

Disputa judicial: franqueado e franqueador

Onde surgem os principais
conflitos?



**Walter Basílio
Bacco Jr.**

Sócio de contencioso
cível & comercial

Sumário ↓

Introdução

Quem está com a razão
nesses conflitos?

Normas consumeristas no contrato
de franquia

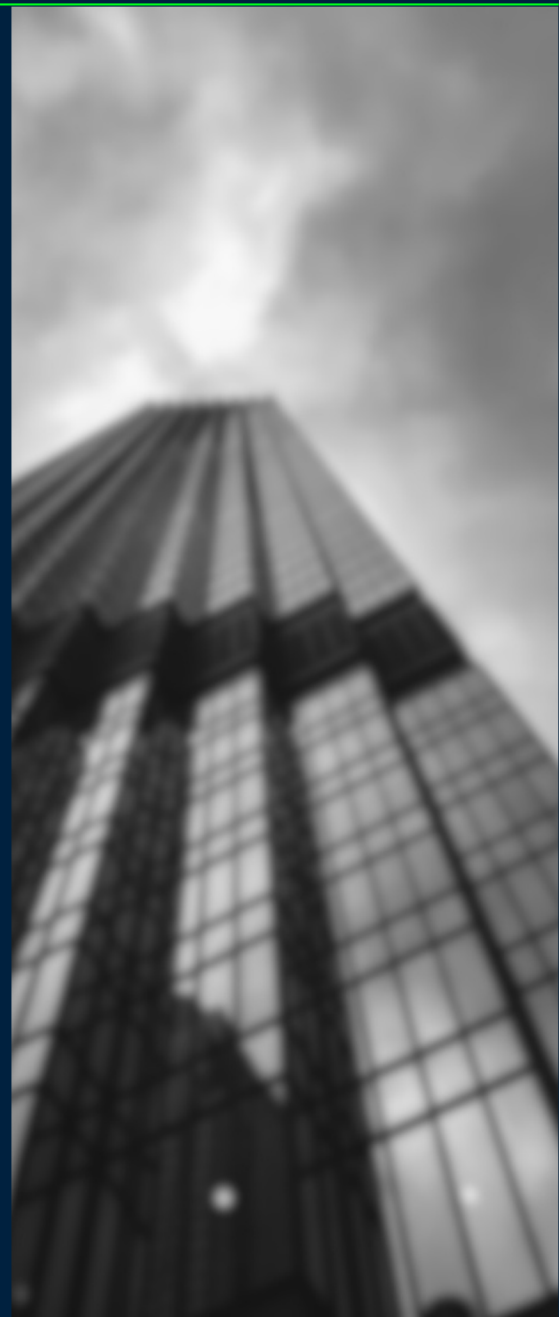
Jurisprudência sobre Infrações
na COF

Dever de Prestação de Assessoria
Técnica pelo Franqueador

Lucratividade da Unidade
Franqueada

Infrações às cláusulas

Considerações finais



Introdução

As disputas judiciais envolvendo relações de franquia têm se tornado frequentes, especialmente devido ao crescimento significativo do mercado de franquias, **que representa cerca de 2,5% do PIB do país**. O atual cenário econômico é favorável para empresários que buscam oportunidades em diversos segmentos nesse mercado.



De um lado, temos o **franqueado**, muitas vezes uma pessoa física buscando empreender, com a expectativa de lucrar, mas enfrentando recursos financeiros limitados e falta de expertise no negócio. Do outro lado, está o **franqueador**, uma pessoa jurídica que criou e desenvolveu seu negócio, com uma marca consolidada, investindo em tecnologias para melhorar seus produtos ou serviços e preocupado com a proteção de seus direitos de propriedade industrial.

Quando a expectativa do franqueado é frustrada e não há consenso entre as partes, a disputa é levada ao **Judiciário**. O franqueado pode buscar a rescisão contratual (art. 2º, §2º, da Lei nº 13.966/2019), a devolução das taxas pagas (taxa inicial da franquia, taxa de publicidade e outras), a aplicação de multas contratuais, e indenização por danos materiais para reaver os prejuízos e os investimentos realizados, como aquisição de maquinários e a instalação do ponto.

Quem está com a razão nesses conflitos?

Embora cada caso mereça uma análise detalhada das questões contratuais e da conduta das partes, frequentemente o franqueado é surpreendido pela inviabilidade do negócio devido à falta de expertise ou à má gestão. Uma das principais reclamações do franqueado é a transferência de todas as obrigações de administração do negócio para si após a assinatura do contrato de franquia.

Principais pontos de conflitos:

- ➔ a alegada falta de assessoria por parte do franqueador ao franqueado;
- ➔ a estratégia de marketing fracassada na divulgação da franquia;
- ➔ a ausência de informações fidedignas na Circular de Oferta de Franquia (“COF”) apresentada pelo franqueador;
- ➔ a omissão acerca do “payback” do investimento;
- ➔ a ausência de boa-fé e de transparência na expectativa de lucros auferidos, o que tornaria insustentável a manutenção do Contrato de Franquia; e,
- ➔ a violação da cláusula de não concorrência pelo franqueado e infração aos legítimos direitos de propriedade intelectual do franqueador pelo franqueado.

É fato que o insucesso da franquia, em muitos casos, decorre exclusivamente da **má gerência** do franqueado em gerir o modelo de negócio proposto, além da notória falta de entendimento acerca das peculiaridades da operação de franquias. Nesses casos **não há suporte jurídico** capaz de respaldar a defesa do franqueado que se revelou precipitado e inexperiente ao longo da relação contratual.



Inaplicabilidade das normas consumeristas ao contrato de franquia

Relação de Fomento Econômico e o ônus da prova



A nova Lei de Franquias (Lei nº 13.966/2019) é importante marco regulatório que deve sempre orientar as partes envolvidas nesse tipo de negócio. Esta lei trouxe regulamentações mais claras sobre as obrigações de ambas as partes e consolidou entendimentos jurisprudenciais consagrados ainda na vigência da Lei de Franquias anterior.

Uma das principais **disposições legais trata da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC)**, para relações de franquia,

como já asseverava pacificado entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

É importante frisar que, segundo o entendimento consolidado do STJ, o Contrato de Franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, **pois não há relação de consumo**, mas de **fomento econômico**, caindo por terra a alegada vulnerabilidade do franqueado frente ao franqueador. Confira-se:



RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FÁCIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "PATOLÓGICA". ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.
2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.
3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.
4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.
5. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 1.602.076/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 30/9/2016.)

Esta importante discussão implica na conclusão de que afastada a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na disputa judicial entre o franqueado e o franqueador e não havendo prova mínima da alegada hipossuficiência do franqueado, **cabe ao magistrado acolher a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova** (art. 373 do CPC). Isto é, que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Jurisprudência sobre Infrações na COF

O princípio da boa-fé objetiva e a convalidação tácita do negócio

Há outro importante ponto de embate por parte dos franqueados em desfavor do franqueador atinente à nulidade do Contrato de Franquia por conta de irregularidades na Circular de Oferta de Franquia ofertada pelo franqueador, como a ausência de balanços patrimoniais.

A nosso ver, com total razão, esta questão já está pacificada por nosso Tribunais e fica superada a discussão em razão da convalidação tácita do negócio no plano fático, mantendo-se hígido o pacto de franquia. Uma das formas de confirmação do ato anulável é a tácita (art. 174 do Código Civil), pela qual **"é escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava"**.

Esse, aliás, é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), segundo o qual:



Entendimento do TJSP:

A circular e seu conteúdo obrigatório são uma garantia importante ao franqueado, que, sem dúvida, deve ser observada pelo franqueador. Todavia, a anulação do contrato depende da demonstração de prejuízo em razão da eventual omissão a esse respeito. Não é por outro motivo que a lei fala em "anulabilidade", "e não, "nulidade", demonstrando que a circular não é requisito substancial para formação do contrato de franquia. Anote-se ainda que o prazo fixado pela lei para a entrega da circular é de dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado e, em caso de anulação, garante-se a devolução da taxa de filiação e royalties. Por força do princípio da boa-fé objetiva, inteiramente aplicável ao caso, isso faz pressupor que o pedido de anulação deve ser formalizado pelo franqueado em prazo razoável, sob pena de perder esse direito, até porque o que dá ensejo ao pleito anulatório é a falta de informação relevante, não a satisfação ou insatisfação do franqueado em relação à execução do contrato, não se justificando que, após certo tempo de execução, este, inopinadamente, requeira a anulação".

Apelação nº 0207083-65.2009.8.26.0100, Des. Rel. Pereira Calças, Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. 11.10.2011

Confira-se a jurisprudência do TJSP² e o enunciado IV da Câmaras de Direito Empresarial do TJSP sobre o tema:



Entendimento do TJSP:

CONTRATO DE FRANQUIA. Ação de anulação do contrato de franquia cumulada com pedido de devolução dos valores pagos e multa contratual. Suposta ausência de entrega pela franqueadora dos balanços financeiros juntamente com a circular de oferta de franquia. Circular que contém previsão de entrega dos balanços financeiros em visita à sede da franqueadora. Eventual deficiência da circular suprida pela convalidação tácita do contrato anulável. Unidade franqueada foi aberta, não obstante a falta de pagamento da taxa de franquia pela franqueada. Contrato executado por mais de um ano. Inconformismo autor franqueado com o insucesso do negócio não é razão suficiente para a anulação do contrato. Extinção do contrato que se deu em virtude do inadimplemento da franqueada. Ação improcedente. Reconvenção parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido.

TJSP, Apelação Cível de nº 1006349-18.2014.8.26.0032, 2ª Câmara de Direito Privado, Des. Relator FRANCISCO LOUREIRO







Denota-se aqui mais um comportamento contraditório do franqueado do que propriamente uma conduta omissiva do franqueador, na medida em que não é admissível que ultrapassado certo tempo de performance da relação contratual, venha se invocar uma pretensa irregularidade na Circular de Oferta da Franquia ("COF"), na vã tentativa de anulação do pacto, ainda mais considerando-se a ausência de prejuízo, a longeva relação contratual e o não impedimento da exploração do negócio.

2. A inobservância da formalidade prevista no art. 4 da Lei nº 8.955/94 pode acarretar a anulação do contrato de franquia, desde que tenha sido requerida em prazo razoável e que haja comprovação do efetivo prejuízo.

É evidente que muitas alegações do franqueado buscando a invalidação do contrato de franquia se devem em razão da frustração das suas expectativas de lucros, tema que está intrinsecamente relacionado mais diretamente à má gerência do negócio pelo franqueado do que propriamente a uma conduta ilícita ou antijurídica imputada ao franqueador.

Dever de Prestação de Assessoria Técnica pelo Franqueador

Outro tema de grande litigiosidade habitualmente questionado pelo franqueado é o dever de prestar assessoria técnica suficiente pelo franqueador. Neste caso, **o ônus da prova recairá inequivocamente ao franqueador**, sendo recomendável comprovar que:

-  forneceu todo o apoio ao projeto arquitetônico e instalação da unidade franqueada, sem custo adicional;
-  supervisionou a unidade franqueada e que destacou os pontos de atenção para a melhoria e o aumento da lucratividade da operação;
-  prestou toda a assessoria visando o melhor desenvolvimento da unidade Franqueada, como treinamento antes e durante o início das operações;
-  recomendou o melhor plano de ação para o desenvolvimento do negócio, pontuando a realização de novo treinamento de venda com a equipe da unidade franqueada, indicando ações como panfletagem, contratação de influencer, parcerias com o comércio local;
-  prestou assessoria em treinamentos e ações de performance em vendas, e na implementação de medidas para melhoria na qualidade, economia significativa nos custos, busca de novos fornecedores;
-  investiu no desenvolvimento do plano de marketing regional e de planos de mídia, atuando fortemente para o crescimento comercial da sua rede de franqueados.



Lucratividade da Unidade Franqueada

Um ponto alto da discussão entre franqueado e franqueador **é a lucratividade da unidade franqueada**. De acordo com a nova Lei de Franquias, o franqueado reconhece que não receberá qualquer garantia de rentabilidade e que o sucesso comercial da operação depende de três requisitos importantes: suas habilidades gerenciais, capacidade de investimento e comprometimento no negócio.

É essencial considerar o risco inerente a toda atividade empresarial. A celebração do contrato de franquia **não garante resultados de faturamento**, independentemente do alto grau de notoriedade e sucesso da marca franqueada.

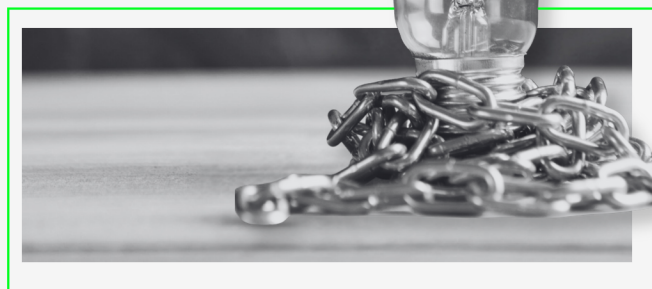
A maturação do negócio, a formação do ponto comercial e a fidelização da clientela são cruciais para o sucesso do franqueado. O E.TJSP solidificou o entendimento de que, numa relação contratual de franquia, as partes devem dar um tempo mínimo à parceria antes de pôr um fim a ela. Dadas as dificuldades iniciais de um empreendimento, a expectativa de lucro deve ser relegada para um momento futuro, após a maturação do negócio.



FRANQUIA - Ação de rescisão de contrato, cumulado com pedido indenizatório, ajuizado por diversos franqueados, em face da empresa franqueadora, titular da marca “MR. Limp” - Inocorrência de cerceamento de defesa - O contrato de franquia é de risco, cujo sucesso depende de fatores alheios às partes, inerentes ao mercado - Causa de pedir da demanda fundada na expectativa de lucro frustrada que reflete a ingenuidade dos autores - Indicativo de faturamento, no site da ré que constitui mera estimativa, cuja concretização depende também do perfil empreendedor de cada um dos franqueados - Estimativa, ademais, dos custos iniciais do empreendimento, estabelecida no contrato, que pode variar segundo fatores específicos de cada unidade franqueada - Assessoria, prestada pela ré, aos autores, de forma adequada - Acolhimento, em parte, do inconformismo apenas para afastar a indexação das royalties e da taxa de marketing ao salário mínimo - Apelo provido parcialmente.(...) Os autores, pessoas esclarecidas (médicos, empresários, analistas de sistemas), são sabedores que, nos dias de hoje, um faturamento elevado, na ordem de R\$ 150 mil por mês, não é imediato. Depende de efetivo empenho, variação territorial, capital de giro. É sabido que a constituição de uma empresa demanda dispêndio de recursos com aquisição de maquinários, equipamentos, móveis, formação de estoque, além de funcionários. Inerentes são as dificuldades iniciais de um empreendimento, cuja expectativa de lucro favorável deve ser relegada para um momento futuro, após a maturação da empresa. De nulidade do contrato, portanto, não há falar, já que preenche todos os requisitos estatuídos pelo art. 104 do Código Civil. Segue-se que os alegados vícios de informação ou de publicidade enganosa não ocorreram. O risco do empreendimento é dos autores-apelantes. Não há qualquer elemento nos autos a indicar haver a ré dado azo ao insucesso das franquias. Aliás, seria mesmo estranha tal postura de abandono total da ré, cujo intento, logicamente, é preservar seu perfil pioneiro na área em que atua.

TJSP - Apelação nº 1020019-43.2014.8.26.0576, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 17/02/2016

Infrações à cláusula de não concorrência e direitos de propriedade industrial



Após a ruptura do contrato de franquia, outras importantes disputas judiciais podem surgir, especialmente em casos de **infração à cláusula de não concorrência e aos direitos de propriedade industrial do franqueador**. A jurisprudência sobre a cláusula de não concorrência em contratos de franquia está consolidada, com as Varas de Direito Empresarial do TJSP reconhecendo sua validade. O STJ também valida essa cláusula, ajustando-a em casos de **abuso de poder e desequilíbrio contratual**.

No que tange às infrações aos direitos de propriedade industrial do franqueador, além das infrações de patentes e marcas, destaca-se a figura do **'trade dress'**. Segundo nossos Tribunais, esta ainda é **subjéctiva e depende de robusta comprovação técnica**, através de laudo pericial em júízo. Recentes decisões do STJ exigem um conjunto probatório robusto para alegar violação ao 'trade dress'. Essa alegação muitas vezes serve como evidência de **má-fé do ex-franqueado**, que se aproveita do know-how adquirido e do segredo de negócio protegido pelo ex-franqueador **para desviar clientela e praticar concorrência desleal parasitária**.

Considerações finais

As disputas entre franqueado e franqueador devem ser enfrentadas com base na **boa-fé contratual**, no pacto firmado e na legislação e jurisprudência vigentes, buscando a melhor solução para cada caso concreto. Entender as regulamentações e se preparar para cumprir as **obrigações contratuais são passos essenciais para evitar litígios e garantir um relacionamento harmonioso e produtivo entre franqueador e franqueado**. Insights adicionais podem ser obtidos ao investir em capacitação, aderência às melhores práticas de gestão e transparência contínua em **todas as etapas do relacionamento de franquia**.

**Quer saber mais sobre
este tema?**

**Acesse nosso site
faillalima.com.br e
fique à vontade para
nos chamar para um
bate-papo!**