-se de boa-fé, procedendo com lealdade recíproca”<sup>104</sup>.

O pré-contrato, segundo Simão Filho, é:

Um instrumento firmado inicialmente, com validade limitada no tempo, que possibilita a aquisição da capacidade em potencial do interessado para com o sistema operacional, possibilitando a este, por sua vez, a avaliação dos aspectos operacionais do pacote de franchise que está adquirindo. Isso reduz a possibilidade de insatisfação das partes para com o negócio empreendido. Após passado o período de testes abrangidos pelo pré-franchise, o instrumento definitivo será assinado.<sup>105</sup>

Como se pode observar, a formação do Contrato de *Franchising* consiste em um conjunto de fases a partir da COF e de suas tratativas iniciais, que visam a estipular os

---

<sup>103</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a lei de franquias. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 16, mai. 1995, p. 20.

<sup>104</sup>GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 61.

<sup>105</sup>SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: Aspectos jurídicos e contratuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 60.

pressupostos do negócio, facilitando a formação do pré-contrato dotado de força vinculativa e de eficácia jurídica. Cretella Neto diz que essa fase demanda tempo e disposição dos futuros contratantes<sup>106</sup>, evitando discussões sobre pontos que constituem características fundamentais no decorrer da operação. Ambas fases se manifestarão validamente em fase posterior, denominada de contratual, e expressa pelo instrumento de contrato definitivo.

Franqueador e franqueado acordados e superada a etapa de testes práticos pré-contratual, firma-se o contrato definitivo. O Contrato de *Franchising* propriamente dito é híbrido, ou seja, apresenta-se como um único contrato composto por um feixe de vários contratos distintos. Ele deve conter as então já estudadas cláusulas necessárias (prazo, território, taxas, cessão pelo franqueado, resolução e extinção) que se somam às usuais (horários, direitos e deveres, seguro, exclusividade, instituição financeira), devendo ser escrito e respeitar o Código de Auto-Regulamentação criado pela Associação Brasileira de *Franchising*<sup>107</sup>.

O registro finaliza as fases para a instrumentalização do Contrato de *Franchising*. O artigo 6º da Lei 8.955/94<sup>108</sup> determina que o contrato deve ser assinado na presença de duas testemunhas e que terá validade independentemente de ser levado a registro perante o cartório ou a órgão público. Porém, é de suma importância frisar que, os Contratos de *Franchising* que possuem licença de direitos de propriedade industrial (patentes, desenhos industriais e uso de marca) e transferência de tecnologia, faz-se necessário o registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), conforme o artigo 211 da Lei nº 9.279/96<sup>109</sup> que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

### 1.7. Lei nº 8.955 de 1994 e outras normas incidentes sobre o Contrato

---

<sup>106</sup>CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do franchising**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 97.

<sup>107</sup>ABF. **Código de conduta e princípios éticos**. Disponível em: <<https://processoassociativo.abf.com.br/Content/Documentos/Codigo-de-Conduta-e-principios-eticos.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017

<sup>108</sup>Lei 8.955/94. Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

<sup>109</sup>Lei 9.279/96. Art. 211. O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros. Parágrafo único. A decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro.

É irrefutável que o complexo sistema de *Franchising* tem fundamental importância na economia brasileira, realidade essa que não pode ser ignorada no meio jurídico. Diante disso, o legislador elaborou a Lei de número 8.955 de 15 de dezembro de 1994, que disciplina o Contrato de Franquia, sobretudo quanto à fase das tratativas sobre o possível contrato oficial e, mesmo que timidamente, conceitua algumas questões de fundo contratual. Cabe destacar que o Brasil é, mesmo que tardiamente, um dos pioneiros na regulamentação do *Franchising*, que anteriormente era regido somente pela liberdade contratual.

O projeto de Lei nº 265/91 do Senador Francisco Rollemberg<sup>110</sup> conjuntamente com o de número 1.526/89 do Deputado Ziza Valadares<sup>111</sup> materializaram o incipiente interesse em regulamentar o sistema no Brasil. Entretanto, somente no ano de 1994 que o projeto sob coordenação do deputado Magalhães Teixeira referente à Lei vigente foi editado, no período em que Itamar Franco presidia o Brasil. Destaca-se, conforme o Professor Heineck Schmitt, que a Lei “não colocou barreiras à contratação, mas sim a estimulou, dando ênfase à boa-fé contratual, criando uma fase de responsabilidade pré-contratual, de não-frustração de expectativas e não induzimento ao erro”.<sup>112</sup>

Concernente aos artigos da Lei, em apertada síntese, o artigo 2º<sup>113</sup> exprime o conceito normativo de Franquia, levando em consideração especialmente o modelo de franquia formatada. Em seu artigo 3º<sup>114</sup>, no intuito de possibilitar e de viabilizar a revelação das informações relativas ao negócio ante o investimento, a Lei estabeleceu a obrigatoriedade da entrega da COF, não restando dúvida que a previsão da Circular é o grande marco da legislação.

---

<sup>110</sup>BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 265, de 1991**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/30498>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

<sup>111</sup>BRASIL. **Projeto de Lei 1.526, de 1989**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3CAA9B22642FDCA4833C891DF2A6B0D.proposicoesWeb2?codteor=1150983&filename=Avulso+-PL+1526/1989](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3CAA9B22642FDCA4833C891DF2A6B0D.proposicoesWeb2?codteor=1150983&filename=Avulso+-PL+1526/1989)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

<sup>112</sup>SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising) (franquia comercial). **Revista da faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 1999, v. 17, p. 69.

<sup>113</sup>Lei 8.955/94. Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

<sup>114</sup>Lei 8.955/94. 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.

Ainda, visando à proteção do investidor, no artigo 4º, parágrafo único<sup>115</sup>, e no artigo 7º<sup>116</sup> apresentam-se severas penas para o franqueador que se omitir nas suas obrigações de divulgação de informações. Conforme mencionado anteriormente, o artigo 6º<sup>117</sup> expõe a necessidade de testemunhas para formalização do contrato. O artigo 8º<sup>118</sup> obriga às franquias estrangeiras, quando almejarem operar no país, adotar as normas estipuladas pela Lei e apresentar a COF.

Ante o exposto, conclui-se que a Lei de Franquias brasileira cumpriu com o seu propósito de regular as relações negociais e jurídicas entre franqueadores e franqueados, sobretudo no que diz respeito às considerações preliminares até a implementação do sistema. Contudo, é inconcusso que a atual legislação é deficiente em seus aspectos gerais, considerando que essa não regula em detalhes o contrato final de *Franchising*, ocupando-se das situações anteriores ao cenário contratual.

De fato, o legislador focou em conceituar o sistema, limitando-se a regulamentar apenas os termos da Circular de Oferta de Franquia. Pela superficialidade da Lei, quanto a relação contratual, que o Código Civil acaba por gerir, mediante princípios gerais e basilares da legislação, as delimitações contratuais que se restaram insuficientes.

Atualmente, além da Lei nº 8.955/94 existem outros dispositivos que, mesmo de forma secundária ou indireta, estatuem controle sobre o Contrato de *Franchising*. Além do Código Civil de 2002, podemos citar a Lei nº 12.529/2011 que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações a ordem econômica; a Lei nº 8.137/90<sup>119</sup> que versa sobre os crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo no mercado. Há questões

---

<sup>115</sup>Lei 8.955/94. Art. 4º A circular oferta de franquias deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquias ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este. Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos.

<sup>116</sup>Lei 8.955/94. Art. 7º A sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquias, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

<sup>117</sup>Lei 8.955/94. Art. 6º O contrato de franquias deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

<sup>118</sup>Lei 8.955/94. Art. 8º O disposto nesta lei aplica-se aos sistemas de franquias instalados e operados no território nacional.

<sup>119</sup>BRASIL. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 dez. 1990.

controvertidas que podem ser resolvidas embasadas no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90<sup>120</sup>, e o Código de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279/96<sup>121</sup>.

Todavia, como nenhum desses diplomas regula especificamente a conduta e o relacionamento dos franqueados, em regra, é prerrogativa das Câmeras de Arbitragem e dos Tribunais a resolução de desequilíbrios contratuais decorrentes da violação de algum desses dispositivos. No intuito de solucionar tal situação, almejando sempre a melhora da relação entre franqueador e franqueado, a ABF criou o Código de Auto-regulamentação do setor.

Na cidade de São Paulo, em 1987, foi constituída a Associação Brasileira de *Franchising* (ABF)<sup>122</sup>, sem fins lucrativos, visando a higidez do Sistema de *Franchising* no país, congregando franqueadores, franqueados e consultores no objetivo de desenvolver e de divulgar o sistema no país. Felizardo Barroso<sup>123</sup> ressalta que para a ABF atender seus objetivos, constituiu-se uma comissão de ética encarregada de elaborar um Código de Auto-regulamentação do *Franchising*. Tal Código foi elaborado para apresentar as boas condutas das partes, baseado em princípios legais do Direito Privado Brasileiro, normas essas que tangem, sobretudo a relação entre o franqueador e o franqueado. Teve como base o *Code of Ethics* da *International Franchise Association* (IFA)<sup>124</sup>.

A Comissão de Ética da ABF recebe denúncias e representações por escrito com a identificação de possíveis ou supostas violações éticas, por parte de seus membros ou de outros atores no segmento, uma vez que, com o código de auto-regulamentação determinando as melhores práticas, detalhando as condutas violadoras da ética e as penalidades por infrações, verifica-se a gravidade e a veracidade das informações prestadas em denúncia e, em última análise, caso venha a constatar efetivamente a ocorrência de violações, determinar-se-á a aplicação de penalidades para os seus membros ou ainda, quando for o caso, o estabelecimento de um posicionamento jurídico

---

<sup>120</sup>BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

<sup>121</sup>BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 mai. 1996.

<sup>122</sup>ABF. **Atuações e Objetivos**. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/a-abf/atuacao-e-objetivos-da-abf/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>123</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. Os caminhos da ética no franchising - a importância de um código de ética. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 116, 1999, p. 126.

<sup>124</sup>IFA. **Mission statement, vision, code of ethics**. Disponível em: <<http://www.franchise.org/mission-statementvisioncode-of-ethics>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

e ético sobre a questão. As penalidades podem ser de advertência, suspensão e até mesmo exclusão daqueles empresários que tenham agido contrários aos princípios éticos, violando as práticas e as regras estabelecidas no Código.

Marco Juruena Villela Souto<sup>125</sup> ensina, quanto à ABF, que o incentivo a criação de associações de franqueadores, órgãos de estudo, cooperação, auto-regulamentação é uma forma saudável de aprimoramento e amadurecimento do sistema de *Franchising* no Brasil.

Resta elencar que, apesar da especial atenção aos benefícios da formação do negócio, do fácil potencial de gerar trocas de experiência, dos ganhos em escala, do grande poder de expansão, entre outras tantas vantagens, o Sistema de *Franchising*, ainda assim, como em qualquer negócio que envolva investimentos, pode apresentar ônus às partes contratantes. Tal ônus pode ser visualizado, seja do ponto de vista de que a Lei 8.955/94 apresenta lacunas, seja a partir das indisposições geradas entre franqueador e franqueado em relação ao instrumento contratual e as suas cláusulas.

## **2. A CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL NOS CONTRATOS DE FRANQUIA**

### **2.1. Livre Iniciativa, Livre Concorrência e o Mercado**

A abordagem de Mercado, da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência é contemplada por distintos, porém intimamente relacionados, ramos do Direito. Compreende inicialmente a análise econômica do direito, sob a ótica do “*Law and Economics*”, que mediante contexto e conceitos econômicos auxilia o jurista na compreensão de sua aplicação no direito brasileiro. Explicam os autores Mackaay e Stéphane Rousseau em sua obra, que a análise econômica do direito é

---

<sup>125</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. A regulamentação do contrato de franquias. **Repertório Iob de Jurisprudência**, São Paulo, 1992, nº 3/6538, p. 46-43.

multidisciplinar<sup>126</sup>, pois o seu efeito se desdobra em vias do Direito Civil, Empresarial, Comercial e de Concorrência.

Pontua-se que, previamente ao estudo da Cláusula de Exclusividade no Contrato de *Franchising*, faz-se necessária a compreensão dos conceitos que versam sobre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, evidenciados e garantidos nas linhas da Carta Magna do Brasil. Observando a influência destes dispositivos nas relações de mercado, e como os agentes economicamente interessados se portam diante da prática de condutas lícitas ou ilícitas que escoam em infrações de ordem econômica. Afinal, é no entendimento de possíveis prerrogativas ou abusos de direito, dentro do instituto da Concorrência, que se desenrola o estudo da exclusividade territorial.

No Dicionário de Economia do Século XXI, mercado é definido como:

[...] um grupo de compradores e vendedores que estão em contato suficientemente próximo para que as trocas entre eles afetem as condições de compra e venda dos demais. Um mercado existe quando compradores que pretendem trocar dinheiro por bens e serviços estão em contato com vendedores desses mesmos bens e serviços. Desse modo, o mercado pode ser entendido como o local, teórico ou não, do encontro regular entre compradores e vendedores de uma determinada economia. Concretamente, ele é formado pelo conjunto de instituições em que são realizadas transações comerciais (feiras, lojas, Bolsas de Valores ou de Mercadorias, etc.). Ele se expressa, entretanto, sobretudo na maneira como se organizam as trocas realizadas em determinado universo por indivíduos, empresas e governos.<sup>127</sup>

Exemplifica Verçosa que, do ponto de vista histórico, o mercado se desenvolveu desde a Idade Média, existência essa que resultava desde já na concorrência entre os senhores de terras<sup>128</sup>. Por outro lado, do ponto de vista jurídico, leciona o professor Luiz Carlos Buchain que em 1880, no Canadá, que se desenvolveu a legislação mais antiga sobre concorrência.<sup>129</sup> No entanto, salienta o autor que alguns anos depois, embasado no

---

<sup>126</sup>MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. XXII.

<sup>127</sup>SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 528-529.

<sup>128</sup>VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. Teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis. Introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, v. 01, p. 39.

<sup>129</sup>BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 09, n. 01, jan. 2014, p. 230.



*Sherman Act*<sup>130</sup> documento elaborado pelo governo dos Estados Unidos, que efetivamente se desenvolveram os primeiros estudos da disciplina que defende o sistema econômico<sup>131</sup>. Enfatiza-se que a base histórica dessa legislação se depreende da análise do *Standard Oil Case* de 1911<sup>132</sup>.

No Brasil, o estudo das normas que regulamentam a concorrência advinda da atividade comercial\empresarial é relativamente recente, resultou inicialmente da redação das linhas do artigo 115 da Carta Magna de 1934. Nela foi estabelecida a proteção da ordem econômica do país, assegurando a garantia de liberdade econômica.

Desde a sua primeira aparição em Lei, observa-se que a liberdade econômica deve ser regida dentro de determinados limites, como se pode extrair do artigo *in verbis*:

Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.<sup>133</sup>

À volta do início da década de 30, relata a autora Paula Forgioni que o governo brasileiro reforçou sua proteção contra o domínio econômico para, além de corrigir as disfunções trazidas pela falta de normatização da economia da época, também conduzir

---

<sup>130</sup>FEDERAL TRADE COMMISSION. **The Antitrust Law**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>>. Acesso em: 16 jun. 2017. Federal Trade Commission about the First Antitrust Law: the Sherman Act, passed in 1890 as a "comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade." The Sherman Act outlaws "every contract, combination, or conspiracy in restraint of trade," and any "monopolization, attempted monopolization, or conspiracy or combination to monopolize." Long ago, the Supreme Court decided that the Sherman Act does not prohibit every restraint of trade, only those that are unreasonable. For instance, in some sense, an agreement between two individuals to form a partnership restrains trade, but may not do so unreasonably, and thus may be lawful under the antitrust laws. On the other hand, certain acts are considered so harmful to competition that they are almost always illegal. These include plain arrangements among competing individuals or businesses to fix prices, divide markets, or rig bids. These acts are "per se" violations of the Sherman Act; in other words, no defense or justification is allowed.

<sup>131</sup>BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 09, n. 01, jan. 2014, p. 231.

<sup>132</sup>WIKIPEDIA. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Standard\\_Oil\\_Co.\\_of\\_New\\_Jersey\\_v.\\_United\\_States](https://en.wikipedia.org/wiki/Standard_Oil_Co._of_New_Jersey_v._United_States)>. Acesso em: 16 jun. 2017. "Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911), was a case in which the Supreme Court of the United States found Standard Oil Co. of New Jersey guilty of monopolizing the petroleum industry through a series of abusive and anticompetitive actions. The Court's remedy was to divide Standard Oil into several geographically separate and eventually competing firms".

<sup>133</sup>BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 jul. 1934. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1934, suplementado e republicado em 19 dez. 1935.

e regulamentar as atividades dos agentes<sup>134</sup>. Com a entrada em vigor da Constituição de 1937, o artigo 115 supracitado foi revogado pelo artigo 135, cuja redação determina:

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.<sup>135</sup>

A partir de então, começam a surgir regulamentações para o controle da liberdade econômica e da concorrência. A primeira delas surgiu no ano de 1938 com o Decreto-Lei nº 869/38<sup>136</sup>, que definia os crimes contra a economia. No entanto, é na edição do Decreto-Lei nº 7.666/45, que instituiu a criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE<sup>137</sup>, que efetivamente se consolidou a proteção da ordem econômica brasileira, limitando a atuação dos agentes de mercado. Ressalta-se que o decreto vigorou apenas por três meses, mas serviu como fundamento para garantir a efetiva repressão ao abuso de poder econômico pela Constituição de 1946, que em seu artigo 148 estabelecia:

Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.<sup>138</sup>

Diante da permissão decretada pela Carta Magna ao Estado de reprimir determinadas condutas que, alguns anos depois, nasce o modelo brasileiro de defesa da

<sup>134</sup>FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

<sup>135</sup>BRASIL. Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, 10 nov. 1937, republicada em 11 nov. 1937, republicado em 18 nov. 1937 e republicado em 19 nov. 1937.

<sup>136</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. **Diário Oficial da União**, 21 nov. 1938.

<sup>137</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Revogado pelo Decreto-Lei nº 8.167, de 09 nov. 1945. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, v. 03, p. 256.

<sup>138</sup>BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, 19 set. 1946, republicado em 25 set. 1946 e 15 out. 1946.

concorrência. O sistema antitruste resulta da edição da Lei 4.137 de 1962<sup>139</sup> que, por meio de suas disposições legais, qualificou e limitou a regulamentação à repressão ao abuso de poder econômico. Contudo, enfatiza-se que naqueles anos, o país superava um período político acinzentado, que atravancava a efetividade daquela no desenvolver das relações de mercado.

Collor, ao ser eleito pelo povo, como primeiro presidente pós-ditadura, promulgou a Lei 8.248 de 1991<sup>140</sup>, cuja determinação centrava-se na abertura do mercado brasileiro e na liberalização da economia, permitindo que o mercado se autorregulasse, apontando-se, assim, a necessidade de nova normatização anticoncorrencial. Esse novo regimento adveio em 1994 com edição da Lei nº 8.844<sup>141</sup>, que, em crucial medida converteu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia, outorgando-lhe poderes de executar suas próprias decisões.

Integrante do Poder Executivo e não Judiciário, o CADE, ente da administração pública, é considerado um órgão judicante, incumbindo a ele a chamada jurisdição administrativa, e não judicial. Dentre as atribuições<sup>142</sup>, compete à Autarquia tutelar a concorrência – aprovando ou reprovando atos que possam limitar ou prejudicar livre concorrência –, como também compete ao órgão à imposição de medidas coibitivas às práticas infracionais já efetivamente produzidas ou a se produzir.

Posterior a isso, revogando a Lei ordinária, no ano de 2011, entrou em vigor a atual disciplina de Defesa da Concorrência. A Lei de nº 12.529/11 maximiza as formas de defesa da mesma. Conforme Leonardo Bampi Reach “a lei aprimorou o diploma legal anterior no intuito de satisfazer as necessidades do setor empresarial, buscando uma maior segurança jurídica na aplicação da Lei antitruste”.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup>BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. **Diário Oficial da União**, 12 nov. 1962.

<sup>140</sup>BRASIL. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 out. 1991.

<sup>141</sup>BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jun. 1994.

<sup>142</sup> CADE. **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. In: Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (Coord.). Brasília, 2013. p.153.

<sup>143</sup>RECH, Leonardo B. **O controle da agência de defesa da concorrência sobre os contratos empresariais**. In: FRADERA, Vera Maria J.; ESTEVEZ, André F.; RAMOS, Ricardo E. *Contratos Empresariais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, p. 120.

Acentua-se que a Lei flexibiliza a vedação de atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes. Estabelecendo padrão normativo que auxilia a permissão e a aprovação dos atos pela autoridade concorrencial, mediante avaliação de efeitos que os justifiquem. Salientando-se que, todas decisões, quando tomadas, devem considerar o caso concreto.

Sob essa ótica, cabe ao CADE definir se a conduta objetivada pelos agentes econômicos adequa-se ou não aos critérios legais estabelecidos pela Lei nº 12.529/2011, qualificando-a como lícita ou ilícita, podendo a autoridade aprovar integralmente o ato, aprová-lo parcialmente, ou não o aprovar, consoante *caput*<sup>144</sup> do artigo 61 da referida Lei. É mediante a constatação da ilicitude do ato de concentração econômica pretendida, ou parte dela, que a autarquia se encontra legitimada a interferir na liberdade dos agentes econômicos.

Atenta-se que, anterior à edição da primeira Lei antitruste, o estado brasileiro garantiu uma nova e maior proteção constitucional da ordem econômica. A instituição de uma nova Constituição Federal, no ano de 1988, concedeu-se ao Estado mecanismos para regular a manifestação da autonomia privada nas práticas empresariais, em especial, dos atos estipulados em instrumentos contratuais firmados para garantia dos interesses econômicos dos agentes de mercado. Fundamentam-se tais mecanismos a partir das diretrizes sobre a Ordem Econômica e Financeira no Título VII da referida Carta.

Em nosso ordenamento constitucional, a livre iniciativa é mencionada como fundamento da República. Possuindo função principiológica, textura aberta e abstratismo em sua redação, da margem à uma irrestrita interpretação de uma economia livre de mercado. É o que se encontra expresso no artigo 1º, inciso IV da Carta Magna:

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:  
[...]  
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

---

<sup>144</sup>Lei nº 12.529/11. Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

Reaparecendo como princípio garantidor da ordem econômica no *caput* do artigo 170, no inciso IV do artigo supracitado assegura igualmente a livre concorrência. Sem esquecer do parágrafo único do mesmo dispositivo, que ratifica o *caput*, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo nos casos previstos em lei:

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:

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

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.

Igualmente, nesse sentido, é assegurada pela Constituição Federal a proteção à livre concorrência, reprimindo o abuso de poder econômico. Tal garantia pode ser observada na redação do artigo 173:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[...]

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Partindo dessas premissas constitucionais, expõe Verçosa:

O fulcro da legislação ordinária a ser editada a partir do comando constitucional estaria no estabelecimento de normas destinadas à repressão ao abuso de poder econômico que viesse a se expressar em um dos três objetos ilícitos, expressamente relacionados pelo legislador – ou seja: da dominação

dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Isto significa não ser ilícito deter poder econômico; ou caso alguém o detenha, seu exercício regular, não é abusivo.<sup>145</sup>

Levando em consideração o princípio basilar da livre iniciativa encontrado no teor do artigo 170 da Constituição, confrontando-o com teor disposto no inciso IV do artigo 173 da mesma, vislumbra-se o surgimento de um dualismo ao relacioná-los à Lei nº 12.529/2011. No livro “Os Fundamentos do Antitruste”, Forgioni questiona se a Lei antitruste deve ser considerada de repressão ao abuso do poder econômico ou uma Lei de tutela da livre concorrência.<sup>146</sup> Em resposta ao seu próprio questionamento, a autora aduz:

Quando se faz referência a “lei de tutela da livre concorrência”, está se colocando a livre concorrência ou a livre iniciativa como bem maior protegido pela Lei Antruste. Não que a repressão ao abuso do poder econômico seja completamente desprezada: ao contrário, mas ela é amparada apenas na medida que se mostra instrumental a tutela da livre concorrência. [...] Se considerarmos o artigo 173 inciso 4, não há dúvidas que é lei de repressão ao abuso do poder econômico.<sup>147</sup>

A Constituição do Brasil, em seu artigo 174, é bastante impositiva ao definir a necessidade da garantia da repressão ao abuso do poder, ou seja, da tutela da livre concorrência ser vista como um instrumento voltado ao alcance de um bem maior. Nesse sentido, o autor Fábio Ulhoa Coelho observa que a “Constituição admite a generalidade das práticas empresariais voltadas à conquista de mercado, ainda que tais ações sejam derivadas do exercício de poder”<sup>148</sup>, uma vez que a Carta Magna estrutura a economia brasileira pelo princípio da livre concorrência. Acrescentando, no entanto, que somente quando a própria competição está em risco, a Constituição, para assegurar, reputa abusivo o seu exercício e autoriza à Lei a repressão. É o que se vislumbra das palavras do Ex. Ministro Celso de Melo:

---

<sup>145</sup>VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. Teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis. Introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, v. 01, p. 326.

<sup>146</sup>FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 242.

<sup>147</sup>Ibid.p. 243.

<sup>148</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 01, p. 220.

[..]A regulação estatal no domínio econômico, por isso mesmo, seja no plano normativo, seja no âmbito administrativo, traduz competência constitucionalmente assegurada ao Poder Público, cuja atuação – destinada a fazer prevalecer os vetores condicionantes da atividade econômica (CF, art. 170) – é justificada e ditada por razões de interesse público, especialmente aquelas que visam a preservar a segurança da coletividade. A obrigação do Estado, impregnada de qualificação constitucional, de proteger a integridade de valores fundados na preponderância do interesse social e na necessidade de defesa da incolumidade pública legitima medidas governamentais, no domínio econômico, decorrentes do exercício do poder de polícia, a significar que os princípios que regem a atividade empresarial autorizam, por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da Carta Política, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional.(...) Diploma legislativo local que condiciona determinadas atividades empresariais à estrita observância da cláusula de incolumidade destinada a impedir a exposição da coletividade a qualquer situação de dano.<sup>149</sup>

Consequentemente, a atuação do Estado na esfera econômica deve pautar-se no sentido de minimizar os efeitos das arbitrariedades individuais existentes nas atividades empresariais. Diante dessa necessária repressão e da proteção à livre concorrência, o autor Eros Roberto Grau diz:

A legislação antitruste deve ser aplicada de forma a impedir o falseamento da concorrência nos mercados. Em outros termos: não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante celebração de um contrato, impeçam que a livre concorrência exerça seu papel no mercado. Daí a livre concorrência ter sido consagrada em nosso ordenamento jurídico como um bem digno de receber tutela jurídica.<sup>150</sup>

Em conjunto com a repressão ao abuso de poder, é inegável a fundamental importância dada à liberdade de iniciativa pela Constituição. Significa igualmente dizer que há o reconhecimento do direito de todos explorarem atividades empresariais.

Essa liberdade de exploração da atividade empresarial se torna nítida ao observar-se que, para formação, manutenção e expansão de mercados, existe um desejo dos agentes econômicos em garantir suas vendas, aumentar lucros e isso se dá, muitas vezes, diante da celebração de acordos, imposições de práticas abusivas,

<sup>149</sup> STF. Acórdão no Recurso Extraordinário 597.165/DF. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no **Diário da Justiça Eletrônico** de 09/12/2014.

<sup>150</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 193.

anticompetitivas, visando à eliminação da concorrência, tal premissa é explorada na obra do autor Eros Grau.<sup>151</sup>

Nesse sentido, Fábio Ulhoa diz que tais práticas compõem as duas possíveis formas de concorrência que o direito repudia:

A concorrência desleal e a perpetrada como abuso de poder. A primeira é reprimida em nível cível e penal, e envolve apenas os interesses particulares dos empresários concorrentes; a segunda, reprimida também em nível administrativo, compromete as estruturas do livre mercado e são chamadas de infrações da ordem econômica.<sup>152</sup>

A concorrência desleal se diferencia substancialmente da infração da Ordem Econômica quando se leva em consideração que as lesões produzidas pela concorrência desleal não alcançam outros interesses além dos vitimados pela prática irregular. Estando a primeira intimamente ligada à proteção da clientela, a abrangência da mesma somente alcança os direitos dos concorrentes lesados e não ao mercado como um todo.

A segunda possui relevância maior, pois envolve conceitos como abuso de poder dominante, atos de concentração, mercado relevante, monopólios. A infração à ordem econômica pode ser igualmente considerada uma prática de concorrência indevida, porém, conforme o autor Waldo Fazzio Júnior pode-se considerá-la como uma “modalidade mais grave de agressão contra a economia de mercado, porque atinge diretamente suas colunas estruturais”<sup>153</sup>. Nesse sentido, Requião afirma:

Quando a atividade empresarial objetiva a destruição de empresas concorrentes, para dominação da clientela e dos mercados e subsequente imposição de preços mais elevados o poder público interfere para combater os excessos do domínio econômico, sendo então caracterizada infração à ordem econômica.<sup>154</sup>

A fim de evitar o comprometimento da organização liberal da economia, dentre os dispositivos expostos na Lei antitruste, o artigo 36 elenca quais questões constituem infração da ordem econômica. Destacam-se, dentre estes, os que serão objeto de estudo

---

<sup>151</sup>GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005., p. 112.

<sup>152</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 01, p. 208.

<sup>153</sup>FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 142.

<sup>154</sup>REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 358.



no decorrer do trabalho, para o entendimento da licitude ou não da redação de determinadas cláusulas, como a de exclusividade territorial nos Contratos de *Franchising*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

[...]

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

[...]

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

[...]

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

[...]

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada.

De outra banda, cabe ressaltar que a lei antitruste brasileira admite, em certa medida, algumas práticas, contratos, acordos que podem assemelhar-se às práticas de abuso de poder, ou até concretizam-se abusivos, desde que atendam às necessidades do mercado. Para isso, faz-se necessária uma análise da razoabilidade nas ações praticadas, nesse sentido, Daniel Correia expõe:

É possível atribuímos dois sentidos complementares ao princípio da liberdade de concorrência. Numa perspectiva, a liberdade de concorrência implica a prerrogativa de competir, ou seja, é o direito de concorrer no mercado. Por outro lado, a liberdade de concorrência impõe um controle, para que prevaleça um mínimo ético e haja efetiva competição, ou seja, leva à necessidade da defesa da concorrência.<sup>155</sup>

Levando em consideração as garantias constitucionais dadas à livre iniciativa e à livre concorrência, mostra-se necessária uma regulamentação antitruste, a fim de proporcionar o efetivo andamento do mercado. Vez que, conforme observado no livro “Análise Econômica do Direito”, a prática de atos restritivos e a celebração de acordos que não configuram infrações de ordem econômica podem ser positivos ao mercado, maximizando a eficiência produtiva, minimizando preços, estimulando inovações e melhores produtos aos consumidores finais<sup>156</sup>. A tênue linha que diferencia entre lícita e ilícita determinada prática, por meio de limites impostos por lei, é o assunto que se desenvolverá nas subseções a seguir.

## 2.2. A Autonomia Privada e a Limitação das Cláusulas Contratuais

No contexto empresarial, ou seja, na iniciativa privada, o que leva os agentes econômicos a praticarem determinados atos é fundamentalmente a análise de mercado. Nesse mesmo sentido, a concorrência é vista como fator de influência, devendo ser analisada sob dois aspectos, sejam eles: positivo e negativo. Justifica-se tais ponderações diante da garantia de autonomia negocial que os agentes possuem na celebração de contratos, sendo esta autonomia vista como princípio do direito privado, regendo todas as prerrogativas e as obrigações das partes interessadas.

Enquanto princípio, a autonomia da vontade compreende duas importantes vertentes: a liberdade contratual e a liberdade de contratar<sup>157</sup>. Zaqueu, em seu artigo, diz

---

<sup>155</sup>CORRÊA, Daniel Rocha. Práticas restritivas verticais: contributo da experiência europeia para o direito da concorrência brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 181, p. 277-296, 2009, p. 279.

<sup>156</sup>Observa-se de forma plausível no Capítulo 3 (Mercado e a Concorrência) de: MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 88-127.

<sup>157</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 365.

que esta faz referência a celebração ou não do acordo e quais são as partes envolvidas, enquanto aquela diz respeito à livre estipulação do conteúdo da avença<sup>158</sup>.

Tal liberdade de livre estipulação contratual nomina-se autonomia privada, assegurada e limitada em maior ou menor escala pelo Estado no intuito de equilibrar as relações entre privados. A autonomia negocial possibilita às partes flexibilizar as disposições pactuadas pela interpretação da sua função que, além de privada, também deve ser social, oportunizando às partes o uso dos princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual, consoante ensina Judith Martins Costa<sup>159</sup>.

A autonomia privada no Direito Contratual é a liberdade volitiva de cada indivíduo para pactuar relações jurídicas, desde que reguladas e previstas, ao menos abstratamente, no ordenamento jurídico. No campo econômico-jurídico, a liberdade de contratar refere-se à possibilidade ou não de contratar, de negociar e de determinar o conteúdo do contrato, possibilitando a alteração do esquema legal do instrumento, à oportunidade de celebrar contratos atípicos, editando a forma se necessário for— desde que, novamente, respeitadas determinadas imposições/limitações legais.

Essa liberdade dada aos agentes de auto regular seus interesses é formalizada por meio de contratos. Nas palavras de Caio Mario, contrato “é resultado de um acordo de vontades. É o *ibis in idem placitum consensus*”<sup>160</sup>.

O controle dos contratos celebrados entre os agentes econômicos pela autoridade da concorrência e, em especial, a proteção da liberdade de contratar, inserem-se no contexto de vinculação da livre iniciativa com a livre concorrência e vice-versa. Nesse sentido, transcreve Leonardo Augusto Rech:

O que a livre iniciativa apresenta, na verdade, é uma face da liberdade econômica ou de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa, não o capitalista, além de ser o empresário, o destinatário das normas de proteção da concorrência. É uma garantia da legalidade contra os atos do Estado. Com isso, a livre-iniciativa constitui-se em liberdade de iniciativa econômica, o que, em última análise, é a de contratar, já que, por esse instrumento, a empresa operacionaliza suas operações econômicas para o ingresso, a permanência e a saída de determinado mercado. [...] A liberdade de contratar

---

<sup>158</sup>GURGEL, Zaqueu Hudson de Araújo. Autonomia de vontade versus livre concorrência: um estudo acerca da cláusula de exclusividade no cenário jurídico-econômico brasileiro. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, v. 14, n. 25, p. 81-95, jan./jun. 2009, p. 83.

<sup>159</sup>COSTA, Judith Hofmeister Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 01, n. 01, p. 41-66, mai. 2005.

<sup>160</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro**. In: Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, p. 127-154, 1982, p. 131.

para uma empresa, ou seja, ao indivíduo que a dirige, é a forma de que ela tem para instrumentalizar as suas operações e assim, atingir a sua finalidade, promover a atividade econômica. Afinal, é através dos próprios interesses que as empresas promovem os contratos empresariais para o desenvolvimento de suas atividades, sem necessidade de aprovação estatal.<sup>161</sup>

Entende-se, portanto, que os agentes econômicos – empreendedores, comerciantes, empresários, empresas – têm liberdade para celebrar acordos, assegurados pelo princípio basilar da livre iniciativa, garantidor do desenvolvimento econômico. Porém, necessário fazer alusão aos limites dessa liberdade por meio das cláusulas gerais determinadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, que conjuntamente à Lei nº 12.529/11, fundamentam as sanções impostas pelo órgão de defesa da concorrência que, na sua essência, funciona como instrumento à proteção de liberdade de contratar.

Afere-se que o Código Civil se aproxima da Constituição, sugerindo um intercâmbio entre os dois diplomas, vez que o contrato, representante da vontade dos agentes econômicos interessados, que não pode olvidar da concretização de valores constitucionais. Assim, a liberdade de contratar deve ser exercida consoante à justiça social, respaldada em princípios valorativos que o Estado utiliza para equilibrar as relações privadas. Para o Min. Cezar Peluso “Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada”.<sup>162</sup>

Como princípio do direito contratual, a autonomia privada é a vontade individual de buscar relações jurídicas concretas, previstas e reguladas abstratamente no ordenamento jurídico. Ter a liberdade de autorregular os próprios interesses, desde que submetidos às imposições legais, é sua essência.

Pontes de Miranda corrobora com tal afirmação ao asseverar sua posição doutrinária no sentido de que “não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autônoma é alusão ao que se pode querer dentro desses limites”<sup>163</sup>. Assim, o negócio jurídico deve respeitar a Lei, os ditames de ordem pública e os bons costumes. Nesse sentido, as cláusulas gerais da função social e da

---

<sup>161</sup>RECH, Leonardo B. **O controle da agência de defesa da concorrência sobre os contratos empresariais**. In: FRADERA, Vera Maria J.; ESTEVEZ, André F.; RAMOS, Ricardo E. *Contratos Empresariais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, p. 126-127.

<sup>162</sup> STF. Acórdão em Ação Cautelar 1.657-6/RJ. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no **Diário da Justiça** de 31.08.2007.

<sup>163</sup>PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1962, p. 39.

boa-fé encontradas no CCB de 2002 exercem um papel fundamental de balizamento à atuação de particulares.

As diretrizes limitadoras da autonomia privada introduzidas no direito brasileiro, com o advento do Código Civil de 2002, são fruto da significativa mudança na visão da sociedade contemporânea, conforme ensina a Professora Cláudia Lima Marques<sup>164</sup>. Passando a Lei, conforme visto, além de proteger as expectativas dos contratantes, garantir igual atenção a determinados interesses sociais e do mercado como um todo.

Tal proteção está garantida devido ao reconhecimento que as cláusulas gerais da boa-fé (artigos 113, 187, e 422 do CCB)<sup>165</sup>, dos bons costumes (artigos 122 e 187 do CCB)<sup>166</sup> e da função social (artigo 421 do CCB)<sup>167</sup> foram adquirindo com o advento da Lei. Salienta-se que, nas relações contratuais, um dos principais objetivos de tais cláusulas é possibilitar alterações no contrato com segurança jurídica.

A função social dos contratos deve ser vista como a relação dos contratantes com a sociedade, pois observá-la num contrato significa verificar qual seus efeitos perante terceiros. A principal consequência jurídica da função social é a promoção da ineficácia de relações que acabam por ofender interesses sociais, afrontar o mercado, e a dignidade da pessoa/consumidor. É possível haver um contrato que cumpra com o princípio da boa-fé entre as partes, e ofenda a terceiros, no caso, à sociedade. O contrato eficaz para as empresas pactuantes pode lesar concorrentes, como também consumidores, limitando mercados e ferindo, por exemplo, a livre concorrência.

Nessa perceptiva, a importância dada a função social é no sentido de evitar que os contratos satisfaçam somente aos interesses individuais, sem atentar ao coletivo. Miguel Reale ensina “que o imperativo da ‘função social do contrato’ estatui é que este

---

<sup>164</sup>MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>165</sup>Lei 10.406/22. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>166</sup>Lei 10.406/22. Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

<sup>167</sup>Lei 10.406/22. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando danos à parte contrária ou a terceiros”<sup>168</sup>.

Salienta-se, em contrapartida, que a função principal do contrato, ao permitir a edição das mais diversas cláusulas, é de garantir a autonomia negocial das partes. Nesse sentido, ao correlacionar a função social ao artigo 421 do Código Civil, leciona o professor Gerson Branco que a função social não é incompatível com a livre iniciativa, conforme pode-se observar:

A principal função do contrato é de servir de instrumento de autocomposição e auto-regulação das relações privadas. Por isso, a função social dos contratos não é incompatível com a autodeterminação e a liberdade de exercício das atividades econômicas. A cláusula geral do artigo 421 somente atua no plano do direito contratual, não servindo para regular relações jurídicas absolutas. A eficácia do contrato continua vinculada ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, razão pela qual não se pode atribuir à cláusula geral do artigo 421 o papel de fazer com que o contrato irradie efeitos sobre terceiros, ou considerar terceiros como parte do contrato.<sup>169</sup>

E assim, quanto à aplicação do artigo supracitado, o professor continua:

A “eficácia externa” dos contratos não tem natureza contratual, pois o contrato para terceiros é um fato social (nos casos que há oponibilidade de efeitos), ou é ato ilícito. Assim, um contrato celebrado para concentrar mercado e impedir a concorrência não pode ter seus efeitos limitados com o fundamento na cláusula geral do artigo 421. Os terceiros não são partes, portanto não se aplica tal regra a eles, pois não possuem legitimidade para discutir tais cláusulas contratuais, mas somente para coibir atos ilícitos. Foi em razão da função social dos contratos que se editou a Lei do Abuso do poder Econômico. A eficácia da referida lei deve ser interpretada em consonância com a cláusula geral do artigo 421, mas esse dispositivo não pode ser usado para regular relações absolutas.<sup>170</sup>

A boa-fé, neste viés principiológico, encontra-se disciplinada nos artigos 113, 187, e 422 do Código Civil de 2002<sup>171</sup>. Quanto às suas funções, a primeira delas pode

<sup>168</sup>REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

<sup>169</sup>BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312.

<sup>170</sup>Ibid., p. 313.

<sup>171</sup>Lei 10.406/22. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

ser relacionada a interpretação do negócio jurídico, estabelecendo no *caput* do artigo 113 do CC/2002 que esse deve ser interpretado “conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Pela redação do artigo 187, vislumbra-se o limite que a boa-fé impõe ao exercício de direitos subjetivos, colocando-se em consonância com a Lei ordinária aplicada ao caso, como parâmetro para o reconhecimento do abuso de direitos. Por fim, com relação às obrigações contratuais, o artigo 422 do referido código determina que os contratantes são obrigados desde a formação à conclusão a agir conforme os princípios de probidade e de boa-fé.

Evidencia-se, diante dessa breve síntese, a importância da compreensão do conceito e da adequada aplicação da boa-fé objetiva face ao presente trabalho, no intuito de proteger a confiança depositada no Contrato por hora estudado. Essa confiança surge diante das informações expostas e do comportamento das partes pode ser vista na Circular de Oferta de Franquia, que é um clássico exemplo em que o instrumento contratual informa, obriga e delimita a relação dos agentes, aqui nominados de franqueador e franqueado.

Nesse sentido, o professor Bruno Miragem leciona que a cláusula geral da boa-fé “opera-se o controle da constituição, execução e conteúdo da relação obrigacional, qualificando e delimitando a liberdade individual”<sup>172</sup>, sendo um dos critérios para a identificação do abuso de direito. Ademais, em seu recente livro das Obrigações, o estimado professor expõe que:

A confiança revela-se como condição ou influência decisiva do comportamento dos sujeitos da relação, uma vez que apenas porque, ou confiam na reciprocidade da conduta do outro na relação, ou porque confiam na tutela do direito que torna exigível certo comportamento e sanciona a violação do dever, vão comportar-se de determinado modo. Em um sistema que privilegia a circulação de bens, valoriza-se a confiança.<sup>173</sup>

No que tange ao dever de confiança e de lealdade, afirma-se que esse se apresenta inicialmente nas tratativas ou em qualquer fase preliminar à realização de um negócio jurídico. Impõe às partes a necessidade de alinhar sua conduta de forma proba, abstendo-se de falsear o objetivo do negócio ou de desequilibrar a relação, agindo cooperativamente, dignamente e de forma recíproca. Será lesiva ao dever de lealdade

---

<sup>172</sup>MIRAGEM. Bruno. **Direito Civil**: direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017, p.132.

<sup>173</sup>Ibid, p. 126.

qualquer conduta que comprometa o fim do negócio, o equilíbrio econômico das prestações, a cooperação mútua das partes. A colaboração é essencial para a melhor efetivação das prestações e do cumprimento do fim obrigacional proposto.

Acentua-se que a boa-fé é invocada e ganha destaque para coibir abusos no plano contratual, ótica que permite a estipulação de cláusulas ilícitas, independentemente de qualquer prejuízo à concorrência. Entretanto, a Lei antitruste, atem-se a tais prejuízos, funcionando como um significativo referencial para o preenchimento da cláusula geral da boa-fé no âmbito comercial e econômico. Isso porque, na prática, embora muitas das condutas abusivas não configurem prejuízos à concorrência e à livre iniciativa, diversas ações vedadas do ponto de vista anticoncorrencial transpassam o limite da tutela da Lei nº 12.529/2011 e ganham relevância na regra comportamental de boa-fé, exigindo determinado padrão de atuação dos agentes nas relações contratuais.

Esse padrão de conduta amparado na boa-fé deve ser observado na estipulação das cláusulas contratuais. Pertinente ao Contrato de *Franchising*, a Lei nº 8.955/94 não estabelece expressamente as normativas necessárias para a construção, regulação e limitação do instrumento contratual, conforme exposto anteriormente<sup>174</sup>. Delegando determinada função às Leis esparsas e ao Código Civil, com suas cláusulas gerais acima mencionadas. Outrossim incumbe à Associação Brasileira de *Franchising* a criação de boa parte das normativas acerca da regulamentação da ação das partes.

Apesar de não ser uma autarquia, ou um órgão público fiscalizador dotado de poderes coercitivos, à exemplo do CADE, a ABF elaborou um código, que consiste em um conjunto de normas utilizadas para guiar aqueles que fazem parte do arranjo que compõe esse ramo empresarial. Em apertada síntese, o principal objetivo do intitulado Código de Conduta e Princípios Éticos é elevar o nível de confiança e de respeito mútuo entre os participantes do sistema, servindo de referência para avaliação de eventuais violações de normas<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup>Vide páginas 45 a 49 do presente trabalho.

<sup>175</sup>ABF. **Código de conduta e princípios éticos.** Disponível em: <<https://processoassociativo.abf.com.br/Content/Documentos/Codigo-de-Conduto-e-principios-eticos.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017. “Art. 2º. O Código tem como objetivos:  
I - Elevar o nível de confiança e de respeito mútuo entre participantes do Sistema de Franchising a saber: associados, prestadores de serviços, diretores e colaboradores da ABF;  
II - Enfatizar a importância do contínuo aprimoramento educacional, cultural e profissional de todos os envolvidos na atividade de franchising;  
III - Servir de referência para avaliação de eventuais violações das normas de conduta aqui



Baseado em princípios éticos como a transparência nas relações, a integridade, o respeito entre as partes e a responsabilidade coletiva, o Código expõe um extenso rol de condutas, sobretudo destinadas ao franqueador, de como se portar para evitar abusos, infrações e sofrer penalidades, sejam elas administrativas, sejam judiciais. Igualmente, sem *numerus clausus*, permite às partes estipular qualquer cláusula que garanta a concretização e eficiência do negócio.

Constatado na presente pesquisa que para a composição do contrato oficial de *Franchising* a Lei 8.955/94 é débil, é facultado – para não se dizer necessário – às partes regerem-se fundamentalmente pela autonomia negocial. Corroborando com a afirmativa de que as cláusulas estipuladas nos Contratos de *Franchising* podem – e são – as mais variadas possíveis. Nesse sentido, ensina Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho que ainda que os efeitos predispostos pelas partes sejam disseminados em diversas cláusulas e instrumentos contratuais que parecem autônomos, determinadas estipulações e acordos estão a serviço de uma função global, uma causa.<sup>176</sup>

Nesta linha, como é sabido, qualquer objeto de negócio – bens, serviços, distribuição – pode fundamentar a criação de uma marca de franquia, pois abrangentes são as possibilidades de criação de redes franqueadas em diversos ramos do mercado. Justificando a então variância de estipulações clausulais diante da causa ou da função da operação econômica em questão. Fran Martins, valendo-se do estudo exteriorizado pela *Small Business Administration* conjuntamente com o *Bank of America*, lista as trinta cláusulas mais utilizadas na elaboração dos Contratos de *Franchising*:

[...] direito do franqueador de proibir o franqueado a venda de quaisquer produtos que não forem feitos, aprovados ou indicados pelo franqueador; a realização de um mínimo de venda dos produtos franqueados; o pagamento de certa importância pela franquia, podendo esse pagamento consistir em uma percentagem sobre o lucro bruto ou uma taxa fixa prefixada. Enumera, também, essa lista como cláusulas comuns a obrigação de manter o franqueado suas portas abertas ao público durante certos dias e horas; o direito de o franqueador inspecionar os livros do franqueado; a participação do franqueado nas despesas de publicidade do franqueador; a aprovação pelo franqueador dos anúncios locais pelo franqueado e o seguro das mercadorias a ser feito pelo franqueado em companhias indicadas pelo franqueador. Mais ainda: há cláusulas frequentes sobre o direito de o franqueador adquirir os negócios do franqueado; o direito de o franqueador proibir ao franqueado

---

consagradas;

IV - Defender a imagem e a reputação do Sistema de Franchising brasileiro, como fatores fundamentais para o êxito dos empreendimentos e do próprio conceito de negócio.

<sup>176</sup> COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. **Contratos complexos e complexos contratuais**. 1. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p.180.

certas modalidades de vendas, inclusive as vendas a crédito; a aprovação pelo franqueador das compras de equipamentos feitas pelo franqueado; a submissão de balanços financeiros periódicos do franqueado ao franqueador e a manutenção do franqueado de quotas mensais ou anuais de vendas dos produtos comercializados e o depósito pelo franqueado de todo o apurado em suas vendas em um balanço indicado pelo franqueador. Por último, são usuais cláusulas que obrigam ao franqueado a manutenção de um serviço especial de contabilidade, realizado esse serviço por empresas indicadas pelo franqueador (que, no dizer de Kursh, são muitas vezes, também, empresas franqueadas); a proibição de fazer o franqueado qualquer outro negócio enquanto a franquia estiver em vigor; e até o uso obrigatório pelos empregados do franqueado de uniformes aprovados pelo franqueador.<sup>177</sup>

Contudo, apesar da quantidade imponderável de opções, há determinadas cláusulas que são necessárias para singularizar o Contrato de *Franchising*, como por exemplo: delimitação do território de atuação do franqueado; obrigações pecuniárias das partes; prazo de concessão da Franquia; direitos e obrigações do franqueador e franqueado; concessão de direitos de Propriedade Industrial; dever de confidencialidade e não concorrência; hipóteses e consequências da cessão ou transferência da franquia; sucessão das partes, causas e consequências da rescisão; e, por fim, formas de resolução de conflitos e qual foro ou câmara (no caso de resolução arbitral) competente.

Fica evidente que ao estipulá-las, sejam elas ocasionais, sejam essenciais, que há significativa dependência/interdependência entre as partes, leia-se, franqueador e franqueado. A dependência, em sentido econômico, é caracterizada quando um agente deve sujeitar-se a outro que lhe impõe condições para que aquele possa sobreviver no mercado. Atendo-se ao Sistema de *Franchising*, é fatídico como o negócio se amolda nos mais variados fatores como causa da dependência econômica. Todavia, não há nada de ilícito no fato de uma parte ser superior à outra, porém frisa-se que o abuso dessa relação deve ser reprimido pela Lei, conforme relata Forgioni<sup>178</sup>. O contrato deverá permanecer equilibrado na medida em que foi pactuado e assim deverá ser preservado.

A não preservação do equilíbrio contratual, ou, no caso, o desequilíbrio, é verificado substancialmente em cláusulas que limitam a liberdade futura do franqueado, expressas em termos que tratam do prazo de vigência do contrato e das diversas formas de exclusividade, tal como a territorial. Objetivando a manutenção do Sistema de *Franchising* no tempo, a função primordial dos contratos está associada a garantia dos

---

<sup>177</sup>MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro, forense, 2002, p. 492.

<sup>178</sup>FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 35-36.

negócios ali disciplinados, ao acertamento dos interesses envolvidos, de modo a colaborar para que a atividade empresarial se desenvolva do modo eficaz.

Nesse sentido, entende-se por indispensável, no estudo do Direito Concorrencial e Contratual, o exame do comportamento dos agentes economicamente interessados e das práticas empresariais adotadas, quando da estipulação delas em contrato. É dentro desse contexto de liberdade contratual e de limitação da livre estipulação negocial das partes, que se faz necessário o estudo da licitude dos atos que levam ao estabelecimento da Cláusula de Exclusividade Territorial à luz do Direito da Concorrência, e os resultados decorrente, inquirindo se a mesma pode se desdobrar em concorrência desleal, configurando ato de infração da ordem econômica.

Sucessivo a isso, analisar-se-á o desenvolvimento econômico do *Franchising* brasileiro, identificando as tendências do segmento no mercado. Adentra-se no estudo dos atos praticados pelo franqueador e franqueado, e quais os possíveis litígios resultantes de suas ações, fundamentando as conclusões no entendimento jurisdicional. Nesta linha, os resultados da convenção pela exclusividade territorial serão observados sob a ótica do Direito Contratual, e os possíveis desfechos dados ao fenômeno empresarial supracitado, em seu contexto.

Destaca-se que os três ramos do Direito Privado por ora estudados – Contratual, Concorrencial e Econômico – entrelaçam-se na intenção de analisar a violação – ou não- do direito das partes, entre as partes, e ao sistema econômico como um todo, síncrono à Lei nº 12.529/2011, quando alusivos ao Contrato de *Franchising*.

### 2.3. Acordos de Relações Verticais e a Cláusula de Exclusividade Territorial

O Direito da Concorrência é formado por um conjunto de disposições legislativas e regulamentares que visam garantir o respeito aos princípios da livre iniciativa e do livre comércio. As relações empresariais de comércio, estabelecidas em determinado mercado, são fomentadas pela possibilidade de crescimento dos agentes economicamente interessados. Apesar de haver presunção de interesses convergentes, o íntimo de suas pretensões deve transpor sua forma tácita, e ser expresso em documento. Concernente a formação desse, Humberto T. Jr. aponta:

Surge, então, no direito comercial, um conjunto de relações jurídicas originadas do acordo de vontades [...], que se marcam por características comuns, tais como a união em torno de um objetivo comum: o lucro de ambos na comercialização de bens e serviços, mas antagônico, na medida que repartem os ganhos. E que se caracterizam ainda pela cooperação, a natureza duradoura da relação, e principalmente, pela dominação econômica exercida pelo fabricante com o propósito de manter a integração da rede de distribuição.<sup>179</sup>

Nesse sentido, em atenção à liberdade das partes e à mútua vontade de maximizar lucros, obter maior clientela, promover a circulação de riquezas e desenvolvimento econômico, as partes unem-se para a estipulação de cláusulas que delimitarão suas obrigações negociais. No íntimo dessas que se normatizam as condutas dos agentes de mercado, oportunizando as partes interessadas a possibilidade de estabelecer a exclusividade territorial ao negócio.

Tal cláusula é inserida nos contratos que, como dito anteriormente, são livres estipulados entre as partes, ou seja, o fenômeno da exclusividade surge em decorrência da própria estruturação da negociação convencionada. No *Franchising* não é diferente, pois apesar de conter a Circular de Oferta e o pré-contrato, que contém pré-determinadas as obrigações do franqueador e do franqueado, a relação em questão delinea-se dentro de um contrato de colaboração, o que por si só justifica a possibilidade de imposição da mesma, conforme explica Vera Jacob de Fradera<sup>180</sup>.

Para eficaz análise da licitude do estabelecimento da cláusula de exclusividade territorial nos contratos, fatores de ordem econômica devem ser considerados. Estes fatores, exercidos diante de uma “posição dominante”, tem por característica seu desdobramento em formações de acordos verticais pelas partes.

Deve-se atentar que a posição dominante e seus acordos verticais podem ser visualizados de forma profícua ou negativa aos contratantes, equitativamente a outras empresas, aos consumidores – ao mercado, de modo geral. Caso seja considerada conduta monopolística, ou seja, passível de gerar barreiras ao mercado, deve ser apreciada pelo CADE, que analisa se a imposição da mesma pode ser compensatória e sua respectiva justificativa para possível autorização do ato.

---

<sup>179</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 790, p. 11-44, ago. 2001, p. 11.

<sup>180</sup>FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Contrato de distribuição**. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). Tratado de direito empresarial: contratos mercantis. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 130-192, 2016, p. 147.

Como é sabido, a Constituição Federal, ao regulamentar a exploração das atividades econômicas, assegura à iniciativa privada e aos particulares papel primordial. Como lecionado por Ulhoa<sup>181</sup>, o Estado possui uma função supletiva, conforme disposto no artigo 170 da CF<sup>182</sup>, e a sua influência direta à atividade econômica somente é válida em situações que versem sobre a segurança nacional, ou se estiver presente um relevante interesse coletivo, conforme o artigo 173 da Carta Magna.<sup>183</sup> Nesse sentido, amparando a Constituição da República, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos para limitar – tutelar – a liberdade de concorrência, dentre eles, sobreleva-se a atual Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência por meio de preceitos sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Em apertada síntese, diante do já exposto, a Lei nº 12.529/2011, no *caput* do artigo 36, classifica como infrações de ordem econômica, irrelevante a caracterização da culpa, a prática de qualquer ato que (a) limite ou falseie de qualquer forma de prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (b) dominar mercado relevante de bens ou

---

<sup>181</sup>COELHO. Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial: direito da empresa**. 28. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

<sup>182</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional 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”.

<sup>183</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

serviços; (c) aumentar arbitrariamente os lucros (d) exercer de forma abusiva posição dominante.

Dito isso, é necessário enfatizar que o exercício do poder econômico comumente existente nas relações empresariais – estabelecido, em regra, por instrumento contratual – é permitido. O que o Direito coíbe, ao determinar, por exemplo, o extenso rol de incisos no artigo supracitado, é o abuso desse poder, ou seja, a prática de atos que podem vir a ameaçar a livre iniciativa ou a concorrência.

A doutrina brasileira que versa sobre o assunto classifica tais práticas em três vias distintas, todavia convergentes, quais sejam: o abuso de posição dominante; a formação de concentrações e a elaboração de acordos (verticais ou horizontais).

Configuram-se atos de concentração, conforme o artigo 90 da Lei nº 12.529/2011<sup>184</sup>, as fusões de duas ou mais empresas anteriormente independentes; as aquisições de controle ou de partes de uma ou mais empresas por outras; as incorporações de uma ou mais empresas por outras; ou, ainda, a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* entre duas ou mais empresas.

A determinação da validade desses atos cabe ao CADE, sendo necessária prévia e obrigatória notificação à autarquia. Ressalta-se que ante a estipulação dos atos de concentração em contratos, os agentes econômicos devem possuir prévia aprovação do órgão administrativo. Ou seja, hipoteticamente, tais atos não poderão ser consumados antes de apreciados pelo Conselho, preservando-se as condições de concorrência entre as empresas envolvidas. A autarquia, em no máximo 240 dias, conforme artigo 88, § 2º, da Lei nº 12.529/2011<sup>185</sup>, emitirá decisão final pela aprovação, com restrições (quando há imposição ou negociação de medidas) ou sem restrições, ou pela reprovação da operação.

---

<sup>184</sup>Lei nº 12.529/11. Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”.

<sup>185</sup>Lei nº 12.529/11. Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: [...]

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

Dentre os possíveis atos analisados pelo CADE encontra-se o exercício da posição dominante, estando este diretamente relacionado ao conceito de monopólio, seja ele de território, seja ele financeiro. O sentido proposto pela Lei antitruste, ao considerar infração a formação de posição dominante, se dá quando essa refere-se a questões entre marcas. Nesse sentido, configura-se domínio de mercado quando somente uma empresa detém poderes em determinado campo, aumentando preços, neutralizando forças normais de mercado, impondo limitações ao consumidor. A autarquia, ao considerar infração de determinada prática, proferiu em processo administrativo que:

[...] dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência.<sup>186</sup>

Ao mencionar-se exclusão da concorrência em determinado mercado, salienta-se que em cada caso de possível violação da concorrência, há um mercado em específico que se intitula de “Mercado Relevante”. É por meio da análise deste mercado relevante, nas suas dimensões do produto ou serviço e geográfica, que se estabelece a zona de atuação do órgão administrativo fiscalizador, garantindo assim, que a autarquia reprimirá somente o abuso, e não o uso da posição dominante.

Ressalta-se que uma empresa detém uma posição dominante num dado mercado quando dispõe de um poder que lhe permite comportar-se independentemente dos seus concorrentes, dos seus fornecedores e dos seus clientes. Isto é, quando a empresa ocupa uma posição no mercado de tal relevância que, sempre que toma decisões em termos de política comercial, não precisa de se preocupar com a reação dos outros agentes económicos. Posição que pode existir fruto das suas próprias características (quota de mercado, capacidade financeira ou integração vertical) e/ou das características do mercado (barreiras à entrada ou expansão, efeitos de rede ou legislação).

Entende-se que a empresa não faz uso, mas abusa da posição dominante de que dispõe quando leva a cabo comportamentos suscetíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido, tendo como consequência impedir, através de

---

<sup>186</sup>MALARD, Neide Terezinha. Processo Administrativo n. 31 (Fiat x. Transauto) julgado em 06 out. 1993. **Revista do Ibrac**, São Paulo, v. 02, n. 01, fev. 1995, p. 84.

meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência.

A Portaria Conjunta da Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, ao apresentar o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, conceitua mercado relevante como:

[...] menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno, porém significativo e não transitório’ aumento de preços.<sup>187</sup>

Do examinado, extrai-se que a avaliação dos impactos anticoncorrencias de um determinado ato – e, portanto, de sua ilicitude – depende da justificativa e da influência do mesmo no mercado. Nesse sentido, o Regulamento (CE) Nº 1/2003 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81 e 82 do Tratado sobre o funcionamento da Concorrência na União Europeia, exprime importante consideração. Extrai-se das palavras da Autoridade da Concorrência <sup>188</sup> que:

A jurisprudência dos tribunais da União Europeia entende que uma empresa em posição dominante detém uma especial responsabilidade no seu relacionamento com os outros agentes económicos. Assim, um determinado comportamento adotado por uma empresa sem posição dominante pode ser irrelevante à luz das regras da concorrência mas o mesmo comportamento, se adotado por uma empresa em posição dominante, pode configurar um ilícito se, por exemplo, levar à exclusão de concorrentes do mercado.<sup>189</sup>

Ressalta-se que a Constituição Federal determina inconstitucional, via de regra, qualquer interpretação dos textos legais que retire dos agentes econômicos a liberdade

<sup>187</sup>BRASIL. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01 agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, nº 158-E, de 17 ago. 2001, seção 01, p. 12-15.

<sup>188</sup> Criada pelo DL 10-2003 de 18/01/2003, a AdC é uma pessoa colectiva de direito público, de natureza institucional, dotada de património próprio e de autonomia administrativa e financeira. **Diário da República**, 1.ª série — N.º 157. 18 de agosto de 2014 Disponível em: < [http://www.concorrenca.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Nacional/D.L.%20n125-2014%20-%20Estatutos%20da%20AdC.PDF](http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/D.L.%20n125-2014%20-%20Estatutos%20da%20AdC.PDF)> acesso em: 23 de junho de 2017.

<sup>189</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 1/2003, de 16 de dezembro de 2002. **Jornal Oficial nº L 001** de 04/01/2003 p. 0001 – 0025. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001>> acesso em: 23 de jun. de 2017.



de contratar, de empreender, de buscar lucro, de lutar por posição no mercado. Partindo desse pressuposto, somente se configura violação à livre iniciativa e à concorrência quando comprovados os efeitos negativos de uma conduta. Tornando-se, assim, obrigatório ao CADE o exame das condições do mercado específico, já que a definida prática julgada restritiva em determinada área em outro mercado relevante pode ser considerada lícita, a depender dos efeitos que ela pode ou não gerar aos agentes lá estabelecidos.

Paula Forgioni define mercado relevante como “aquele em que se travam as relações de concorrência, ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”<sup>190</sup>. A doutrinadora acrescenta que, sem o delimitar, é inviável determinar a incidência de qualquer uma das hipóteses elencadas no artigo 36 da Lei nº 12.529/11. Essa delimitação de mercado relevante deve feita em dois níveis distintos, mas não excludentes: geográfico e material.

Entende-se por mercado relevante material aquele que tem como foco central a investigação do produto em si mesmo. Valora-se o comportamento do consumidor e as consequências de suas escolhas, por exemplo, casos em que ele (consumidor) esteja disposto a substituir determinado produto por outro diante do aumento de preços, ou não. Para se delimitar o mercado relevante do produto é preciso verificar se, diante de um determinado ato praticado por uma empresa, resulta a chamada elasticidade cruzada da demanda.

A elasticidade cruzada, em breve síntese, mede a variação percentual na quantidade demandada de um bem dado uma variação percentual no preço de outro bem substituto, ou seja, de quanto seria o aumento na quantidade demandada de determinado produto se houvesse um aumento no preço de um semelhante e concorrente. Pode-se exemplificar tal situação quando considerado o aumento hipotético de preços de determinado produto, resulta na busca do consumidor por outro produto semelhante, migrando para outro mercado relevante. Nesse sentido, Vania Maria de Paula Lima, aduz que o “mercado relevante material (ou de produto) é aquele em que o agente enfrenta a concorrência, considerando o bem ou produto que oferece”.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup>FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 241.

<sup>191</sup>LIMA, Vania Maria de Paula. Elementos de Direito da Concorrência: definição de mercado relevante e concentração econômica. **Revista Jurídica da Faminas**, v. 04, n. 02, ago./dez. 2008, p. 45.

Por outro lado, em apertada síntese, o mercado relevante geográfico pode ser definido como uma área restrita em que ocorre a concorrência relacionada a alguma prática comercial significativa. Elucida-se tal conceito ao analisar o entendimento do CADE no Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04. Nesse processo, a autarquia decidiu por culpabilizar determinada ação de um agente econômico por restringir um mercado relevante, configurando-se, assim, prática abusiva de restrição da concorrência<sup>192</sup>.

A decisão que leva determinado agente econômico a optar por praticar atos restritivos ao mercado é amparada pelos estudos de determinado mercado relevante. Em consonância ao artigo 36 da Lei antitruste<sup>193</sup>, a resolução nº 20, de 09 de junho de 1999 do CADE, apresenta, em seu anexo I, as definições e as classificações das condutas anticompetitivas, sendo estas verticais ou horizontais, vejamos:

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante.<sup>194</sup>

Do mesmo modo, o referido anexo conceitua as práticas restritivas verticais como:

Restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado ("de origem") sobre mercados relacionados

<sup>192</sup>CADE. **Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04** - no caso a Telemar Norte Leste S/A, por abuso de posição dominante no mercado de telecomunicações. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO\\_P27TZb287t6FyKxmleAun2mzyRAREE1iH59-4EEbj5kxudiMcReQYAgC2744I3cCQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun2mzyRAREE1iH59-4EEbj5kxudiMcReQYAgC2744I3cCQ)>. Acesso em: 17 jun. 2017. “A conduta anticompetitiva ocorreu no início dos anos 2000, quando a Telemar era detentora de mais de 90% do mercado de telefonia fixa na Região I do Plano Geral de Outorgas – que corresponde aos estados de RJ, MG, ES, BA, SE, AL, PE, PB, RN, CE, PI, MA, PA, AP, AM e RR”.

<sup>193</sup>Lei nº 12.529/11 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

<sup>194</sup>BRASIL. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. **Diário Oficial da União**, 28 jun. 1999.

verticalmente – a "montante" ou a "jusante" – ao longo da cadeia produtiva (mercado "alvo"). As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.<sup>195</sup>

Corroborando com tal definição, Jorge Fagundes define:

As práticas restritivas, ou anticompetitivas, verticais são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços - ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores às suas na cadeia de produção. Nesses casos, as empresas vendedoras (compradoras) tentam impor, às firmas compradoras (vendedoras) – ou eventualmente ao usuário final, se não for uma empresa - de seus produtos ou serviços, determinadas restrições sobre o funcionamento normal de seus negócios, que podem trazer prejuízos à livre concorrência.<sup>196</sup>

Em síntese, no mundo dos grandes negócios, a livre concorrência faz parte de toda a atividade empresarial, apresentando-se como um eminente fator para o crescimento da economia do mercado, bem como do princípio da ordem econômica e financeira do país. Interessa, portanto, ao presente trabalho atenção às condutas verticais mais comumente adotadas, que determinam exclusividades, restrições sobre preços de revenda, vendas casadas, discriminação de preços, delimitação territorial, visando garantir determinado crescimento.

Nessa perspectiva, a estipulação da cláusula de exclusividade em contratos, no âmbito do Direito Concorrencial, pode ser vista como formação de um acordo vertical, que permite às partes contratantes a adoção de práticas para restringir a concorrência em determinado mercado relevante – geográfico e material. De acordo com Paula Forgioni, utiliza-se o “termo ‘exclusividade’ para denominar vasto leque de obrigações que

---

<sup>195</sup>BRASIL. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. **Diário Oficial da União**, 28 jun. 1999.

<sup>196</sup>FAGUNDES, Jorge. **Restrições Verticais: Efeitos Anticompetitivos e Eficiências**. Disponível em: <[http://www.faestudos.com.br/admin/download/artigos/Restricoes\\_Verticais\(IBRAC\).pdf](http://www.faestudos.com.br/admin/download/artigos/Restricoes_Verticais(IBRAC).pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

podem tocar, tanto aos fabricantes, quanto aos distribuidores, de forma que a mesma palavra é empregada para designar veios contratos diversos”<sup>197</sup>.

As cláusulas de exclusividade, em regra, são inseridas naquilo que Humberto Theodoro Jr. define como “Contratos DA Distribuição” (distribuição, franquia, agência ou representação comercial)<sup>198</sup>. Contratos esses celebrados entre agentes econômicos que atuam em posições diversas da mesma cadeia de comercialização, limitando a liberdade uns dos outros<sup>199</sup>.

A divisão territorial do mercado é uma restrição vertical cujo principal objetivo dos agentes que a estipulam é atenuar a concorrência. Cabe fazer menção à diferença entre divisão territorial e reclusão territorial, atentando-se que na primeira delas há uma demarcação da área de atuação aos agentes econômicos, discriminando uma divisão do mercado.

Por outro lado, a segunda, ou seja, a reclusão territorial, é vista como uma restrição que veda determinada parte a operar além daquele limite. A reclusão nada mais é que a exclusividade territorial em que o produtor/comerciante/agente econômico fica adstrito a operar em áreas geográficas previamente determinadas. Podendo, quando observada a aplicação destas intramarcas, configurar situação de monopólio<sup>200</sup>.

Essa reclusão imposta pela cláusula de exclusividade territorial pode resultar em vários monopólios privados. O CADE somente pode considerar abusivos tais acordos verticais firmados entre as partes nos casos em que se configura violação dos critérios básicos elencados para correta análise de práticas restritivas. Tais critérios estão igualmente dispostos no anexo II da resolução, que em seu texto preliminarmente determina:

---

<sup>197</sup>FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 251.

<sup>198</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 790, p. 11-44, ago. 2001, p. 12.

<sup>199</sup>FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 358.

<sup>200</sup>REQUIÃO, Rubens. Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 04, dez. 2010, p. 660. “Não é, pois demais repisar que esse monopólio privado possui dupla direção e sentido: de um lado protege o franquiado ou concessionário que atua como único vendedor, que dispõe, em seu benefício, da fonte produtora, ao mesmo tempo em que beneficia o franquidor ou concedente, que tem a segurança de que o vendedor atua, pela sua organização e especialidade, na venda e promoção de seus produtos, zelando pela excelência de sua marca, essencial para a luta da competição”.

O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à *concorrência*, e não apenas a concorrente(s), em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica. Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições *necessárias*, mas não *suficientes*, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los *vis-à-vis* seus possíveis benefícios ("eficiências") compensatórios.<sup>201</sup>

Uma vez que a concorrência intramarcas é limitada (para não dizer eliminada), não havendo espaço para disputa de clientela, pode haver o fechamento do mercado, ocasionando aumento de preços para os consumidores e, em contrapartida, aumento de lucro para os agentes acordantes. Por outro lado, deve o órgão administrativo ponderar, ao tecer suas considerações sobre a prática, que a redução do grau de concorrência intramarcas pode fomentar o crescimento das disputas entre marcas, situação essa que também deve ser repreendida caso for considerada ilícita.

Frisa-se, a exemplo dos Contratos de *Franchising*, que não se faz necessária existência de relação direta de concorrência entre os agentes de mercado para considerar o ato praticado como infração de ordem econômica e o dito acordo vertical recair no âmbito de aplicação da Lei antitruste. A referida Lei disciplina também a concorrência entre não concorrentes, ou seja, acordos entre empresas não concorrentes em restrição de concorrência, como no caso de franqueador & franqueado, ou unidade franqueada & unidade franqueada.

Quanto ao acordo referente a instituição da cláusula de exclusividade territorial em contrato, quanto maior o grau de proteção territorial acordado entre as partes, mais abrangente será o conteúdo da disposição contratual. Diante dessa premissa, as autoras Areeda e Kaplow, *apud* Forgioni, apresentam o conceito de cláusula de exclusividade territorial da seguinte forma:

O que chamamos de "exclusividade territorial" pode ser traduzido para o inglês como "*territorial limitation*", um expediente que lança mão o fabricante para evitar que seus distribuidores concorram entre si, assegurando-lhes áreas exclusivas de atuação. [...] Esse tipo de exclusividade toca mais de perto a divisão de mercado entre os distribuidores, estando

---

<sup>201</sup>BRASIL. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. **Diário Oficial da União**, 28 jun. 1999.

relacionada à concorrência intramarca. Por ela, os distribuidores têm suas atividades confinadas a uma área, onde não atuarão outros da mesma rede.<sup>202</sup>

O conceito apresentado trata a cláusula de exclusividade como uma imposição, advinda diante da necessidade de limitação territorial. Nesse sentido, para determinar sua licitude num contrato, mesmo que dependente de Lei e de pareceres da autarquia fiscalizadora da defesa econômica, cabe considerar que tal exclusividade pode ser observada como um direito do agente econômico de ser o único a comercializar o produto em determinada área ou em relação a determinados consumidores.

Nessa lógica, a cláusula de exclusividade territorial não deve ser considerada uma cláusula ilícita ao contrato somente *per se*, já que a análise do caso concreto se faz amplamente necessária, isto é, utilizando-se a regra da razão. A título de diferenciação entre as regras *per se* e da razão, o professor Buchain expõe que:

Segundo a regra da ilegalidade *per se*, alguns tipos de conduta - tais como algumas espécies de acordos entre concorrentes - são consideradas ilícitas, independentemente do contexto em que forem praticadas, ou mesmo dos efeitos obtidos, sejam eles danosos ou benéficos à concorrência. [...] Já em relação às práticas sujeitas à regra da razão, o acusado é admitido a demonstrar que tais práticas geram ganhos de eficiência e que os danos à concorrência são mínimos. Sob esse prisma, a prática somente é considerada ilícita na medida em que configura uma restrição *não razoável* (ou *desarrazoada*) à concorrência.<sup>203</sup>

Dentre suas características, a cláusula de exclusividade territorial é considerada um pacto assessorio, necessariamente vinculado a um contrato principal. Tais contratos, via de regra, são mistos e de colaboração entre as partes, devendo perdurar no tempo. É uma cláusula que apresenta um duplo caráter econômico ao viabilizar aos acordantes a possibilidade de eliminar a concorrência e, em contrapartida, facilita o agente econômico por si a manter-se em posição privilegiada em face de eventuais concorrentes. Por fim, ressalta-se que ela não pode ser considerada ilícita *per se*, ela só e somente configura-se ato contra à ordem econômica, violando a Lei antitruste e aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, quando injustificada sua aplicação.

Nesse sentido, o renomado autor Túlio Ascarelli leciona:

---

<sup>202</sup>FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 251.

<sup>203</sup>BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 09, n. 01, jan. 2014, p. 236.

[...] que sendo necessária, fora as hipóteses em que é legalmente disciplinada, uma cláusula de exclusividade deve conter-se nos limites convencionados, sua justificativa fundada em interesses socialmente apreciáveis, enfatizando que a liberdade de contratar sempre deve ser respeitada observando um planejamento da economia e interesses privados.<sup>204</sup>

É inevitável, seguindo tal lógica, fazer considerações quanto a sua influência no mercado. A Lei antitruste, quando erroneamente aplicada, pode criar obstáculos ao desenvolvimento do mercado, demonstrando assim a necessidade do legislador, ao aplicá-la, flexibilizar o texto normativo da Lei. A flexibilização decorre ao atentar-se aos contextos econômicos e sociais no qual serão destinadas as regras concorrências a operar. Há práticas de exclusividade, sobretudo nos Contratos de *Franchising*, que mesmo restritivas à concorrência trazem benefícios ao sistema.

A exclusividade territorial pode ser estipulada pelos contratantes em três diferentes níveis: pode ser uma cláusula de territorialidade simples, pode ser semi-exclusiva (reforçada) ou de exclusividade absoluta. Tem-se uma cláusula de exclusividade territorial simples (sem monopólio) se for estipulada entre as partes que, em determinado território geográfico, acontecerão as vendas sem impedir que outros representantes/comerciantes da mesma marca atuem na mesma área.

A segunda delas, que diverge doutrinariamente na denominação entre cláusula territorial semi-exclusiva ou reforçada, diz, novamente atendo-se ao exemplo do Sistema de *Franchising*, que cada franqueador se obriga, perante o franqueado, a não ultrapassar os limites estipulados em contrato.

Já a última delas, denominada cláusula territorial de exclusividade absoluta, surge quando há uma forte imposição pela parte dominante da relação. Nesse sentido, caberia ao franqueador (posição de superioridade no negócio) a obrigação de assegurar ao franqueado o domínio absoluto do território, área, espaço geográfico, sem que o franqueado enfrente a concorrência intramarca.

É possível diferenciar a semi-exclusividade da exclusividade absoluta quando se observa que essa se desmembra em obrigações bilaterais, ou seja, uma das partes celebrante do contrato, leia-se, franqueado, exerce sua atividade com exclusividade,

---

<sup>204</sup>ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**: lezioni di diritto industriale. Milano: Dott A. Giuffrè, 1960, p. 91.

diante da obrigação do franqueador de lhe dar garantias disso. Enquanto a semi-exclusiva configura-se como uma espécie de preferência concedida pela parte dominante a outra parte da relação, nesse sentido pensando o Contrato de *Franchising*, por meio de tal concessão, vislumbra-se somente a obrigação do franqueado ao franqueador.

Corroborando com tal diferenciação, o autor Rubens Requião as divide e as intitula como cláusulas de exclusividade relativa e absoluta:

“Ultimamente se tem verificado uma reação das empresas industriais ao instituto da exclusividade. De fato, a exclusividade é a fonte de inúmeros inconvenientes para o concedente, pois deve ele zelar pela harmonia e disciplina das atividades dos concessionários que formam a rede de distribuição e revenda de seus produtos, a fim de impedir que um invada a área de exclusividade do outro. Por outro lado, o concedente para evitar a queda da atividade da concessionária ou seu acomodamento à rotina, que o monopólio pode acarretar, se reserva a faculdade de nomear mais de um concessionário na mesma área, de forma a estabelecer entre eles, dentro do sistema da concessão, uma sadia competição. A esse tipo de exclusividade pretendemos denominar de exclusividade relativa, contrapondo-a à exclusividade-absoluta, que seria a que assegura ao concessionário o domínio absoluto de sua área, zona ou território sem qualquer outro competidor a serviço do concedente”<sup>205</sup>.

Cabe ressaltar que a divisão pela cláusula de exclusividade territorial absoluta implica uma restrição à concorrência, mas que se justificaria na medida em que permite condições ao investidor (em regra, parte de menor poder na relação contratual firmada) de recuperar os elevados investimentos que assume ao fechar o negócio com a parte dominante. Nesse sentido, Forgioni enfatiza que a estipulação de cláusulas de exclusividade implica em ganhos (ou possibilidade de ganhos) para ambas as partes e, caso assim não o fosse, não teriam as partes estipulado tal cláusula.<sup>206</sup>

Observa-se com o exposto que há aqueles que sustentam que a celebração de acordo vertical, formando limitação territorial (de zona), trata-se de ato de restrição à concorrência, enquanto outros afirmam se tratar de instrumento organizacional do mercado. Conclui-se essa perspectiva com os ensinamentos de Tânia Bahia:

Os objetivos da cláusula, apontados como válidos pela doutrina nacional [...] são pragmáticos e amplos. A pretensão a ser perseguida deve ser a de organizar o mercado em termos econômicos, atendendo ao consumidor e

<sup>205</sup>REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). Paraná, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 15, 1972, p. 224.

<sup>206</sup>FORGIONI, Paula A. **Contrato de distribuição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 254.



oferendo, na maioria das vezes, a excelência de uma marca que concorre no mercado.<sup>207</sup>

O fato é que, no Brasil, não há uniformidade de orientações, sejam elas advindas do órgão administrativo de defesa da economia, sejam advindas do Poder Judiciário. Isto é, independente do CADE e dos Tribunais fixarem posição em um ou em outro sentido, é inegável que, oriunda de um acordo, a estipulação da cláusula de exclusividade territorial é compatível com o princípio da liberdade das partes contratarem e com o princípio da livre concorrência.

Aliás, não se pode deixar de considerar que as empresas estão cada vez mais envolvidas no ambiente globalmente complexo de negócios, em que a competitividade está relacionada não só à qualidade de preços, como também às responsabilidades pela sua política operacional no mercado. Nesse sentido, Tânia Bahia complementa que não pode se deixar de vislumbrar a exclusividade como um fenômeno decorrente das transformações econômicas e sociais impostas pelo mercado<sup>208</sup>.

Finaliza-se tal sessão afirmando que a análise da implementação de tais cláusulas, suas vantagens e suas desvantagens e o entendimento dos Tribunais e do CADE quanto a sua licitude no Contrato de *Franchising* procede o estudo do mercado do *Franchising* brasileiro. Conforme demonstrado, é por meio da delimitação do mercado relevante em questão e das relações estabelecidas dentro dele que se pode, por fim, avaliar se alguma cláusula fere ou não os limites impostos pelo Direito da Concorrência quando aplicada no sistema de *Franchising*.

#### 2.4. Panorama Econômico das Franquias no Brasil

É inconcusso que nos últimos anos o Brasil vem enfrentando um período de crise. Crise essa que não afeta somente os setores econômicos, porém, sobretudo, os políticos. Assevera-se, inclusive, que o desequilíbrio econômico vivido no país é advindo da crise de representatividade governamental. Passando por todas as classes sociais, desde aquelas com menor poder aquisitivo, aos grandes empresários, observa-se

---

<sup>207</sup>SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A cláusula de exclusividade nos contratos empresariais. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 804, p. 60-71, out. 2002, p. 62.

<sup>208</sup>Ibid, p. 70.

a ausência de confiança para com o Estado brasileiro. Desconfiança essa que acarreta em ponderações de investimentos, ocasionando *déficit* nos mercados, reservas de capital, ou seja, estado de alerta.

Esse estado acautelado é perceptível na economia, na medida que se pode observar nas ruas e nas mídias sociais diversos manifestos expressando as preocupações de toda a parcela da população que depende do seu próprio trabalho para garantir seu sustento, sejam empregados, sejam empresários. Comprova-se a alegação ao analisar diversos indicadores econômicos brasileiros, dentre eles o Indicador de Incerteza da Economia (IIE-Br) da Fundação Getúlio Vargas (FGV)<sup>209</sup>.

A preocupação com a atual situação econômica enfrentada faz com que os empresários adiem investimentos e novos empreendedores aguardem momentos menos incertos para iniciar seus projetos. No entanto, como analisado, na atual conjuntura econômico-social em que se encontra o Brasil, as franquias, que são modelos de negócios já aprovados pelo público, mostram-se excelentes alternativas, por apresentar-se seguras financeiramente, resultando na observância do considerável espaço adquirido pelo sistema no contexto empresarial dos últimos anos.

Deve-se ressaltar que o processo de interdependência econômica do mundo contemporâneo impõe grandes desafios às empresas que buscam se manter competitivas no mercado. Neste contexto, insere-se a realidade do empresariado brasileiro, que dispõe de duas opções básicas ao ensejar entrar no mercado: a abertura de um negócio próprio (correndo riscos financeiros ligados as fases de planejamento, de implantação e de operação do negócio); ou buscar se associar a um sistema como o de *Franchising*.

A principal motivação do empreendedor em ascensão a optar por associar-se a um sistema como o de *Franchising* é o crescimento promissor deste ramo no país. Ano após ano, o negócio em questão apresenta índices econômicos superiores em comparação a outros tipos de negócios. Segundo dados da Associação Brasileira de *Franchising*, no ano de 2015, o mercado de franquias atingiu o crescimento de mais de

---

<sup>209</sup>FGV IBRE. **FGV publica primeiros resultados do Indicador de Incerteza da Economia Brasil.** Disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=4028818B379EFC9401379F218DFB10E8&contentId=8A7C82C557E5111F0158E2FD1A8428BA>>. Acesso em: 17 jun. 2017. “A Fundação Getúlio Vargas, por intermédio do Instituto Brasileiro de Economia, lança este mês o *Indicador de Incerteza da Economia Brasil* composto por três medidas: *i*) a primeira, IIE-Br-Mídia, é baseada na frequência de notícias com menção à incerteza; *ii*) a segunda, IIE-Br-Expectativa, é construída a partir das dispersões das previsões de empresas para a taxa de câmbio e para o IPCA; e *iii*) o último componente é baseado na volatilidade do mercado financeiro, o IIE-Br Mercado. Essas três medidas, em conjunto, minimizam os impactos que cada fator isoladamente pode ter no indicador final”.

8,3% em comparação ao mesmo período no ano anterior, com um faturamento estimado de R\$ 139,59 bilhões. Em 2016, ano que marcou os 30 anos de criação da ABF, o setor manteve-se em crescimento, novamente atingindo a casa dos 8,3% apontando R\$ 151,2 bilhões de faturamento<sup>210</sup>.

As projeções para 2017 não são diferentes, verifica-se tal estimativa ao folhear a pesquisa de desempenho do setor disponibilizada pela ABF relativa ao primeiro semestre de 2017, identificando que o sistema de redes franqueadas cresceu 9,4% em relação ao mesmo período do ano anterior<sup>211</sup>.

Da mesma forma, vislumbra-se grande crescimento na formação de unidades desse tipo de negócio. Em 1986, no Brasil, existiam apenas 9.491 franquias; em 1991 haviam 37.080 unidades franqueadas; em 2001 o número era de 51.000; em 2011 haviam 93.098 franquias. Em 2015, foram contabilizadas 138.343 unidades e em 2016, 142.593 unidades.<sup>212</sup> São Paulo e Rio de Janeiro são os estados que contêm o maior número de unidades, seguidos por Minas Gerais e Paraná.

O aumento nos índices de desemprego e a diminuição do Produto Interno Bruto (PIB)<sup>213</sup> fazem recordar as dificuldades que o país tem enfrentado. Externalizando tais fatos, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostra, em sua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad), que a taxa de desemprego se fixou em 13,7% no primeiro trimestre do ano, encerrado em abril de 2017. Configurando-se a maior taxa de desocupação desde 2012<sup>214</sup>.

Em contrapartida a esses resultados, adentrando no conteúdo apresentado nos anuários da Associação Brasileira de *Franchising*, mister apontar a influência que este tipo de negócio tem na geração de empregos no Brasil. É de suma importância para o presente trabalho frisar que as franquias mantêm um alto nível de empregabilidade no mercado, empregando no ano de 2016 1.192.495 milhões de brasileiros. No ano de

---

<sup>210</sup>ABF. **Relatório do Desempenho do Franchising em 2016**. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Desempenho-do-Franchising-2016-Internacionalizacao.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017, p. 14.

<sup>211</sup>Ibid, p. 15.

<sup>212</sup>Ibid, p.16.

<sup>213</sup> “é valor agregado, depurado das transações intermediárias e medido a preços de mercado, de todos os bens e serviços finais produzidos dentro do território econômico do país sob consideração” ROSSETI, José Paschoal. **Contabilidade Nacional: uma abordagem introdutória**. São Paulo, Atlas, 1979. p.16

<sup>214</sup>IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa\\_resultados.php?id\\_pesquisa=149](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

2015, o número de brasileiros empregados foi de 1.189.758, em 2014 eram 1.096.859, dessarte enfatiza-se que, nos últimos três anos, neste setor houve um aumento de mais de 90 mil novos postos de trabalho<sup>215</sup>.

Quanto a internacionalização do setor, em 2016, 138 redes de franquias brasileiras atuavam/atuam no exterior para 80 países diferentes, tendo Estados Unidos, Paraguai e Portugal o maior número de operações realizadas por empresas franqueadas brasileiras<sup>216</sup>. Já no Brasil, operam 161 redes de franquias estrangeiras, sendo 30% no setor de alimentação, seguindo por 19% pela indústria e comércio de moda<sup>217</sup>. Os Estados Unidos detêm 42,9% de tais marcas, seguido por Portugal com 9,9%<sup>218</sup>.

O presidente da ABF, Altino Cristofolletti Junior, em palestra sobre o “Panorama das Franquias no Atual Cenário Econômico Brasileiro e o Papel da ABF”, durante a reunião do Conselho Empresarial de *Franchising* da Associação Comercial do Rio de Janeiro – ACRio, expôs:

[...] o franchising brasileiro enfrentou com muito profissionalismo e dedicação o desafiador cenário econômico brasileiro e, com isso, preservou suas operações. Atribuímos este desempenho à preparação que o setor vem adotando desde 2012, à busca incessante por eficiência e novos mercados e a ações para atrair um consumidor ainda retraído. Além disso, a operação em rede foi mais importante do que nunca, favorecendo a renegociação de custos, a troca de experiências e o desenvolvimento conjunto de novas estratégias.<sup>219</sup>

Dentre os motivos pelos quais as franquias se destacam, mesmo em tempos de crise, deve-se graças à atuação em rede do setor, ou seja, a franqueadora tem um maior poder ao negociar com fornecedores, conquistando menores custos e maiores prazos para pagamentos. Isso resulta em produtos e serviços com preços mais competitivos e, conseqüentemente, em vendas impulsionadas.

A título de exemplificação, podem ser citados os investimentos em *marketing* e em propaganda. A grande maioria das empresas comuns precisa, ao atravessar períodos de crise, reduzir o capital nessa área, em contrapartida os negócios de *Franchising*,

---

<sup>215</sup>ABF. **Relatório do Desempenho do Franchising em 2016**. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Desempenho-do-Franchising-2016-Internacionalizacao.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017, p. 17.

<sup>216</sup>Ibid., p. 28.

<sup>217</sup>Ibid., p.35.

<sup>218</sup>Ibid., p. 36.

<sup>219</sup>ABF. **Bastidores do Franchising** – Altino Cristofolletti Junior. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3YgmuUzpB5A>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

diante dos diferentes sujeitos de cada relação formada entre franqueador e possíveis franqueados, contam com o fundo de publicidade que é pago por todos os franqueados da rede. Com uma pequena parcela de cada um dos franqueados, a rede possui recursos capazes de continuar divulgando a marca e os seus produtos e serviço.

No processo de tomada de decisão sobre qual setor de franquias o empreendedor deve investir, o uso de instrumentos de pesquisa como as “Sondagens Empresariais”, oferecidas aos franqueadores pelo Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (Ibre/FGV) <sup>220</sup>, estende a possibilidade de observação e de mensuração de diferentes segmentos econômicos, oferecendo elementos para determinadas escolhas no setor privado, com base em informações tempestivas e confiáveis sobre o estado atual da economia e de suas perspectivas de curto prazo. Outrossim, pesquisas como a “Sondagem do Consumidor” igualmente oferecida pelo Ibre/FGV, são de extrema importância ao franqueador para avaliar as tendências de consumo, disponibilidade de renda, capacidade de endividamento das famílias, auxiliando, dessa forma, em decisões de investimento e em crescimento do setor.

Em parceria com a ABF, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), com mesmo intuito de elucidar o futuro investidor, disponibiliza uma cartilha de oportunidades<sup>221</sup>, como também um programa chamado “SEBRAE Franquias”, em que são oferecidos diversos cursos, palestras, *workshops*, aos futuros e aos atuais franqueados. De fato, é sabido que o Sistema de *Franchising* brasileiro se apresenta como um mercado de grande possibilidade de ascensão, com franqueadores visando a aumentar sua produção, além da distribuição de bens e serviços com a finalidade de maximizar lucros, disponibilizando sua rede ao futuro empreendedor que entra no negócio motivado pelas características positivas do sistema.

Ao transitar do viés econômico para o jurídico, salienta-se que é por meio do contrato que se instrumentalizam as operações econômicas que viabilizam tal atividade. O franqueador, inicialmente, lança mão dos seus objetivos por meio da Circular de Oferta, documento necessário ante a celebração do contrato final. Tangente aos

---

<sup>220</sup>FGV IBRE. **O Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D97C0DC27007C>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

<sup>221</sup>SEBRAE. **O sistema de franquia, o franqueado e o franqueador**. Disponível em: <[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS\\_CHRONUS/bds/bds.nsf/d880f7e56a75b8e2232005a1dcdfb7d9/\\$File/7581.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/d880f7e56a75b8e2232005a1dcdfb7d9/$File/7581.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

Contratos de *Franchising*, pode-se, conforme Fran Martins, defini-los como um *standard*<sup>222</sup> de contratos que visam à colaboração entre as partes.

Os contratos permitem aos agentes econômicos pactuantes, no exercício de suas atividades comerciais, que se aliem uns aos outros, praticando atos de colaboração objetivando a eficiência do negócio. Ocasionalmente assim, contratos híbridos que são, por sua natureza, estáveis, e pressupõem a existência de esforços conjuntos das partes que, embora interdependentes e coobrigados, mantêm-se patrimonialmente autônomos e suportam individualmente os riscos da atividade. Refletem, portanto, a expressão de um novo modo de se fazer negócio na prática empresarial. Felizardo Barroso, ao citar o *Franchising* como exemplo de colaboração recíproca, diz:

O *franchising* é apenas mais uma modalidade de distribuição de bens e serviços, só que a mais inteligente e sofisticada de todas elas, tendo em sua substância a conjugação de esforços do franqueador e do franqueado para a consecução de objetivos comuns.<sup>223</sup>

É diante da oportunidade de adentrar em um negócio que visa à segurança das partes, aliada às garantias adquiridas diante do reconhecimento empresarial (marca, *marketing*, clientela) e maior possibilidade de sucesso que o franqueado e o franqueador, pressupondo uma colaboração recíproca em busca da máxima eficiência do contrato celebrado e do negócio implementado, estipulam cláusulas como a de exclusividade territorial absoluta. No entanto, não se deve excluir a possibilidade de, quando for compactuado tal restrição, surgirem situações de discordância contratual, colocando em risco não só o contrato de franquia individualmente pactuado, mas também a própria atividade desenvolvida.

## 2.5. A Cláusula de Territorialidade nos Contratos de *Franchising*

O Contrato de *Franchising* por ser sinalagmático determina que diante de uma prestação há uma contraprestação. Nesse sentido, franqueador e franqueado acordam

---

<sup>222</sup>MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 492.

<sup>223</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising: Modificações à Lei Vigente: Estratégia e Gestão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 219.

determinadas obrigações cuja função principal visa à maximização de lucros e ganhos. Acontece que, como em qualquer relação contratual, determinados interesses podem ser considerados divergentes. A delimitação de território, por exemplo, pode ser positiva ao franqueado, possibilitando maximização de seus lucros e aumento de sua clientela, e indiretamente ao franqueador. Como também, sob enfoque da necessidade de aumento da rede, pode ser prejudicial ao franqueador.

Isto posto, sabe-se que o principal ponto em comum interesse entre franqueador e franqueado é adstrito ao mercado relevante em questão. O fortalecimento comercial de determinado franqueado garante igualmente ganhos ao franqueador. Assim, as partes celebram acordos com cláusulas contratuais que, embora abusivas, podem ser vantajosas para ambas ou uma das partes, como no caso da estipulação da cláusula de exclusividade territorial.

Conforme dito anteriormente<sup>224</sup>, a cláusula de exclusividade territorial, seja relativa, seja absoluta<sup>225</sup>, determina a obrigatoriedade da comercialização de produtos e de serviços pelo franqueado em determinado território, previamente estipulado por ambas partes ou taxativamente decidido pelo franqueador. Sendo vedada a livre comercialização em local externo àquele<sup>226</sup>, sob pena de violação do contrato, salvo se a cláusula territorial for simples, seja, sem configurar “monopólio” de território a unidade da rede franqueada.

Via de regra, a abrangente cláusula de exclusividade territorial é livremente convencionada pelas partes, não sendo obrigatória ao Contrato de *Franchising*, apesar de ser regularmente utilizada na formalização desse instrumento. Enfatiza-se, entretanto, que nos Contratos Internacionais de *Franchising*, quando uma das partes estabelece ponto comercial em outro país, a cláusula de exclusividade territorial absoluta é conteúdo necessário no instrumento contratual, dada atenção à Lei 8.955/94. Nelson

---

<sup>224</sup>Vide páginas 71 a 83 do presente trabalho.

<sup>225</sup>REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). Paraná, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 15, 1972, p. 224

<sup>226</sup>MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo Código Civil de 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 368. “O franqueado não pode fazer televenda - com sistema de entrega direta, salvo se expressamente convencionado. Uma vez delimitado o território, o franqueado não pode atuar fora dele, salvo autorização expressa, importante é salientar as formas já bastante usuais de comércio do tipo televenda com sistema de entrega a domicílio, ou comércio via malote a consumidores localizados fora do mapa estabelecido no contrato. Trata-se de artifício que viola a delimitação do território. Só mediante autorização expressa”.

Abrão corrobora com tal afirmação ao expor decisão da Corte de Justiça da Comunidade Econômica Europeia sobre concessões internacionais<sup>227</sup>.

A Lei nº 8.955/94 prevê, em seu artigo 3º, a obrigatoriedade imposta ao franqueador, na entrega da Circular de Oferta de Franquia, de informar se em relação ao território é garantida a sua exclusividade ou somente a sua preferência. O artigo, em suas alíneas X, a & b<sup>228</sup>, também determina ao franqueador expor as condições de atuação do franqueado, bem como se existe a possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou ainda de realizar exportações. Em concordância, elucida Fábio Ulhoa Coelho:

O capítulo da Circular acerca das obrigações do franqueador e direitos do franqueado deve referir-se, de início, à cláusula da territorialidade, importantíssimo aspecto do relacionamento entre franqueador e franqueado. Os interessados devem ser informados pela COF se a franquia adota o sistema de exclusividade territorial para os franqueados. Claro que, na hipótese de adoção deste sistema, fica vedada a possibilidade de atuação além dos limites do território contratado, porque isso feriria a exclusividade de outros franqueados. A cláusula de territorialidade pode estabelecer, também, não exatamente a exclusividade, mas a simples preferência do franqueado, por meio de sistemas de compensação interna da rede. Nesse caso, a definição das condições de atuação além dos limites do território de cada franqueado devem ser claramente estabelecidas, para que não se lesem os interesses de nenhum dos integrantes da rede.<sup>229</sup>

Sob esta ótica, obrigado fica o franqueador ao entregar a Circular de Oferta de Franquia a cada um dos candidatos a franqueado, de externalizar as previsões sobre o tamanho do território, a capacidade de consumo dos habitantes, o perfil de consumidores ou das sociedades empresárias que serão abastecidas. No intuito de ter estipuladas quais serão as praças de atuação de seus franqueados, bem como quantas unidades franqueadas serão necessárias para atendimento de determinada praça, sendo certo que tal verificação apenas é possível com análise de demanda.

<sup>227</sup>ABRÃO, Nelson. **Da Franquia Comercial (Franchising)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 17.

<sup>228</sup>Lei 8.955/94. 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:

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

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e  
b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações.

<sup>229</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144.



Diante da possibilidade de implementação do Sistema de *Franchising*, deve o empreendedor, ao receber a COF, avaliar as possíveis condições de mercado e se estas são benéficas ao negócio. Afinal, em relação à eficácia comercial, a localização – o ponto – que se desenvolverá a unidade franqueada possui uma influência significativa na rentabilidade dela, tendo em vista o fluxo de pessoas e entorno do estabelecimento. A existência de centros comerciais, universidades, escolas, praças, bancos, ruas e avenidas de grande movimento impactam no número de consumidores, bem como na configuração do perfil do consumidor que frequentará o local. Justificando-se, assim, igualmente, a necessidade de compreensão do conceito de mercado relevante referido na subseção anterior<sup>230</sup>.

No Sistema de *Franchising*, atendo a observação ao enfoque material (de produto), o mercado relevante pode desenvolver-se em diversos possíveis desdobramentos: mercado relevante de serviços (hotelaria, alimentício, combustível, seguros/assistência médica), de produtos (vestiários, franquias de eletrônicos). A escolha pela área de atuação da rede franqueada é aspecto fundamental para a avaliação mercadológica do franqueado, que poderá analisar se a franquia tem potencial para gerar lucros, além do tempo de retorno dos investimentos iniciais.

Analogicamente, em sentido geográfico, o mercado relevante pode ser definido como espaço “delimitado” de território, o qual, conforme Mariani<sup>231</sup>, pode abranger desde *shopping(s) center*, centros comerciais, um ou mais bairros, cidade(s), uma região, um ou vários estados ou até mesmo um país. Ressaltando que, para configurar-se relevante geograficamente, é necessário delimitar a área máxima em que os consumidores estariam dispostos a se locomover na hipótese de um abuso da posição dominante.

Afinal, é por meio da compilação dos dados estudados pelo franqueado, concomitantemente com os índices de mercado expostos por instituições como a FVG, além da grande influência da ABF com seus anuários, feiras e palestras que se desenha uma situação de maior previsibilidade e segurança ao franqueado quando celebrar um contrato que contenha cláusula de exclusividade territorial. O autor Marcus Eduardo Rocca, nesse sentido, expõe que, para o franqueado, a análise estratégica para

---

<sup>230</sup>Vide página 80 do presente trabalho.

<sup>231</sup>MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**: atualizados pelo Código Civil de 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 368.

posicionamento do estabelecimento comercial é imprescindível ao negócio:

Dentre as diversas variáveis que remetem ao desenvolvimento com sucesso ou fracasso de um negócio, seja ele de qualquer natureza, pode-se citar a localização, que tem papel importante, pois uma vez estabelecida, não é fácil de ser modificada. Qualquer alteração, por mais simples, exige tempo considerável, inclui custos relativamente proibitivos, e ainda assim sujeita a risco que, mediante planejamento adequado e análise criteriosa, será minimizado, mas não inteiramente eliminado.<sup>232</sup>

Subsequente a análise de mercado, preenchendo os requisitos impostos dando aceite aos dados apontados na COF, firma-se o pré-contrato, valendo-se de um período de testes<sup>233</sup>. Daí, a generalidade da Circular abre espaço para conjunta discussão e estipulação definitiva do espaço geográfico disponível às partes. Nesse sentido, Carlos José Cordeiro diz:

O objetivo de tal revisão contratual é proteger a vontade das partes, pois viabiliza a manutenção do contrato reequilibrado, permitindo a execução específica das obrigações pactuadas, evitando a resolução em perdas e danos.<sup>234</sup>

Dessa forma, as partes – sobretudo o futuro franqueado – ao estipularem a cláusula de territorialidade, procuram, em justa medida, a garantia da estabilidade de suas relações e a certeza do retorno de seus investimentos, pugnando pela máxima previsibilidade de certas situações. A partir disso, as partes firmam contratos com a finalidade de assegurar o comprometimento de obrigações e de responsabilidades recíprocas, dando devida atenção aos princípios gerais da função social, da boa-fé – recursos que ensejam previsão de obediência ao ordenamento jurídico posto.

Nesse sentido, o professor Diogo Pignataro de Oliveira salienta que o papel do Estado não se finda em somente garantir que as partes tenham liberdade de contratar e de estipular cláusulas restritivas, mas também de oferecer estruturas básicas para que os contratos sejam cumpridos e, caso forem abusivos ao mercado em questão, que possam

---

<sup>232</sup>ROCCA, Marcus Eduardo. **Os Clusters Comerciais e as preferências dos consumidores paulistanos**. São Paulo: USP, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 10.

<sup>233</sup>Vide páginas 48 a 53 do presente trabalho.

<sup>234</sup>CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Revisão Judicial dos contratos como instrumentos de equilíbrio econômico contratual. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 73, p. 125-138, set./out. 2011, p. 127.

ser devidamente represados<sup>235</sup>. Ademais, como já exposto, o Estado tem o dever de atuar como fiscalizador do mercado, coibindo as práticas anticoncorrencias adotadas pelos agentes envolvidos no sistema.

Parte da doutrina entende que a restrição territorial é um benefício ao franqueado, considerando que esse obterá uma consolidação comercial neste local. Ainda, caso o contrato firmado determine a exclusividade absoluta sob o território, visualiza-se a possibilidade de maximização do lucro, diante da não concorrência na comercialização dos produtos. Villela Souto<sup>236</sup> diz que o Contrato de *Franchising* não é um limitador de concorrência, mas um eficaz instrumento de desenvolvimento da economia.

De outra banda, hipoteticamente, ao considerar ilícita a prática de acordos verticais de exclusividade entre franqueador e franqueados, por restringir mercados, afere-se que os mesmos estão ferindo a livre concorrência, configurando-se o ato de infração de ordem econômica, devendo ser avaliado de acordo à Lei antitruste.

Por outro lado, em determinadas ocasiões, o CADE e os Tribunais acabam por considerar que a falta dela pode igualmente gerar danos ao mercado. Prejudicando não somente as partes, como também terceiros, uma vez que duas ou mais unidades franqueadas que atuem no mesmo território, sem que haja demanda para tal, podem prejudicar-se mutuamente, e ao franqueador em relação à margem de vendas.

Diante de tal exposição, insurgem diversos questionamentos sobre como deve ser feita a correta análise dos efeitos da cláusula de exclusividade territorial nos Contratos de *Franchising* levando em consideração o mercado relevante em questão. Outra inquirição que a próxima subseção pretende elucidar diz respeito ao entendimento do órgão administrativo de defesa econômica no sentido de avaliar se estariam franqueadores e franqueados praticando ato que fere à concorrência, e praticando ato de abuso de poder econômico, violando, assim, os princípios da liberdade econômica e de livre concorrência.

Por fim, buscar-se-á elucidar, diante da suposta licitude da estipulação da cláusula de exclusividade territorial no Contrato de *Franchising*, justificada em função

---

<sup>235</sup>OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; MAIA, Vinícius Fernandes Costa. Livre concorrência e cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição de combustíveis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 123-147, jan./abr. 2012, p. 125.

<sup>236</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. A regulamentação do contrato de franquia. **Repertório Iob de Jurisprudência**, São Paulo, 1992, n. 3/6538, p. 43-46.

da liberdade negocial das partes, como os Tribunais têm julgado os litígios insurgentes da violação dessa cláusula pelas partes contratantes.

## 2.6. Cláusula de Exclusividade Territorial nos Tribunais e no âmbito Administrativo de Defesa Econômica

Denota-se, com o exposto, que existem diversas indagações advindas do emprego da cláusula de exclusividade territorial para garantir a eficiência da comercialização de produtos e prestação de serviços, sobretudo ao observar-se a possibilidade de sua caracterização como abuso do poder econômico. Amplamente aplicada nos Contratos de *Franchising*, e objeto passível de litígio entre as partes, justifica-se a necessidade de analisar o entendimento dos Tribunais sobre o assunto, diante da relevância do sistema no cenário econômico brasileiro. Atenta-se que boa parte da jurisprudência encontrada sobre o assunto deriva dos Tribunais da região sudeste do país, ou seja: São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro.

Nesse sentido, recapitula-se que a cláusula de exclusividade territorial, em diferentes níveis de restrição, tem como principal função delimitar a atuação do franqueado em um determinado espaço geográfico, sendo ele obrigado a limitar a comercialização de produtos e a prestação de serviços a um determinado local. Tal estipulação pode ser pré-determinada pelo franqueador ao apresentar a Circular de Oferta de Franquia, ante a celebração do negócio. Como também pode ser objeto de livre estipulação entre as partes, que possuem autonomia negocial para prática de determinado ato.

Em regra, expõe Barroso<sup>237</sup> que nos Contratos de *Franchising* hodiernamente firmados, observa-se que a restrição territorial tem sido tratada como verdadeira cláusula de adesão, uma vez que o franqueado em pouquíssimas situações pode sugerir alterações ao contrato que reflitam sua realidade, devendo aceitar as condições impostas pelo franqueador sendo, entre elas, o território de atuação. Por outro lado, enfatiza-se que, caso for estipulado entre as partes a validade da exclusividade absoluta do franqueado no território, o franqueador não poderá realizar contrato com outro

---

<sup>237</sup>BARROSO, Luiz Felizardo. Representação comercial x franchising. As vantagens da franquia empresarial. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, 2010, p. 261.

franqueado concorrente, ficando adstrito a forma como o franqueado irá se portar diante daquele espaço pré-determinado.

Surgem, assim, diversos interesses conflitantes. O primeiro deles diz respeito à licitude do acordo vertical adotado pelas partes ao estipularem determinada cláusula em contrato, levando em consideração o Mercado Relevante em questão. Embora o Contrato de *Franchising* seja um acordo no qual se caracteriza a dependência econômica entre as partes, mesmo que o legislador brasileiro fundamente sua decisão apenas nos artigos da Lei nº 12.529/2011, não há como tratar esse fato como indesejável ou como sendo uma prática ilícita. Caso a dependência econômica seja mantida nos termos contratados e seja concedida eficiência ao negócio jurídico, a ordem jurídica não deverá intervir.

Para enfrentar o assunto, os Tribunais brasileiros, observando pareceres e resoluções normativas do CADE, têm adotado o posicionamento de que a estipulação da cláusula de exclusividade territorial no Contrato de *Franchising* possui validade, não representando concorrência desleal. Corroborando com tais asserções, ilustra-se o entendimento da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DE PROVAS INÚTEIS. NULIDADE INEXISTENTE. CONTRATO DE ADESÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE LOTERIAS FEDERAIS. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. LEGITIMIDADE. 1. É legítimo o indeferimento de provas inúteis para a solução da controvérsia (art. 130, CPC). 2. Agravo retido não provido. 3. Conquanto se trate de contrato administrativo (L. 8.666/93) de permissão de serviço público (L. 8.987/95), o contrato de adesão para comercialização das loterias federais, na categoria Casa Lotérica, guarda profundas semelhanças com o contrato de franquia empresarial (art. 2º, L. 8.955/94). Precedentes. 4. É legítima a cláusula que impõe aos permissionários a obrigação de prestarem e comercializarem exclusivamente os serviços e produtos autorizados pela CEF, assim como ocorre frequentemente no contrato de franquia empresarial. 5. Não há que se falar em violação do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, eis que a exigência contratual impugnada pela autora (prestação e comercialização exclusiva de serviços e produtos autorizados pela CEF) é admitida inclusive em contratos celebrados entre particulares (contrato de franquia empresarial). 6. Inexiste violação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (arts. 170, IV, e 173, § 4º, CF; art. 20, IV e § 2º, Lei 8.884/94), pois a proibição de comercialização de outros produtos e de prestação de outros serviços resulta das peculiaridades do contrato celebrado com a CEF. 7. Nada obsta que os filiados do autor pleiteiem a revogação administrativa da permissão e passem a executar as outras atividades que lhes interessem, desde que observadas as exigências legais. 8. Tendo em vista as peculiaridades dos contratos em testilha, pode-se afirmar que as restrições questionadas foram impostas em razão e nos limites da função social do contrato, não atentando contra o art. 421 do Código Civil de 2002. 9.

Apelação não provida.<sup>238</sup> (grifo meu)

No entanto, ressalta-se que o Contrato de *Franchising* se desenha dentro de relações empresariais. Neste viés, sabe-se que o escopo de qualquer empresário é a maximização dos seus ganhos, ou seja, caso houver chance e for economicamente vantajoso para uma das partes, essa irá reorganizar-se independentemente da vontade do outro contratante mesmo que para isso afronte à vontade e cause prejuízos a outrem.

Nesse sentido, somente ocorrerá o abuso se essa determinada parte, em regra, o franqueador, adotar uma postura unilateral na qual os ganhos globais do sistema (melhora na eficiência da atividade) não compensem a outra parte (no caso, o franqueado), ou seja, aumenta suas perdas. É o que se pode extrair dos entendimentos da 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo em julgamento do apelo nº 7341349-1 e da apelação nº 22477/02 julgada pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Examina-se a ementa da primeira delas:

FRANQUIA EMPRESARIAL. Ação de repetição de indébito c.c. obrigação de fazer e não fazer e ressarcimento de danos morais e materiais. 1. Franqueadora que permitiu ou viabilizou a venda de seus produtos por grande rede varejista situada no mesmo território exclusivo da unidade franqueada, a preços mais baixos. Fato que inegavelmente resultou em concorrência ruinosa para a franqueada. Cabível a aplicação da multa por infração contratual. 2. Cobrança de taxas em percentuais não previstos contratualmente. De rigor a restituição do excesso, a ser apurado em liquidação por artigos. Recurso parcialmente provido para julgar a ação parcialmente procedente para condenar a ré ao pagamento de multa e a restituir os valores pagos indevidamente pela autora.<sup>239</sup> (grifo meu)

No caso em questão, o Tribunal considerou prática de concorrência desleal da franqueadora, quando do exame dos atos praticados por esta feriram economicamente a unidade franqueada. Vez que a franqueadora permitiu a comercialização dos produtos de sua rede por uma empresa varejista de grande porte, no território considerado exclusivo da autora/franqueada, por preço inferior ao determinado a unidade. Extraí-se, ainda, do presente julgado, importante consideração encontrada no voto do Magistrado *aquo*:

<sup>238</sup>BRASIL. TRF. **Apelação Civil nº 2002.33.00.026597-2**, Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira, julgado em 20.06.2008.

<sup>239</sup>TJSP. **Apelo nº 7341349-1**. Relator: Desembargador Gilberto dos Santos, julgado em 14.05.2009.

[...] é que no caso da franquia, a cláusula de exclusividade territorial é essencial ao bom funcionamento do negócio, pois somente ela é capaz de proteger o empreendimento da concorrência. Ora, já seria no mínimo nociva, para não dizer desleal, a concorrência de uma outra loja franqueada na mesma região onde atua a autora. O que dizer, então, da concorrência de uma grande rede varejista instalada há apenas duzentos metros de distância e vendendo abaixo do preço de custo? O resultado disso é um só: prejuízo.<sup>240</sup>

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em *decision* da Quarta Câmara Cível, considerou que determinada prática adotada pela franqueadora configurou-se como concorrência desleal, já que a mesma resultou na diminuição da eficiência econômica da franqueadora:

FRANQUIA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANOS EMERGENTES. LUCROS CESSANTES. DESCABIMENTO Indenização. Rito comum ordinário. "Franchising". 1. Violação contratual que se acha evidenciada pela prova dos autos e com suporte na prova técnica, autorizando a indenização perseguida em danos emergentes. Exegese do art. 1092, parágrafo único do C.C. 2. Procedimentos diversos, como: ausência de preservação da territorialidade, NÃO ATENDIMENTO A EXCLUSIVIDADE, REALIZAÇÃO DE VENDA PORTA-A-PORTA, CONTRATAÇÃO DE CADEIA DE LOJAS "SLOPER", equívocos sucessivos em campanhas publicitárias e hipóteses conexas, que ultimaram por se reconhecer à violação e o direito indenizatório das Autoras. 3. Violação às normas que regulam o contrato de "franchising". 4. DESLEALDADE CARACTERIZADA, QUANDO ALTERA O SISTEMA DE COMERCIALIZAÇÃO (VENDA PORTA-A-PORTA E NEGOCIAÇÃO DOS PRODUTOS COM GRANDE CADEIA DE LOJAS. 5. Reconhecimento dos danos emergentes, na forma da prova técnica. 6. Em sede de lucros cessantes, forçoso é reconhecer que, mesmo no contrato de franchising, não se podendo prever o lucro nos negócios, vez que insertos na mera expectativa do risco contratual, não qualquer motivação legal e/ou fática para se lhe deferir. 7. Não acolhimento da indenização por lucros cessantes. Sendo reconhecida a violação contratual, em razão de inadimplemento da Ré, não há que se falar em multa contratual, motivo pelo qual improcede a pretensão reconvenicional. 8. Em se acolhendo o pedido de danos emergentes, mas não o de lucros cessantes, há sucumbência recíproca, na forma do art. 21, do CPC, para a ação, mantendo-se a condenação em reconvenção. 9. Impende o acolhimento do Laudo Pericial, já que deu precisa apreciação à matéria em lide, excluindo-se a parte pertinente aos lucros cessantes, frente à tese de direito supramencionada. 10. Negado provimento a ambos os recursos.<sup>241</sup>

No decorrer dos autos, figuram como autoras da ação número x de unidades da

<sup>240</sup>TJSP. Apelo nº 7341349-1. Relator: Desembargador Gilberto dos Santos, julgado em 14.05.2009.

<sup>241</sup>TJRJ. Apelação nº 22477/02. 4ª Câmara Cível Relator: Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho, julgado em 11.02.2003.

rede franqueada, que ajuizaram Ação Ordinária em face da franqueadora, objetivando indenização, pagamento de danos materiais, lucros cessantes e restituição das taxas cobradas mensalmente pela ré. Aduem as autoras que celebraram com a franqueadora, na individualidade de sua unidade, Contratos de *Franchising* para instrumentalizar a adesão ao sistema e tornarem-se parte da rede de franquias “Clarity” de cosméticos. Alegaram as autoras que houve, por parte da franqueadora, violação contratual, uma vez que o cada um dos contratos firmados estipulava delimitação da exclusividade territorial das franqueadas. O ato praticado pela franqueada foi de permitir a revenda dos produtos em lojas de departamento não componentes da rede e pela venda direta dos produtos por revendedores porta-a-porta.

Em sua defesa, a franqueadora afirma que mesmo tendo violado a cláusula de exclusividade nos contratos com as autoras, e ter autorizado a venda de seus produtos porta-a-porta não diminuiu a eficiência econômica das unidades da rede. Dos fatos narrados, decidiu a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar os autos e o laudo econômico apresentado pelas unidades como instrumento probatório, por negar provimento ao apelo da franqueada. Reafirmando, em Segunda Instância, a decisão prolatada em Primeiro Grau.

De outra via, podem franqueador e franqueado igualmente praticar determinados atos e esses não serem considerados abusivos. É o que defende o CADE que, apesar de não ter enfrentado diretamente a questão da viabilidade da cláusula de exclusividade territorial nos Contratos de *Franchising*, já firmou posicionamento em diversos processos administrativos de que as franquias empresariais não violam o direito antitruste, ao contrário, estimulam a concorrência, conforme entendimento da SDE:

No tocante aos efeitos associados à utilização de acordos verticais entre empresas, destaca-se a orientação da autoridade de defesa da concorrência da União Européia, no sentido de que, apesar de certas restrições verticais implicarem efeitos negativos ao mercado, tais como: (i) exclusão de outros fornecedores ou de outros compradores através do aumento das barreiras à entrada; (ii) redução da concorrência intermarcas entre as empresas que operam em um mercado; e (iii) redução da concorrência intramarca entre os distribuidores da mesma marca, o fato é que tais restrições frequentemente produzem efeitos positivos ao mercado, em especial promovendo a concorrência, e melhorando a qualidade de produtos e serviços. De fato é possível imaginar diversos efeitos positivos associados à utilização de acordos verticais, tais como (i) a redução de custos na distribuição, viabilizando economias de escala e escopo e o aumento da competição intermarcas; (ii) impedimento da atuação de free riders; (iii) ao impor uma certa uniformidade e normas de qualidade aos seus distribuidores, o agente



pode promover uma boa imagem da marca e aumentar o interesse do consumidor; e (iv) aumento da possibilidade de entrada em determinado mercado, em razão de permitir o retorno do investimento efetuado.<sup>242</sup>

Em igual sentido, é o que se desprende do entendimento do da 2ª Câmara de Reserva de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Franquia. Alegação de exclusividade da área de atuação. Pleitos de abstenção de instalação da unidade na mesma área, bem como de indenização por danos materiais e morais. Improcedência. Autora que não demonstrou iniciativa na formalização do contrato de franquia. Pré-contrato, de todo modo, que define o bairro Parque dos Príncipes como área de atuação, ao que se interpreta, com direito de exclusividade. Unidade CNA Rio Pequeno que, conforme mapas juntados, não está compreendida na área de atuação da autora. Atuação da autora em área maior que a pactuada que não implica exclusividade. Estudo realizado pela ré que se enquadra em política de expansão de seus negócios, não indicando, portanto, a área efetivamente correspondente à autora. Ausente má-fé na obtenção dos dados e seu repasse a terceiros, ante proposta séria de compra por eles apresentada. Sentença mantida. Recurso desprovido.<sup>243</sup> (grifo meu)

No caso em tela, a franqueada pleiteava abstenção de instalação de outra unidade da franquia na mesma área, afirmando que a posição da mesma feria seu direito de exclusividade. A autora escola de curso de idiomas, unidade de franquias de serviço, era detentora de monopólio do mercado em questão a mais de 16 anos. Sustenta que nesse período, fixou ponto, clientela, reconhecimento diante do local determinado, com qualidade de serviço, sendo exclusivo a ela, sem concorrência. Alega não querer rescisão contratual, apenas almeja que a franqueada cumpra com o determinado quanto a exclusividade territorial estipulada entre as partes.

No entanto, conforme se desprende da análise dos autos, o espaço delimitado em contrato para a atuação da franqueada se estendia por 21 km de área da determinada cidade. Modo que, com o passar dos anos, houve aumento da população e a criação de novos bairros, com a necessidade de expansão de mercado, expondo-se a necessidade de expandir a rede de franquias. Sendo assim, a franqueadora, após relevante estudo geográfico e de mercado, firmou contrato com outras franqueadas que instalaram suas redes 21 km distantes da autora do processo, não configurando concorrência, tampouco

<sup>242</sup>CADE. **Processo Administrativo nº 08012.009912/2005-32.** Parecer da Secretaria de Direito Econômico, julgado em 13.11.2001. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000399301010.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000399301010.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

<sup>243</sup>TJSP. **Apelação nº 1071770-42.2014.8.26.0100.** 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Claudio Godoy, julgado em 13.02.2017.

violando a cláusula de exclusividade territorial. Cumpre destacar que o egrégio Tribunal também determinou que a franqueadora, ao praticar tal ato, não agiu de má-fé, sequer configurando prática de ato de restrição ao livre mercado da franqueada.

Independente do tipo de ato praticado, seja por franqueador, seja por franqueado, desprende-se dos julgados apreciados que os atos, as práticas e os acordos estipulados entre as partes não podem, mesmo devem ser considerados ilícitos *per se*, mesmo que restrinjam à concorrência. Nesse sentido, Ulhoa Coelho tece relevantes ponderações:

As cláusulas contratuais de disciplina da concorrência podem ou não ser válidas, de acordo com uma série de fatores a serem especificadamente analisados. Para a análise, o critério mais relevante é o da preservação do livre mercado. Ou seja, as partes podem disciplinar o exercício da concorrência entre elas, desde que não a eliminem por completo. Em outros termos, a validade da disciplina contratual da concorrência depende da preservação da margem para a competição (ainda que futura) entre contratantes; ou seja, da definição de limites materiais, temporais e espaciais. Em concreto, a vedação não pode dizer respeito a todas as atividades econômicas, nem deixar de possuir delimitações no espaço.<sup>244</sup>

O Jurista brasileiro, ao analisar os casos objeto de litígio, deve pautar suas considerações, modelando sua decisão ao estudo das questões de mercado, de eficiência econômica do negócio, de clientela, de questões geográficas, ou seja, atentar-se aos fatos probatórios do caso concreto. Atenta-se que as infrações de ordem econômica constituem-se independentemente da culpa do agente que a praticou, implicando a responsabilidade à empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente, conforme dispõe os artigos 32 e 33 da lei 12.529/2011<sup>245</sup>.

No intuito de auxiliar o Jurista a determinar se a intenção das partes era realmente de limitar o mercado, ou seja, considerar ilícita a estipulação, configurando-se abuso de poder econômico e ferir a concorrência, o CADE, no anexo II da Resolução 20 de 1999 determina critérios básicos na análise de práticas restritivas. Ressalta-se que a resolução supracitada foi revogada parcialmente pela Resolução nº 45 de 2007, no entanto, mantiveram-se os critérios por ora expostos:

---

<sup>244</sup>COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 237.

<sup>245</sup> Lei 12.529/2011 Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Os passos básicos dessa análise são: 1. Caracterização da conduta 1.1. Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal 1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos. 2. Análise da Posição Dominante 2.1. Delimitação do(s) mercado(s) relevante(s). 2.2. Estimativa das participações no conjunto das empresas no(s) mercado(s) relevante(s). 2.3. Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s) (incluindo condições institucionais). 3 Análise da conduta específica 3.1. Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este(s) (ou outros) mercado(s). 3.2. Exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta. 3.3. Avaliação final (ponderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.<sup>246</sup>

Respondida a primeira indagação de que é permitido às partes que formam o complexo contratual de *Franchising* pactuarem contratos conexos, em que se determine a exclusividade territorial. Concluindo-se que, perante o Direito Concorrencial, em regra, pertinente ao *Franchising*, a adoção dessa prática não configura violação a livre concorrência, exceto quando caracterizado abuso. Porém, conforme o artigo 35<sup>247</sup> da Lei antitruste brasileira, cabe mencionar que mesmo não havendo repressão das infrações da ordem econômica, não se pode excluir possibilidade de punição de outros ilícitos previstos em Lei.

Por outro lado, restringindo-se ao desenvolvimento da atividade empresarial em questão, atendo-se a análise dos atos praticados por franqueador e franqueado perante o Direito Contratual, faz-se necessário observar qual o entendimento dos Tribunais concernente as consequências do não cumprimento da cláusula de exclusividade territorial no desdobrar do negócio jurídico.

Dentre as possíveis controvérsias acerca da cláusula de exclusividade na esfera contratual, ênfase dá-se a questão da determinação do nível de abrangência de sua delimitação. Nos ensinamentos de Nelson Abrão, lembra o autor que ao franqueado é garantida a exclusividade ou a preferência sobre determinado território de atuação e em que condições o faz<sup>248</sup>, devendo ser observada a existência da exclusividade absoluta, da semi-exclusividade ou da cláusula territorial simples. A não atenção a essa divisão, ou seja, a irrelevância designada à essa distinção pode ser objeto de discussões no

<sup>246</sup>BRASIL. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. **Diário Oficial da União**, 28 jun. 1999.

<sup>247</sup> Lei 12.529/2011 Art. 35. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

<sup>248</sup>ABRÃO, Nelson. A Lei da Franquia Empresarial (n. 8.955, de 15.12.1994). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 722, p. 25-39, dez. 1995, p. 32.

Judiciário.

É o que se depreende da análise seguinte ementa, extraída do Voto nº 28.375 relativo as Apelações Cíveis nº 0037104-32.2014.8.26.0100 e 1100670-69.8.26.0100:

CONTRATO DE FRANQUIA – Ações conexas de resolução contratual de ambas as partes julgadas parcialmente procedentes, com a condenação da franqueadora ao pagamento de indenização por danos materiais e morais à franqueada, por suposto inadimplemento culposo – Insurgência da franqueada limitada ao indeferimento de indenização por lucros cessantes – Inconformismo da franqueadora contra causa da resolução e sua condenação ao pagamento de perdas e danos deve prosperar – Inocorrência da alegada violação de cláusula de exclusividade, até porque inexistente esta no contrato – Prova dos autos a demonstrar que a franqueada sim descumpriu a avença ao deixar de pagar royalties e fundo de publicidade e propaganda (FPP) à franqueadora – Resolução do contrato mantida, mas com atribuição à franqueada da culpa pelo ocorrido, com os consectários daí decorrentes – Ações parcialmente procedentes – Recurso da franqueada não provido e recurso da franqueadora parcialmente provido.<sup>249</sup>

O caso em comento versa sobre a não configurada violação da cláusula de exclusividade territorial. Conforme retratam os autos, no contrato estava determinado que o franqueado estava autorizado a estabelecer-se em determinada cidade. Por ser a única unidade franqueada da rede em questão, o franqueador, ao desejar expandir seus negócios, ampliando o seu mercado relevante, cessou negócio para outra franqueada, na mesma localidade, rompendo com direito de exclusividade destinado à primeira franquia.

Cabe ressaltar, ao examinar o caso descrito, que independe de ser bairro, cidade, estado, região ou país, determinada a absoluta exclusividade, qualquer ingerência a isso é ato abusivo ao contrato. Todavia, não é o que se desprende dos documentos acostados aos autos. As informações probatórias expuseram que o contrato era composto pela cláusula de exclusividade territorial relativa, ou seja, semi-exclusividade, aquela em que somente o franqueado tem preferência por determinada área, podendo, a franqueadora, independente da sapiência e da anuência da franqueada, celebrar contrato com outros futuros franqueadores.

Transcreve-se, nesse sentido, o entendimento do Sr. Relator:

“A análise da circular de oferta de franquia e dos instrumentos contratual e

---

<sup>249</sup>TJSP. Processo nº 0037104-32.2014.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Francisco Loureiro, julgado em 24.02.2016.

pré-contratual firmados entre as partes (fls.64/206) não permite concluir pela existência da cláusula de exclusividade territorial apontada pela franqueada. Embora a avença aluda à existência de território e atuação para cada unidade franqueada, em nenhum momento os instrumentos contratuais falam em “exclusividade” no exercício da atividade, pelo contrário, deixam clara a possibilidade de existência de outras unidades franqueadas na mesma localidade, com eventual direito de preferência do franqueado na obtenção de nova unidade, desde que preenchidos certos requisitos (cf. fls. 103).<sup>250</sup>

Não violando a semi-exclusividade da franqueadora, portanto, acordaram os Desembargadores em negar provimento ao apelo do autor e dar parcial provimento ao apelo da ré, parcial na divisão da sucumbência apenas.

Entendimento semelhante pode ser observada no *decision* do Agravo de Instrumento nº 20160020327615AGI pela 4ª Turma Cível do TJDFT:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL. EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL EM TODO O DISTRITO FEDERAL. INEXISTÊNCIA. ABERTURA DE NOVA UNIDADE. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PREFERÊNCIA. NÃO DEMONSTRAÇÃO.

1. Inexistindo o direito de exclusividade da franqueada para abertura de novas unidades da rede em todo o DF, e não havendo nos autos elementos que comprovem ter havido preterição da mesma em relação a novos investidores, deve ser afastada a obrigação imposta à franqueadora para que se abstenha de credenciar novos franqueados. 2. Agravo de instrumento provido.<sup>251</sup> (grifo meu)

Em situação diversa, quando se fala em cláusula de exclusividade absoluta, segundo a qual cada franqueado dispõe de um monopólio de revenda do produto, marca, ou prestação de serviço em seu setor. O mercado relevante ao determinado setor pode compreender uma rua, bairro, vila ou região. É a modalidade de proteção territorial mais adotada nos Contratos De Franquia Empresarial, em que há obrigação do franqueador em garantir a exclusividade ao franqueado e, em contraprestação, há garantia de sucesso do mesmo. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo entendimento da 9ª Câmara Cível afere-se que, quando há violação da exclusividade absoluta acordada entre as partes, cabe danos materiais ao montante de multa por rescisão contratual, é o que se pode observar do julgado abaixo:

<sup>250</sup> TJSP. Processo nº 0037104-32.2014.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Francisco Loureiro, julgado em 24.02.2016

<sup>251</sup>TJDFT. **Agravo de Instrumento nº 20160020327615AGI.** 4ª Turma Cível. Relator: Arnaldo Camanho, julgado em 05.04.2017.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE FRANQUIA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL CARACTERIZADO. INOBSERVÂNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA. PROCEDÊNCIA EM PARTE DA PRETENSÃO. 1.À luz do disposto nos arts. 421 e 422 do Código Civil, não se admite a interpretação dos contratos de forma dissociada da realidade. 2.Viola os deveres decorrentes da boa-fé objetiva a realização de “mega feirão” no centro de cidade de pequeno porte onde estabelecida loja exclusiva franqueada. 3.Danos morais. É possível à pessoa jurídica sofrer dano moral (Súmula 227, do STJ). A ocorrência desse dano é ligada à honra objetiva da empresa, ou seja, ao conceito que ela goza no meio em que atua. Eventual lesão à sua imagem deverá ser comprovada, e não presumida. 4. Danos materiais consubstanciados nos gastos com a aquisição de bens destinados ao exercício da atividade comercial e com a multa rescisória de contrato de locação comercial. Abatimento da quantia proporcional ao tempo de efetivo exercício da atividade, pois considerada investimento e não prejuízo. 5. Sentença reformada em parte e sucumbência redimensionada. APELO PROVIDO EM PARTE.<sup>252</sup> (grifo meu)

Extrai-se do caso em tela que o franqueador e o franqueado acordaram pela exclusividade, formando monopólio de revenda da marca de colchões Ortobom, em determinada cidade ao franqueado. No entanto, é alegada abusividade contratual por parte do franqueador, ao se observar que o mesmo promoveria na determinada área em questão um “feirão de preços de fábrica” dos mesmos produtos. Assevera a autora/franqueada que os colchões têm durabilidade de anos, o que por si só demonstra o prejuízo econômico à sua unidade do negócio. Para a mesma, o ato praticado pelo franqueador deve ser considerado de má-fé. Entendeu o Magistrado que restou caracterizada a violação contratual por parte da ré e, portanto, a sua responsabilidade pelos danos sofridos pela autora, nos termos dos artigos 187<sup>253</sup> e 927<sup>254</sup>, *caput*, do Código Civil. Conforme relato:

[...] em evidente afronta ao contrato, aqui interpretado à luz da função social do contrato e da boa-fé objetiva, como já exposto. De outra parte, em se tratando de franquia, o mínimo que se pode garantir, especialmente em

<sup>252</sup>TJRS. **Apelação Cível nº 70061266201**. Nona Câmara Cível Relator: Eugênio Facchini Neto, julgado em 24.09.2014.

<sup>253</sup>Lei 10.406/22. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>254</sup>Lei 10.406/22. Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 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.

circunstâncias como a dos autos, é que o franqueado não sofrerá concorrência do franqueador. Não se está, com isso, dizendo que a realização de feirões é vedada, pois é bem provável que em cidades maiores como, exemplificativamente, Pelotas e Porto Alegre, o efeito seja exatamente aquele mencionado pelo gerente comercial da ré, qual seja, de estimular as vendas inclusive em benefício dos demais representantes estabelecidos na localidade, que lá permanecerão após o término do feirão, tendo a possibilidade de usufruir da divulgação da marca (CD multimídia à fl. 264). A questão é que, no caso concreto, tratando-se de cidade de pequeno porte, como Nova Prata, o efeito do feirão foi exatamente o de concorrência direta entre franqueador (ainda que através de outra de suas franquias) e franqueado. Alia-se a isso a necessidade, vinda dos ditames da boa-fé objetiva, de proteger a expectativa legítima criada para a autora, de “exclusividade”.<sup>255</sup> (grifo meu)

De outra banda, ao analisar os casos apresentados, é perceptível que as partes se valem do uso da boa-fé para ensejar danos morais – o que não se configura, nem merece prosperar. Sabe-se que a boa-fé no Judiciário é usada para amparar a legislação ordinária, sobretudo quando há obscuridade nas relações contratuais. De fato, a mesma deve ser levada em consideração na resolução de questões acerca da cláusula de delimitação de exclusividade de território, especialmente quando empregada para determinar se houve má-fé de uma das partes em praticar determinada violação.

Porém, ressalta-se que se deve ter uma devida razoabilidade quando a sua aplicação. Nesse sentido, o Professor Fabiano Menke leciona que há uma relação entre o uso desta e do papel exercido pelo juiz, no sentido de que, quando adotada a boa-fé como justificativa, deve-se expor o motivo pelo qual não se está aplicando outras hipóteses legais tradicionais.<sup>256</sup>

A boa-fé, nesse sentido, é vista como objetiva, pois está relacionada ao padrão ético de comportamento esperado das partes, aferindo maior grau de segurança e de previsibilidade ao negócio firmado. Devendo essa ser usada para não desestimular o incentivo a formação de novas rede de franquias, por proteção demasiada ao franqueado, como também para evitar uma tutela excessiva ao franqueador, em respeito ao que teria sido pactuado livremente, à vontade das partes.

Por essa perspectiva, ensina Judith Martins-Costa que a boa-fé deve estabelecer padrões interpretativos que balizem a atuação das partes entre aquilo que é exercício de

<sup>255</sup>TJRS. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70061266201**. Relator: Eugênio Facchini Neto, julgado em 24.09.2014.

<sup>256</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.) **Doutrinas Essenciais - Direito do Consumidor**: Contratos de Consumo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.v. IV. p.125.

direito e o que já é abuso do mesmo<sup>257</sup>.

A situação de vulnerabilidade, de dependência do franqueado, não constitui ato ilícito por si considerado, sendo característica ínsita ao Contrato de *Franchising*. Portanto, nada há de gravoso ao se firmar um contrato com cláusulas de exclusividade, já que qualquer raciocínio oposto levaria à indesejável inflexibilidade dos negócios jurídicos, acarretando um estrangulamento do fluxo das relações de mercado em flagrante ofensa ao princípio da livre iniciativa.

O Direito repreende e deve interferir nas ações praticadas pelos contratos quando essas são desacompanhadas de razões equilibradas, exercendo fins diversos daqueles típicos do contrato almejado. Diante de tal situação, o ordenamento jurídico deve responder por meio dos fundamentos do Direito Civil Brasileiro, atendo-se aos aspectos considerados importantes no viés empresarial, prescindindo a lógica consumerista, sob o risco de comprometer o bom fluxo das relações econômicas.

É nesse sentido que se emprega o princípio da boa-fé objetiva em relação ao abuso de poder econômico. Configurado o abuso por dependência econômica restará concebida a violação ao princípio da boa-fé. No âmbito das relações contratuais, os direitos não podem ser exercidos arbitrariamente; desvios e desregramentos deverão ser corrigidos e coibidos por instrumentos de Direito civil e Direito Empresarial, visando a assegurar o equilíbrio contratual e o interesse dos contratantes.

Para efeito de ilustração, colaciona-se julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo quanto à matéria:

Ação de rescisão contratual Cerceamento de defesa inócurre Ausência de impossibilidade jurídica do pedido Análise profunda das provas Violação da boa-fé Cláusula de exclusividade de território violada Rescisão contratual Pagamento de multa prevista no contrato e valor de comissões pela venda de produtos e franquias Necessidade de devolução dos *tablets* Honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da condenação Recurso parcialmente provido.<sup>258</sup>

No presente caso, a franqueada – autora da ação – alega que se tornou franqueada *master* da rede de franquias ré e que há, no contrato, cláusula de

---

<sup>257</sup> COSTA, Judith Hofmeister Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Ponts, 2015. p.289

<sup>258</sup>TJSP. **Apelação nº 0012990-63.2013.8.26.0100**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Fortes Barbosa, julgado em 03.07.2014.



exclusividade de território. Não podendo existir outro franqueado *master* na mesma região em que detém exclusividade, sendo assegurada sua remuneração em todas as vendas de produtos pelas sub-franquias que se realizarem dentro de sua região. Sustenta que foi descoberta a existência de dois contratos *masters* com territórios idênticos. A ré, por sua vez, afirma que comprovou não haver violação à cláusula de exclusividade de território e, em reconvenção, expõe que a autora violou o Contrato de *Franchising* ao não instalar um “*show room*” com produtos da rede.

A ação foi julgada parcialmente procedente, incumbidos os Magistrados de determinar a rescisão dos Contratos de Franquia firmados entre as partes e com os terceiros (outras unidades franqueadas), condenando a ré a pagar o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) referente à multa contratual prevista no contrato, além do valor referente às comissões pela venda de produtos e de franquia desde o inadimplemento contratual, bem como efetuar a recompra dos produtos que se encontram no estoque da autora.

A sentença foi mantida, o Juízo *a quo* examinou todas as provas juntadas, e de acordo com a boa-fé que se exige em uma relação contratual (artigo 422 do CCB), a sentença foi mantida em Segunda Instância. Foi identificada uma folha destoante no instrumento contratual juntado pela ré, folha esta que retratava o território em que o franqueado poderia atuar, não devendo ser considerada como prova das alegações da ré, dada a patente possibilidade de adulteração. Assim, foi possível confirmar, pelo entendimento do Magistrado, pela ocorrência de violação à exclusividade de território da autora, restando comprovado o descumprimento de cláusula contratual pela ré que agiu claramente de má-fé.

Corroborar-se com as afirmações acima quando se observa que nos Contratos de *Franchising*, deve-se, necessariamente, estar estipulado qual o território que o franqueador estará concedendo ao franqueado para que este explore o negócio, seja de forma exclusiva ou não, dados esses que devem estar aferidos na COF e no contrato final. Igualmente, a Circular Oferta de Franquia deve demonstrar de modo claro os limites territoriais impostos e, se houver exclusividade, frisa-se que a franqueadora não poderá conceder à nenhuma outra unidade franqueada da rede o direito de concorrer com o franqueado naquele espaço.

Nesse sentido, parecer do Advogado e Consultor Jurídico Ivan Barbosa Rigolin que diz que a cláusula de exclusividade nos contratos é condição que precisa ser

expressamente estabelecida<sup>259</sup>. Deve constar, ainda, o direito de preferência ao franqueado quando da intenção do franqueador em abrir ou de conceder outra unidade da rede naquele território exclusivo. Caso o franqueador não cumpra com o disposto nesta cláusula, estará ele, notoriamente, violando a boa-fé objetiva esperada no contrato.

Em caso similar, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais corrobora com o exposto anteriormente ao negar provimento ao recurso do franqueado, entre outros motivos, pela alegada violação à exclusividade territorial que não foi estabelecida no contrato e, portanto, não garante tal obrigação à franqueadora.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA. RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE CULPA DA FRANQUEADORA. IMPERÍCIA E INÉRCIA DA FRANQUEADA NA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. Não há falar em culpa da franqueadora pelo insucesso da franqueada e consequentes prejuízos seus, se a prova dos autos demonstrou imperícia e inércia na administração da franquia, bem como o descumprimento de cláusulas contratuais por parte desta. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.586811-0/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE (S): ATT ATUANTE TREINAMENTOS TELECOMUNICACOES LTDA - APTE (S) ADESIV: MAXITEL S/A - APELADO (A) (S): OS MESMOS - RELATOR: EXMO. SR. DES. LUCIANO PINTO. ACÓRDÃO. Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls. na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO PRINCIPAL E DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA. [...] Adiante, também não dou razão à apelante quando assinala que teria havido concorrência desleal com o aval da própria apelada. Em primeiro lugar, a alegada exclusividade territorial não restou provada nos autos. O contrato firmado pelas partes não estabeleceu esse direito à fraqueada e, especificamente em relação aos dealers, bem de ver que o contrato em tela foi firmado em 31/05/1999 (f.111/130), e o dos dealers foi em 20/04/1999 (conforme laudo pericial à f. 412). Assim, não vislumbro a alegada concorrência desleal nem qualquer omissão lesiva aos negócios da apelante, haja vista que a apelada não se colocou impedida de encetar outros negócios em razão do contrato de dealers, ainda que a atuação destes se desse na mesma região.<sup>260</sup> (grifo meu)

Nesse mesmo sentido, o último caso a ser apreciado na presente monografia diz respeito a tal situação de incerteza quanto ao estabelecimento da exclusividade. É o que se observa em outro julgado da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de São Paulo que:

<sup>259</sup>RIGOLIN, Ivan Barbosa. Exclusividade nos contratos é condição que precisa ser expressamente estabelecida. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, v. 31, p. 63-68, jan./dez, 2005, p. 65.

<sup>260</sup>TJMG. **Apelação nº 1.0024.01.586811-0/001**. 17ª Câmara Cível. Relator: Des. Luciano Pinto, julgado em 23.03.2006.

CONTRATO DE FRANQUIA Anulação em virtude de irregularidades presentes na Circular de Oferta de Franquia Incerteza quanto à cláusula de exclusividade territorial. Ausência de suporte técnico e transferência de know how da franqueadora para franqueada Ausência de informações sobre demandas diversas já ajuizadas por outros franqueados - Desamparo da franqueada. Inegáveis omissões essenciais na circular de oferta, a comprometer a validade do contrato - Contrato que foi executado por curto espaço de tempo, por dois, ou, no máximo, três meses após a sua celebração, não configurando, ao contrário de outros casos da mesma franqueadora examinados por este Tribunal, confirmação tácita e convalidação do negócio - Existência denexo causal entre as irregularidades da circular de oferta e o insucesso da atividade e consequente invalidade do contrato Sentença correta - Recurso não provido.<sup>261</sup>

Da exposição, pode-se concluir, conforme Adalberto Simão Filho<sup>262</sup>, que a exclusividade territorial é de profundo interesse do franqueado porque delimitará o campo de sua ação e limitará o acesso de outros integrantes da rede à zona concedida. Protege-se, desta forma, a possibilidade de uma concorrência danosa sobre o franqueado e racionaliza o processo distributivo, evitando-se a saturação de pontos de mercado, quando essa cláusula for bem aplicada.

Por fim, ressalta-se que para o CADE a cláusula de exclusividade territorial nos Contratos de *Franchising* se justifica. Sendo inerente à Franquia Empresarial, não atenta contra a liberdade individual, nem contra a liberdade de comércio, dois apanágios do liberalismo jurídico e econômico. Fundamenta-se tal afirmação embasando-se nos autos do Processo Administrativo nº 08012.009912/2005-32, que afirma que a cláusula de exclusividade territorial estimula a concorrência por meio da redução de custos de distribuição do franqueador, com o aumento da venda de determinado franqueado, além de maior consumo do produto em questão. Desta forma, entendeu a SDE:

Finalmente, entende-se que a divisão de mercados – geográfica ou por clientes- e a fixação de preços a serem praticados pelos franqueados, são características inerentes ao contrato de franquias, e subjazem ao contrato que foi firmado entre a DEL VALLE e suas franqueadas. Logo, não é de se admitir a alegação da Representante de tratar-se de conduta anticoncorrencial praticada pela franqueadora.<sup>263</sup>

<sup>261</sup>TJSP. **Apelação Cível nº 0081813-26.2012.8.26.0100**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Francisco Loureiro, julgado em 10.08.2016.

<sup>262</sup>SIMÃO, Adalberto Filho. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. São Paulo: Atlas, 1993, v. 01, p. 71.

<sup>263</sup>CADE. **Processo Administrativo nº 08012.009912/2005-32**. Parecer da Secretaria de Direito Econômico, julgado em 13.11.2001. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000399301010.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000399301010.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

Ademais, salienta-se que o Sistema de *Franchising* possui rol de características específicas elencadas no artigo 3º da Lei que o regulamenta. Dentre as possibilidades, está a inserção de cláusula de exclusividade, que inserida nos Contratos de *Franchising* não deve ser considerada ilícita *per se*. Atenta-se que, ao considerar tal prática abusiva sem rigorosa análise pelos Tribunais, configura-se um grande risco para a eficiência do sistema de redes de franquias.

Pelos motivos expostos, extrai-se do entendimento dos Tribunais e dos pareceres do Órgão Administrativo de Defesa Econômica que é justificável nos contratos celebrados no Sistema de *Franchising* a imposição ao franqueado, bem como a estipulação bilateral, de determinadas cláusulas de exclusividade. Valendo-se, sobretudo, da favorável, para não dizer proveitosa, definição da divisão geográfica as partes, para eficaz administração das unidades franqueadas e da rede como um todo, visando, assim, à sustentabilidade e a eficiência econômica do negócio explorado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refletindo os resultados encontrados face à intrínseca pesquisa, à guisa de conclusão, num primeiro momento, mister apontar que diante do atual cenário econômico, político e social que o país vive, a opção dada ao empreendedor brasileiro em ascensão de adentrar em um sistema como o de *Franchising* mostra-se excelente e promissora alternativa de sucesso, ponderando a credibilidade e o respeito atribuídos a esse tipo de negócio já consagrado no mercado.

O negócio intitulado de *Franchising* é visto como um excepcional sistema pelo qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou de patente, associado ao direito de produção, comercialização de produtos e/ou serviços em determinado território, de forma exclusiva ou semi-exclusiva, mediante remuneração direta, sem que fique caracterizado vínculo empregatício. Considerando o contexto empresarial próprio da atividade, as partes encontram-se livres e autônomas para construir a relação negocial, convencionando em contrato os seus interesses.

Tangente aos Contratos de *Franchising*, conclui-se que, embora grande parte da doutrina não o considere de adesão, a prévia redação de determinadas cláusulas pelo franqueador pode ensejar desequilíbrio entre as partes, diante de potenciais e corriqueiras situações decorrentes do exercício da atividade.

Em regra, o instrumento contratual deverá conter disposições precisas, determinando às obrigações de ambas partes, referenciando a extensão dos limites estipulados, sejam estes pré-determinados ou derivados de acordos bilaterais. Bem como as sanções e as indenizações imputadas diante violação daquele por qualquer dos contratantes, consoante os dispositivos da Lei 8.955/1994 que o regulamenta.

Dentre as possíveis cláusulas que o Contrato de *Franchising* pode conter, há a cláusula de exclusividade territorial. Fundamental ao contrato, para estipulá-la, devem ser estabelecidos critérios efetivos de avaliação de Mercado. Em outras palavras, o estudo do mercado relevante em questão é passo para que se avalie a aplicação e a função da exclusividade territorial no negócio.

Sob este prisma, outra observação que se pode extrair da presente pesquisa é que a cláusula de exclusividade absoluta é a modalidade de proteção territorial mais adotada nos Contratos em tela. Ao analisá-la, foi facilmente compreendido as vantagens do

monopólio setorial: para o franqueador, o acordo evita a concorrência, porquanto para os franqueados a exclusividade territorial possibilita o aumento de rentabilidade de sua empresa.

Ao examinar os casos objeto de litígio no Judiciário, constatou-se que grande parte dos contratos firmados entre franqueador e as respectivas unidades franqueadas garantem, em suas alíneas exclusividade territorial absoluta. No entanto, há possibilidade de as partes optarem pela cláusula de semi-exclusividade. Valendo-se dessa, o franqueador costuma reservar-se o direito de, em caso de inoperância do franqueado, fazer invadir sua zona por outra unidade mais ativa da rede.

Nesse sentido, concluiu-se que a designação do território influencia diretamente na lucratividade da unidade franqueada. Por isso, necessária a análise mercadológica, estrutural e de perfil do consumidor local, elaborada pelos possíveis franqueados e pelo franqueador, antes e durante o desenrolar do negócio. Afere-se que, para um adequado diagnóstico da concorrência entre os agentes de mercado, seja intra ou entre marcas, entende-se igualmente importante o exame do mercado relevante concernente ao ramo.

A sapiência sobre o assunto viabiliza a flexibilização da legislação protecionista, que surge como mais um instrumento, aliado à boa-fé e à função social, a disposição do Estado como mecanismos para edificação uma política concorrencial eficaz. Destarte, a pesquisa reforça o dever incumbido ao jurista brasileiro de embasar suas decisões nos pareceres de processos administrativos e consultas do CADE, órgão responsável por prevenir e reprimir os casos de abuso de poder econômico, e com isso garantir a livre concorrência nos mercados.

O justo juízo quanto à existência de infração da ordem econômica e da violação do princípio da livre concorrência resulta do maior número de elementos que o julgador terá a sua disposição. Nesse sentido, também será maior a previsibilidade ao julgar os atos práticos pelos agentes economicamente interessados.

Dada devida importância à escolha do local para construção da unidade da rede de *Franchising*, o legislador determinou na Lei nº 8.955 de 1994, em seu artigo 3º, que a Circular de Oferta de Franquia, obrigatoriamente, deve informar se haverá exclusividade ou somente preferência na extensão territorial. Bem como, se existe a possibilidade do franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de sua zona, ou até mesmo realizar exportações.

Apesar de o CADE não ter apreciado a cláusula de territorialidade empregada aos Contratos de *Franchising*, afere-se, diante do apontado no primeiro capítulo sobre a caracterização dos contratos em comento, que essa é uma prática válida, sendo inerente ao negócio em questão. Sob a ótica do Direito da Concorrência, é facultado às partes valerem-se do uso da cláusula de exclusividade territorial para garantir a eficiência econômica.

Todavia, é de fundamental importância salientar que mesmo que o tema da exclusividade tenha sido pouco discutido pelos Tribunais e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica quando relacionada ao Contrato de *Franchising*. Tangente à escassa discussão, as entidades restringem-se ao juízo da licitude dos acordos verticais formado pelas partes, que visam a limitação do mercado.

Quando pronunciou-se sobre a matéria, a autarquia reconheceu que a cláusula de territorialidade integra o Sistema, e que essa não representa um instituto violador da concorrência. Em seus argumentos, afere que o uso da exclusividade diminui os custos de distribuição, favorecendo economias de escala e de escopo, além propiciar o aumento da competição entre diferentes marcas, aspecto este que pode ser positivo ou danoso, a depender da parte interessada.

Expôs-se, de forma semelhante, que tal cláusula estabelece uma padronização à rede e insere regras de qualidade aos serviços do franqueados, promovendo uma imagem saudável da marca, refletindo no aumento de interesse do consumidor. O eficaz emprego da exclusividade possibilita expansão e maximização dos lucros da unidade franqueada, viabilizando a possível entrada deste agente em outros mercados relevantes, em razão de propiciar o rápido retorno do investimento efetuado.

Outrossim, através da pesquisa comprova-se que existe uma justificativa sustentável para o seu estabelecimento no Contrato de *Franchising*. Observou-se, pelo ato de concentração 167/97<sup>264</sup> do CADE, que tais restrições são aceitáveis quando

---

<sup>264</sup>MPF. Rio Grande do Sul. **Procedimento Administrativo nº 08012.012740/2007-46**. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?DXqJ8f\\_4XTZmwaFRrRrM0jCymjm\\_eEEJ2xXvcEuTZgzkI3N4byUdmO28ffmzg\\_O242Jeapft5tRXku1GprFiCg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?DXqJ8f_4XTZmwaFRrRrM0jCymjm_eEEJ2xXvcEuTZgzkI3N4byUdmO28ffmzg_O242Jeapft5tRXku1GprFiCg)>. Acesso em: 17 jun. 2017. “O tema é tratado no acórdão do CADE, proferido no Ato de Concentração nº 163/97 (Praxair/Rollmaster), relatado pelo Conselheiro Marcelo Caliarí: ‘Segundo esta doutrina, tais restrições são aceitáveis quando inseridas num contexto maior, de uma outra operação que é o fim, o objeto principal da transação, e da qual elas constituem apenas um elemento auxiliar, acessório, subordinado’. A lógica dessa permissão, ressalta Korah, é que o acordo acessório pode constituir um fator importante ou DPDE mesmo necessário para dar suporte ou viabilizar a realização da própria transação principal [...]. No mesmo sentido, Calixto Salomão ressalta ainda que as restrições auxiliares podem ser 'coadjuvantes

inseridas em um contexto maior, de uma ou de outra operação que é, ao fim, o objeto principal da transação, e da qual ela -a exclusividade territorial- constitui apenas um elemento auxiliar, acessório, subordinado.

A lógica dessa permissão é que o acordo acessório pode constituir um fator importante ou mesmo necessário para dar suporte ou viabilizar a realização da própria transação principal. Seriam restrições coadjuvantes necessárias para a obtenção de resultados economicamente positivos. Sob essa perspectiva, a cláusula de exclusividade territorial não seria considerada uma prática anticoncorrencial, e sim um instrumento de gestão global do franqueador e garantidor de eficiência econômica ao franqueado.

Contudo, a falta de posicionamento inequívoco dos Tribunais e do CADE a respeito do assunto, prejudica a análise sob a ótica do Direito Concorrencial. Ressaltando que somente quando a autarquia se manifestar diretamente sobre a referida cláusula, poder-se-á esclarecer definitivamente a questão.

Nesse sentido, elucidou-se que a Lei antitruste serve como instrumento referencial para o preenchimento da cláusula geral da boa-fé nos âmbitos Cível e Empresarial. Isso porque, embora muitas das condutas abusivas na prática não configurem prejuízos à concorrência e à livre iniciativa, diversas das ações vedadas do ponto de vista anticoncorrencial transpassam o limite da tutela antitruste e ganham relevância na regra comportamental de boa-fé, exigindo padrões éticos de atuação nas relações contratuais.

Se configurado abuso de dependência econômica, restará concebida a violação ao princípio da boa-fé. No âmbito das relações contratuais, os direitos não podem ser exercidos arbitrariamente, desvios e desregramentos deverão ser corrigidos e coibidos por instrumentos de Direito Civil e Empresarial, visando a assegurar o equilíbrio contratual e o interesse dos contratantes.

Em suma, o Contrato de *Franchising* revela-se como um meio eficaz de distribuição de bens e de serviços, que necessariamente deve reter a atenção dos doutrinadores e dos legisladores para seu aperfeiçoamento. A especificação da zona de atuação do franqueado é de extrema relevância. O franqueador deve demarcar qual o perímetro territorial estará concedendo para o franqueado explorar sua unidade da rede, tanto de forma exclusiva, quanto não exclusiva.

---

necessários para a obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a melhor eficiência das empresas”’.



Ainda, conforme os julgados, entendeu-se que só é considerada válida a exclusividade, sob a ótica do Direito Contratual, quando expressamente estabelecida. De igual forma, findou observado que, caso for estipulada, deve ser dado ao franqueado direito de preferência diante da hipótese de abertura de outra unidade no seu território exclusivo. Ou seja, preliminarmente deverá o franqueador oportunizar ao franqueado, e somente se esse declinar de sua prerrogativa, poderá então oferecer o negócio a terceiros. Caso contrário, pode-se considerar ato que tipifica concorrência desleal.

Da pesquisa, também pode se aferir que há doutrinadores que consideram a cláusula da exclusividade como abuso de poder econômico. Justifica-se: pelo prisma da franqueadora, há exclusividade de venda para franqueada (não pode vender o produto para eventuais concorrentes da franqueada no mesmo território). Pelo prisma da franqueada, a impossibilidade de comercializar produtos que não sejam da franqueadora. Ambos caracterizariam restrição ao livre comércio, portanto, a violação da livre concorrência, que é garantida no art. 170, inciso IV da Constituição Federal.

Sustenta-se, diante do exposto, que sim, há grande controvérsia na doutrina tocante à existência ou não de lesão à concorrência. A exclusividade, no seu primórdio, foi vista como restrição à livre concorrência, vez que era tida como obstáculo à entrada de outros agentes econômicos no mercado, garantindo a liberdade de comércio somente àqueles beneficiados pela cláusula. Constituindo-se, assim, monopólio.

No entanto, ao analisar a natureza dos Contratos de *Franchising*, transcreve-se as conclusões de Fabio Konder Komparato<sup>265</sup>, atestando que as franquias não surgiram da necessidade ou do interesse de restringir a concorrência e limitar o consumo, entretanto, bem ao contrário, surgiram como novas formas de estimular o consumo e facilitar o escoamento da produção. Os objetivos dessa nova fórmula contratual são plenamente compatíveis com o princípio da livre concorrência e não buscam, em princípio, limitar a liberdade de escolha do consumidor.

Restando, portanto, comprovada a validade da cláusula de exclusividade territorial, bem como a necessidade de se respeitá-la, sob pena de qualquer dos contratantes ingressar com ação indenizatória no Judiciário. No que tange a resolução de conflitos oriundos do seu desrespeito, seguindo a evolução do Direito Empresarial, a solução pode ser atribuída à arbitragem, meio alternativo de resolução de conflitos.

---

<sup>265</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: Da consagração ao repúdio? São Paulo, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 18, 1975, p. 59.

Disso, constatou-se, na análise dos julgados, que nos Contratos de *Franchising* não é raro encontrar cláusulas em que se estabelece a solução de controvérsias por meio de arbitragem; porém, denotou-se primordial que sejam observadas as suas respectivas leis, para evitar que sua estipulação não seja considerada “vazia”. Situação que se configura quando é previsto um método alternativo de conflitos, no entanto com redação de cláusula desprovida de eficácia legal.

Nesse sentido, ressalta-se, novamente, que não há nos Tribunais brasileiros um vasto de decisões sobre a cláusula de exclusividade territorial decorrente dos Contratos de *Franchising*. Disto pode-se aferir duas hipóteses: ou a cláusula de territorialidade poucas vezes é desrespeitada pelas partes, ou há inserção de cláusula arbitral para a solução dos litígios decorrentes de sua violação. Tratando-se da segunda opção, os processos são sigilosos, ou seja, inacessíveis.

Outro aspecto importante a ser observado é que, ainda que não sejam previstos expressamente no contrato, os princípios básicos da boa-fé, do consensualismo, da razoabilidade, da autonomia da vontade e do dever de proteção mútua das partes são práticas que devem ser respeitadas no desenvolver das relações pactuadas. Nesse sentido, constatou-se também que a vulnerabilidade da parte franqueada é ponto relevante, além de ser um dos principais desmotivadores de novos investimentos no setor.

Por fim, afirma-se que a boa redação das cláusulas que abrangem o contexto de limitação contratual de uma das partes, ou de ambos franqueador e franqueado, possui papel decisivo de apoio e manutenção do funcionamento das atividades decorrentes do Sistema de *Franchising*. Nesse sentido, conclui-se que a licitude da prática de atos verticais restritivos, como a formação de acordos de exclusividade territorial, estabelecidos no Contrato de *Franchising*, tem como finalidade prevenir a violação de direito das partes, entre as partes, e ao sistema econômico como um todo.

Encerra-se a presente monografia, nas palavras de Salomão Filho, que expõe de forma concisa as conclusões encontradas pela aluna no desenvolver da pesquisa, asseverando que “a defesa da concorrência protege a livre iniciativa, e ao assegurar esta, assegura-se a concorrência e, por conseguinte, a própria liberdade de contratar”<sup>266</sup>.

---

<sup>266</sup>SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABF. **20 Anos de franchising** - ABF 100 Anos de Varejo. São Paulo: Lamônica Conteúdo & Opinião, 2008.

\_\_\_\_\_. **Atuações e Objetivos**. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/a-abf/atuacao-e-objetivos-da-abf/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Bastidores do Franchising** – Altino Cristofolletti Junior. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3YgmuUzpB5A>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Cartilha de Mediação**. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2015/06/abf-folheto-com-dobra-mediacao-para-interwebs-2015.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Código de Conduta e Princípios Éticos**. Disponível em: <<https://processoassociativo.abf.com.br/Content/Documentos/Codigo-de-Conduta-e-principios-eticos.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Números do Franchising mostrando o desempenho do setor**. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/numeros-do-franchising/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Relatório do Desempenho do Franchising em 2016**. Disponível em: <<http://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Desempenho-do-Franchising-2016-Internacionalizacao.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

ABRÃO, Nelson. A Lei da Franquia Empresarial (n. 8.955, de 15.12.1994). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 722, 1995.

\_\_\_\_\_. **Da Franquia Comercial (franchising)**. São Paulo: Ed. Revista Dos Tribunais, 1984.

ANDRADE, Guilherme Carvalho Monteiro de Andrade. **Algumas considerações sobre o contrato de franquia, sob a ótica da interpretação econômica**. Disponível em: <<http://www.madadvogados.com.br/docs/Franquia25.06.07.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria della concorrenza e dei beni immateriali**: lezioni di diritto industriale. Milano: Dott A. Giuffrè, 1960.

ASSOFRANCHISING. **About Franchising**. Disponível em: <<http://www.assofranchising.it/en/franchising/about-franchising.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e Direito**. São Paulo: Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_. Representação comercial x franchising. As vantagens da franquia empresarial. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 50, 2010.

\_\_\_\_\_. **Franchising**: Modificações à Lei Vigente: Estratégia e Gestão. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARROSO, Luiz Felizardo. Os caminhos da ética no franchising - a importância de um código de ética. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 116, 1999.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 46, p. 154-181, jul. 1989.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função Social dos Contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 jul. 1934. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 1934, suplementado e republicado em 19 dez. 1935.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, 10 nov. 1937, republicada em 11 nov. 1937, republicado em 18 nov. 1937 e republicado em 19 nov. 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, 19 set. 1946, republicado em 25 set. 1946 e 15 out. 1946.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Revogado pelo Decreto-Lei nº 8.167, de 09 nov. 1945. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, v. 03, p. 256.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. **Diário Oficial da União**, 21 nov. 1938.

\_\_\_\_\_. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 dez. 1990.

\_\_\_\_\_. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 mai. 1996.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 nov. 2011 e retificado em 02 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. **Diário Oficial da União**, 12 nov. 1962.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 out. 1991.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jun. 1994.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.955, de 15 de novembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 dez. 1994.

\_\_\_\_\_. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01 agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, nº 158-E, de 17 ago. 2001, seção 01, p. 12-15.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 1.526, de 1989**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3CAA9B22642FDCA4833C891DF2A6B0D.proposicoesWeb2?codteor=1150983&filename=A vulso+-PL+1526/1989](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3CAA9B22642FDCA4833C891DF2A6B0D.proposicoesWeb2?codteor=1150983&filename=A vulso+-PL+1526/1989)>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei do Senado nº 265, de 1991**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/30498>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. **Diário Oficial da União**, 28 jun. 1999.

\_\_\_\_\_. STF. **Acórdão no Recurso Extraordinário 597.165/DF**. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em: 28.10.2014.

\_\_\_\_\_. STF. **Acórdão em Ação Cautelar 1.657-6/RJ**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Cesar Peluso, julgado em: 27.06.2007.

\_\_\_\_\_. TRF. **Apelação Civil nº 2002.33.00.026597-2**, Quinta Turma. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira, julgado em 20.06.2008.

\_\_\_\_\_. TRT. **Recurso Ordinário 0003074-86.2013.5.02.0079**, Terceira Turma. Relator: Des. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, julgado em 09.01.2015

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 09, n. 01, jan. 2014.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 13.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

CADE. **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. In: Vinícius Marques de Carvalho e Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (Coord.). Brasília, 2013.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo nº 08012.009912/2005-32**. Parecer da Secretaria de Direito Econômico, julgado em 13.11.2001. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000399301010.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000399301010.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Processo administrativo nº 08000.016050/1996-27**. Relator: Arthur Barrionuevo Filho. Ministério da Justiça, formalizado em 20 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.portalconcorrenca.com.br/processo/MDgwMDAuMDE2MDUwLzE5OTYtMjc=>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04** - no caso a Telemar Norte Leste S/A, por abuso de posição dominante no mercado de telecomunicações. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO\\_P27TZb287t6FyKxmleAun2mzyRAREE1iH59-4EEbj5kxudiMcReQYAgC2744I3cCQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?NJILMKAUD29j6X1yj2GO_P27TZb287t6FyKxmleAun2mzyRAREE1iH59-4EEbj5kxudiMcReQYAgC2744I3cCQ)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Processo administrativo nº 08012.012377/2007-69**. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Secretaria de Direito Econômico, formalizado em 05 out. 2007. Disponível em: <<http://www.portalconcorrenca.com.br/processo/MDgwMTIuMDEyMzc3LzIwMDctNjk=>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

CHAVES, Lina Márcia Fernandes. **Do contrato de franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CHERTO, Marcelo. **Franchising: Revolução no Marketing**. 2. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a lei de franquia. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 16, mai. 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Comercial: direito da empresa**. 28. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. **Contratos complexos e complexos contratuais**. 1. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: Da consagração ao repúdio? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 18, 1975.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n° 1/2003, de 16 de dezembro de 2002. **Jornal Oficial n° L 001** de 04/01/2003 p. 0001 – 0025. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0001>> acesso em: 23 de jun. de 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 125/2014. **Diário da República**, 1.ª série — N.º 157. 18 de agosto de 2014 Disponível em: <[http://www.concorrencia.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Nacional/D.L.%20n125-2014%20-%20Estatutos%20da%20AdC.PDF](http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/D.L.%20n125-2014%20-%20Estatutos%20da%20AdC.PDF)> acesso em: 23 de jun. de 2017.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. Revisão Judicial dos contratos como instrumentos de equilíbrio econômico contratual. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 73, p. 125-138, set./out. 2011.

CORRÊA, Daniel Rocha. Práticas restritivas verticais: contributo da experiência europeia para o direito da concorrência brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 181, p. 277-296, 2009.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 01, n. 01, p. 41-66, mai. 2005.

\_\_\_\_\_. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Ponts, 2015.



CRETELLA NETO, José. **Manual jurídico do Franchising**. São Paulo: Atlas, 2003.

CRUZ, Gloria Cardoso de Almeida. **Franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico E Prático Dos Contratos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

EFF. **Founding of the EFF**. Disponível em: <<http://www.eff-franchise.com/88/founding-of-the-eff.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Franchising: definition & discriptions**. Disponível em: <<http://www.eff-franchise.com/101/franchising-definition-description.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

FAGUNDES, Jorge. **Restrições Verticais: Efeitos Anticompetitivos e Eficiências**. Disponível em: <[http://www.faestudos.com.br/admin/download/artigos/Restricoes\\_Verticais\(IBRAC\).pdf](http://www.faestudos.com.br/admin/download/artigos/Restricoes_Verticais(IBRAC).pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FECOMERCIO SP. **Franquias Buscam Arbitragem Para Resolver Conflitos**. Disponível em: <[www.fecomercio.com.br/noticia/franquias-buscam-arbitragem-para-resolver-conflitos](http://www.fecomercio.com.br/noticia/franquias-buscam-arbitragem-para-resolver-conflitos)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **The Antitrust Law**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Franchise Rule**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/franchise-rule>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba, 2014.

FGV IBRE. **FGV publica primeiros resultados do Indicador de Incerteza da Economia Brasil.** Disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumPageId=4028818B379EFC9401379F218DFB10E8&contentId=8A7C82C557E5111F0158E2FD1A8428BA>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **O Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas.** Disponível em: <<http://portalibre.fgv.br/main.jsp?lumChannelId=402880811D8E34B9011D97C0DC27007C>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os fundamentos do antitruste.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. **Contrato de distribuição.** In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). Tratado de direito empresarial: contratos mercantis. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 130-192, 2016.

GABRICH, Frederico de Andrade. **Contratos de Franquia e Direito de Informação.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. **O Estado, a Empresa e o Contrato.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

GURGEL, Zaqueu Hudson de Araújo. Autonomia de vontade versus livre concorrência: um estudo acerca da cláusula de exclusividade no cenário jurídico-econômico brasileiro. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, v. 14, n. 25, p. 81-95, jan./jun. 2009.

IBA. **About the IBA.** Disponível em: <[https://www.ibanet.org/About\\_the\\_IBA.aspx](https://www.ibanet.org/About_the_IBA.aspx)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua.** Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa\\_resultados.php?id\\_pesquisa=149](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=149)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

IFA EDUCATIONAL FOUNDATION. **An Introduction to Franchising**. Disponível em:

<[http://www.trade.gov/sabit/build/groups/public/@tg\\_sabit/documents/webcontent/tg\\_sabit\\_005404.pdf](http://www.trade.gov/sabit/build/groups/public/@tg_sabit/documents/webcontent/tg_sabit_005404.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

IFA. **Join IFA**. Disponível em: <<http://www.franchise.org/join-ifa>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Mission statement, vision, code of ethics**. Disponível em: <<http://www.franchise.org/mission-statementvisioncode-of-ethics>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **What is a franchise**. Disponível em: <<http://www.franchise.org/what-is-a-franchise>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

KARNAL, Leandro; PURDY, Sean; FERNANDES, Luiz Estevam; MORAIS, Marcus Vinícius de Moraes. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Editora Contexto, 2014.

KANT, Immanuel. **Über Pädagogik**. Ed. Nicolovius, 1803.

LIMA, Vania Maria de Paula. Elementos de Direito da Concorrência: definição de mercado relevante e concentração econômica. **Revista Jurídica da Faminas**, v. 04, n. 02, ago./dez. 2008.

LOBO, Jorge. **Contratos de (franchising)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MALARD, Neide Terezinha. Processo Administrativo n. 31 (Fiat x. Transauto) julgado em 06 out. 1993. **Revista do Ibrac**, São Paulo, v. 02, n. 01, fev. 1995.

MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais: atualizados pelo Código Civil de 2002 e leis posteriores**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Franchising em tópicos (franquia comercial). **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 75, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: interesse entre individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). **A nova crise dos contratos: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações comerciais**, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. (Org.) **Doutrinas Essenciais - Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011. volume IV.

MILAN, Fábio. **Franchising: Lei n. 8.955 de 15 de dezembro de 1994**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 17ª Câmara Cível. **Apelação nº 1.0024.01.586811-0/001**. Relator: Des. Luciano Pinto, julgado em 23.03.2006.

MIRAGEM. Bruno. **Direito Civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. 2ª ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1996. (tradução de Cristina Murachco).

MPF. Rio Grande do Sul. **Procedimento Administrativo nº 08012.012740/2007-46**. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?DXqJ8f\\_4XTZmwaFRrRrM0jCymjm\\_eEEJ2xXvcEuTZgzki3N4byUdmO28ffmzg\\_O242J eapft5tRXku1GprFiCg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?DXqJ8f_4XTZmwaFRrRrM0jCymjm_eEEJ2xXvcEuTZgzki3N4byUdmO28ffmzg_O242J eapft5tRXku1GprFiCg)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; MAIA, Vinícius Fernandes Costa. Livre concorrência e cláusula de exclusividade nos contratos de distribuição de combustíveis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 123-147, jan./abr. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro**. In: Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, p. 127-154, 1982.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1962.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

RECH, Leonardo B. **O controle da agência de defesa da concorrência sobre os contratos empresariais**. In: FRADERA, Vera Maria J.; ESTEVEZ, André F.; RAMOS, Ricardo E. **Contratos Empresariais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

REQUIÃO, Rubens. Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 04, dez. 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. O Contrato de Concessão de Venda com Exclusividade (concessão comercial). Paraná, **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 15, 1972.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Exclusividade nos contratos é condição que precisa ser expressamente estabelecida. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, v. 31, p. 63-68, jan./dez, 2005.

ROCCA, Marcus Eduardo. **Os Clusters Comerciais e as preferências dos consumidores paulistanos**. São Paulo: USP, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROQUE, Sebastião José. **Do Contrato de Franquia Empresarial**. São Paulo: Editora Ícone, 2012.

ROSSETI, José Paschoal. **Contabilidade Nacional: uma abordagem introdutória**. São Paulo: Atlas, 1979.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato De Franquia Empresarial (franchising) - franquia comercial. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 17, 1999.

SEBRAE. **O sistema de franquia, o franqueado e o franqueador**. Disponível em: <[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS\\_CHRONUS/bds/bds.nsf/d880f7e56a75b8e2232005a1dcd97d9/\\$File/7581.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/d880f7e56a75b8e2232005a1dcd97d9/$File/7581.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2017.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: Aspectos Jurídicos e Contratuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. A Cláusula de Exclusividade nos Contratos Empresariais. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 804, p. 60-71, out. 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. A Regulamentação do Contrato de Franquia. **Repertório Iob de Jurisprudência**, São Paulo, nº 3/6538, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 790, p. 11-44, ago. 2001.

TJDFT. **Agravo de Instrumento nº 20160020327615AGI**. 4ª Turma Cível. Relator: Arnaldo Camanho, julgado em 05.04.2017.

TJRJ. **Apelação nº 22477/02**. 4ª Câmara Cível. Relator Desembargador: Reinaldo Pinto Alberto Filho, julgado em 11.02.2003.

TJRS. **Apelação Cível nº 70061266201**. Nona Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto, julgado em 24.09.2014.

TJSP. **Apelação Cível nº 0081813-26.2012.8.26.0100**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Francisco Loureiro, julgado em 10.08.2016.

\_\_\_\_\_. **Apelação nº 0012990-63.2013.8.26.0100**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Fortes Barbosa, julgado em 03.07.2014.

\_\_\_\_\_. **Apelação nº 1071770-42.2014.8.26.0100**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Claudio Godoy, julgado em 13.02.2017.

\_\_\_\_\_. **Apelo nº 7341349-1**. Relator: Gilberto dos Santos, julgado em 14.05.2009.

\_\_\_\_\_. **Processo nº 0037104-32.2014.8.26.0100**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Francisco Loureiro, julgado em 24.02.2016.

USA. **Department of commerce**: about commerce. Disponível em: <<https://www.commerce.gov/page/about-commerce>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. Teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis. Introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, v. 01, 2011.

WIKIPEDIA. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Standard\\_Oil\\_Co.\\_of\\_New\\_Jersey\\_v.\\_United\\_States](https://en.wikipedia.org/wiki/Standard_Oil_Co._of_New_Jersey_v._United_States)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

## **ANEXO A - CÓDIGO DE PRINCÍPIOS ÉTICOS ABF**

### **ABF – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANCHISING**

#### **CÓDIGO DE CONDUTA E PRINCÍPIOS ÉTICOS**

##### **CAPÍTULO I – DA NATUREZA DO DOCUMENTO**

**Art. 1º.** O presente Código de Conduta é orientado por princípios éticos e desdobrado em normas de comportamento que envolvem o sistema de franchising Brasileiro.

##### **CAPÍTULO II – OBJETIVOS E ABRANGÊNCIA**

**Art. 2º.** O Código tem como objetivos:

- I - Elevar o nível de confiança e de respeito mútuo entre participantes do Sistema de Franchising a saber: associados, prestadores de serviços, diretores e colaboradores da ABF;
- II - Enfatizar a importância do contínuo aprimoramento educacional, cultural e profissional de todos os envolvidos na atividade de franchising;
- III - Servir de referência para avaliação de eventuais violações das normas de conduta aqui consagradas;
- IV - Defender a imagem e a reputação do Sistema de Franchising brasileiro, como fatores fundamentais para o êxito dos empreendimentos e do próprio conceito de negócio.

##### **CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS ÉTICOS ADOTADOS**

**Art. 3º.** Este Código é regido pelos seguintes princípios éticos:

- I – Transparência;
- II – Integridade;
- III – Respeito;
- IV – Responsabilidade Corporativa.



## **TRANSPARÊNCIA**

**Art. 4º.** As organizações são transparentes, no conceito consagrado pela governança corporativa, quando obedecem ao critério de relevância ao divulgar informações, sejam ou não obrigatórias por leis ou regulamentos, mas que de fato interessam aos seus públicos. Em consequência as seguintes normas devem ser observadas:

- I – prestar e divulgar informações claras, exatas, fiéis, que propiciem aos futuros e atuais parceiros condições concretas de avaliação dos riscos de cada investimento;
- II – não utilizar cópias ou imitações de marcas registradas, nome comercial, “slogan”, logotipo, qualquer outro traço de identificação ou outros direitos de propriedade intelectual pertencente a outra empresa, nacional ou estrangeira, que possam iludir ou induzir a terceiros interessados a erro ou engano;
- III – prover os candidatos a franqueados com as informações indispensáveis para o processo de seleção e para o bom relacionamento entre franqueadores e franqueados em termos de direitos, obrigações, particularidades e correspondentes responsabilidades;
- IV – ressalvada a hipótese de justificado sigilo, informar os planos ou decisões da ABF, que sejam de interesse dos públicos internos e externos, os quais deverão ser objeto de divulgação para, com isso, incentivar as contribuições de todos os participantes do sistema;
- V – considerar que as informações que a ABF possuir sobre seus associados, respectivos colaboradores, são confidenciais e sua divulgação para terceiros dependerá de expressa autorização dos envolvidos, exceção feita aos casos disciplinados por lei;
- VI – manter compromisso com a veracidade e tempestividade de todas as informações prestadas à ABF.

## **INTEGRIDADE**

**Art. 5º.** A Integridade consiste na forma transparente, leal e honesta com a qual se desenvolvem as relações sejam elas pessoais e profissionais. É o respeito às leis do País como cidadão, bem como o respeito as normas internas da ABF, condutas e boas práticas que regem o sistema de franchising. Em consequência os seguintes deveres devem ser observados:

I – conhecer, divulgar e cumprir a legislação que rege a atividade de franchising (Lei 8955/94), bem como as normas internas da ABF, entre as quais se incluem seu Estatuto Social e este Código, tendo em vista que a violação desses normativos poderá afetar seriamente as relações de negócio ou de trabalho entre quaisquer associados, seus diretores e colaboradores;

II - levar sempre ao conhecimento da ABF, através da Comissão de Ética, a ocorrência de violação de qualquer disposição deste Código, por qualquer dos associados, franqueados e seus diretores ou colaboradores;

III – não participar de atividades ou serviços incompatíveis com as boas práticas de franchising ou cujo modelo de negócio ou estrutura legal se revelem conflitantes com as normas deste Código;

IV – não realizar publicidade e divulgação de franquias, marcas, produtos ou serviços que contenham ambiguidades, ou sejam fantasiosas ou enganosas sob a perspectiva de potenciais franqueados;

V – utilizar de forma adequada a marca ABF, a chancela do SELO DE EXCELÊNCIA e outras chancelas e sinais distintivos da ABF;

VI – reger seus negócios sempre buscando aplicar as melhores práticas do franchising e as melhores práticas de administração de negócios.

## **RESPEITO**

**Art. 6º.** A Ética se caracteriza pela prevalência dos valores coletivos sobre os individuais e se materializa, entre outros princípios, no respeito, que é reconhecido pela ética da reciprocidade. É um valor que conduz o homem a reconhecer, aceitar, apreciar e valorizar as qualidades do próximo, os seus direitos, deveres e responsabilidades. Por força deste princípio, deve-se:

I – colaborar ativamente na formação de uma cultura de respeito pelo sistema de franchising, por meio da atividade empresarial, pessoal ou profissional com princípios de sustentabilidade;

II – articular parcerias e conduzir negócios em conjunto com stakeholders que também tenham, em suas práticas, princípios norteados por respeito ao meio ambiente, à pessoa e a sociedade;

III – respeitar as boas práticas de concorrência, com firme oposição a:

§ 1º. aliciamento de franqueados, clientes e colaboradores de outros associados;

§ 2º. invasão e canibalização de território;

IV – assegurar as mesmas oportunidades para todos os envolvidos no sistema de franchising, respeitando cada categoria de associado.

## **RESPONSABILIDADE CORPORATIVA**

**Art. 7º.** Responsabilidade corporativa é a conciliação das esferas econômica, ambiental e social na geração de um cenário de continuidade e de expansão das atividades das empresas, sob a égide dos interesses maiores da sociedade. A partir desse princípio, a seguintes normas devem ser observadas:

I – utilizar sempre as melhores práticas de governança;

II – manter integração dos associados com ações sociais;

III – certificar a inexistência do trabalho infantil e forçado na cadeia produtiva;

IV – incentivar o empreendedorismo através da criação e realização de projetos, serviços ou negócios, produzindo inovações relevantes nas atividades dos associados, dedicando tempo e esforços, correndo riscos calculados e gerando lucro para o negócio e valor para a cadeia produtiva do sistema de Franchising.

## **CAPÍTULO IV – GESTÃO DO CÓDIGO**

**Art. 8º.** Caberá ao Conselho Diretor da ABF a divulgação deste Código.

**Art. 9º.** Caberá a Comissão de Ética cuidar da constante adequação e atualização deste Código.

**Art. 10.** Será também de sua competência dirimir questões de interpretação, bem como tomar conhecimento de casos de violação e julgá-los, na forma do disposto no Estatuto Social da ABF e no Regimento Interno da Comissão de Ética.

**Art. 11.** A estrutura, composição e as normas operacionais da Comissão de Ética estão previstas no seu Regimento Interno, disponível no site da ABF.

**Art. 12.** É direito dos associados e pessoas, físicas ou jurídicas, a eles vinculados, recorrer à Comissão de Ética da ABF em defesa dos interesses relacionados a conduta e boas práticas do sistema de franchising.

**Art. 13.** A Comissão de Ética irá analisar questões de natureza contratual desde que oriundos do descumprimento de conduta ética e das demais disposições previstas neste código.

**Art. 14.** Não caberá a Comissão de Ética analisar questões que já sejam objeto de litígio em discussão na esfera judicial (Justiça Comum ou Arbitral).

#### **CAPÍTULO V – DAS PENALIDADES**

**Art. 15.** A violação das normas de conduta estabelecidas neste Código poderá ensejar a aplicação das penalidades previstas no Capítulo VI do Estatuto Social da ABF entre elas:

- I – Comunicação de “Não Conformidade”;
- II – Advertência;
- III – Suspensão;
- IV – Exclusão.

#### **CAPÍTULO VI – DO TERMO DE COMPROMISSO**

**Art. 16.** O presente Código integra-se ao conjunto de normas que regem o Sistema de Franchising, no que diz respeito aos associados e pessoas, físicas ou jurídicas, a eles relacionados, e será de cumprimento obrigatório.

#### **CAPÍTULO VII – DO APÊNDICE**

**Art. 17.** É apêndice deste Código:

- I – RICE – Regimento Interno da Comissão de Ética.