

NOTA TÉCNICA – PROJETO DE LEI 1572/2011 E SUBSTITUTIVO

A lei de franquias, 8.955/94, entrou em vigor em fevereiro de 1995 e é a responsável por esse equilíbrio. Ao longo desses vinte anos de vigência ela tem se mostrado bastante atual, cooperando com o crescimento do mercado e o estabelecimento da segurança jurídica das relações entre as partes integrantes do sistema.

Mesmo com esses predicados, sempre houve espaço para aprimoramentos, tanto que no final de 2015 foi aprovado na Câmara o PL 4386/12, que moderniza a atual lei de franquias. Esse PL foi objeto de um grande debate entre os participantes do sistema de franchising e de ações de interlocução com os parlamentares responsáveis pela análise do projeto, ambas lideradas pela ABF.

O texto aprovado na Câmara vem ao encontro dos anseios do franchising e é do agrado do setor. O texto mantém toda a segurança jurídica necessária para a manutenção do crescimento e do desenvolvimento do setor.

Atualmente, o PL está em trâmite no Senado Federal, onde recebeu nova identificação, passando a ser o PLC 219/15.

No entanto, essa segurança jurídica, estabilidade, crescimento e desenvolvimento do setor correm riscos de abalo em caso de aprovação dos dispositivos previstos no Projeto de Lei 1572/2011 (novo “Código Comercial”) que tratam da matéria franquia (artigos 331 a 333).

Agindo na defesa do sistema de franchising, a ABF já havia encaminhado manifestação contrária a inclusão de dispositivos que disciplinam o tema franquia no texto do novo Código Comercial.

Apesar dessa manifestação, o Substitutivo apresentado pelo Excelentíssimo Deputado Paes Landim manteve no texto do Capítulo III – dos contratos de colaboração empresarial - na Seção VII os artigos que tratam da franquia empresarial (artigos 331 a 333).

Esses três artigos não esgotam todos os temas ligados ao sistema de franquia empresarial e que hoje estão eficazmente disciplinados pela Lei 8.955/94, modernizada pelo PLC 219/15. Além de não esgotarem os temas, trazem insegurança jurídica e podem desestabilizar o setor impactando no seu crescimento e desenvolvimento.

O primeiro item a destacar é a definição do contrato de franquia previsto no artigo 396.

O artigo 396 do Projeto de Lei 1572/2011, modificado pelo artigo 331 do Substitutivo dispõe que:

Art. 331. *Pelo contrato de franquia empresarial, um empresário, denominado franqueador licencia o uso de suas marcas a outro empresário, denominado franqueado, e presta a este, nas condições do contrato, serviços de organização de empresa.*

O artigo é relativamente singelo quando comparado a atual definição de franquia empresarial descrita no artigo 2º da Lei 8.955/94, vejamos:

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.*

A simplicidade do artigo 331 se torna ainda maior quando comparado ao texto do artigo 2º do PLC 219/15, já aprovado pela Câmara:

Art. 2º *Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, se caracterize relação de consumo ou vínculo empregatício, seja em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento.*

§ 1º *Para os fins da autorização de que trata o caput, o franqueador deve ser titular ou requerente de direitos sobre os objetos da propriedade intelectual negociados no âmbito do contrato de franquia, ou estar expressamente autorizado pelo titular.*

§ 2º *A franquia pode ser adotada pela empresa estatal, privada ou por entidade sem fins lucrativos, independentemente do segmento em que desenvolva as atividades.*

Como se pode observar, o contrato de franquia vai muito além da simples licença de marca ou apoio na organização da empresa. E mais, não se mostra razoável aceitar duas definições sobre um mesmo instituto.

Além da simplicidade, o artigo 331 traz uma imprecisão técnica bastante grave ao mencionar que o franqueador presta serviços ao franqueado. Serviço propriamente dito é aquele em que existe somente obrigação de fazer. O contrato de franquia é complexo e nele constam obrigação de dar e fazer, sendo que estas, geralmente, são atividades-meio para o cumprimento do contrato, e não atividades-fim.

O contrato de franquia possui natureza híbrida, não se caracterizando para o mundo jurídico como uma simples prestação de serviço.

A ABF tem trabalhado incansavelmente para afastar os entendimentos equivocados de que que franquia empresarial se resume apenas em uma mera prestação de serviços.

Em pareceres solicitados pela entidade a renomados juristas, dentre eles, o Professor Paulo de Barros Carvalho, apurou-se que o contrato de franquia é uma cessão onerosa de direitos, ou seja, é o modelo de negócio onde o franqueador transfere, por tempo determinado ou

indeterminado, ao franqueado, mediante contraprestação econômica, direitos de exploração de sua marca, bem como o seu *know how*. A prestação de eventuais serviços não é o elemento substancial do contrato de franquia.

O Professor Paulo de Barros Carvalho em seu parecer destacou que:

"Consiste a franquia em um contrato que liga uma pessoa jurídica a outra, autorizando uma delas (o franqueado) a usufruir o direito de utilizar marcas ou comercializar produtos de propriedade de outra (franqueador), sem que exista, entre as partes, vínculo de subordinação. Trata-se de um contrato cuja essência se caracteriza pela cessão de direito."

O objetivo do sistema de franquia, conforme previsto no art. 2º da Lei 8.955/94, está em ceder (dar) ao franqueado o direito de uso de marca ou patente. Posteriormente a essa obrigação primordial de dar está a obrigação de distribuir (dar) exclusiva ou semi-exclusivamente produtos ou serviços. Logo, esta última obrigação é mera consequência daquela primeira.

Logo, tão-somente em caráter extraordinário a relação de franquia pode abranger a cessão (dar) de uso de tecnologia de implementação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detido pelo franqueador.

Nestes termos, conclui-se pela necessidade de exclusão do 331 ou sua substituição pela moderna definição do artigo 2º do PLC 219/15.

Em que pese a insegurança gerada pela existência de dois conceitos sobre o mesmo instituto, caso nenhuma das sugestões feitas sejam consideradas, é fundamental que a redação do projeto de lei e do Substitutivo optem pela expressão "transferência de tecnologia" ao invés de "serviço", o que soaria mais técnico e compatível com a realidade.

Nesses termos, sugestão de uma redação mais adequada para o artigo 331 seria a seguinte:

Art. 331. *Pelo contrato de franquia empresarial, um empresário, denominado franqueador licencia o uso de suas marcas a outro empresário, denominado franqueado, e transfere a este, nas condições do contrato, tecnologia.*

O segundo item a ser destacado é a previsão trazida pelo artigo 332 e parágrafo único.

Esse artigo não traz nenhuma inovação ou tampouco modifica qualquer situação no universo do franchising, revelando-se desnecessário sob o ponto de vista operacional.

Dispõe o citado artigo:

Art. 332. *Sempre que tiver interesse na implantação, como franqueador, de sistema de franquia empresarial, o empresário deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma Circular de Oferta de Franquia.*

Parágrafo único. *A Circular de Oferta de Franquia deve atender aos requisitos da lei especial.*

A Lei 8955/94 já estabeleceu a obrigatoriedade de apresentação da Circular de Oferta de Franquia (COF) e o PLC 219/15 também ratificou essa obrigatoriedade.

Além disso, tanto a Lei 8955/94 como o PLC 219/15 abordam o tema Circular de Oferta de Franquia de forma mais ampla, estabelecendo regras claras e precisas sobre esse documento. Tanto é verdade que o parágrafo único do artigo 332 faz remissão a lei especial, no caso, a 8955/94.

Por essas razões, a sugestão que se apresenta é a supressão do artigo 332 do Substitutivo final.

O terceiro ponto de destaque diz respeito a previsão de anulação do contrato e devolução de valores pagos ao franqueador no caso de disponibilização da Circular de Oferta de Franquia fora do prazo legal ou a sua disponibilização com informações falsas.

Dispõe o artigo 333 do Substitutivo:

Art. 333. *O franqueado tem o direito de pleitear em juízo a anulação do contrato e exigir a devolução de todas as quantias pagas ao franqueador, ou a terceiros por ele indicados, com os consectários devidos, no caso de:*

I – descumprimento do prazo legal para disponibilização da Circular de Oferta de Franquia; ou

II – prestação de informações falsas na Circular de Oferta de Franquia.

Tal qual o artigo 332, o artigo 333 não traz inovação, uma vez que o parágrafo único do artigo 4º da Lei 8.955/94 e do PLC 219/15 já trazem a previsão de penalidade para o caso de não apresentação da Circular de Ofertar de Franquia ou para a apresentação com informações falsas em seu conteúdo.

Vale ressaltar que a norma especial prevalece, no seu âmbito restrito de atuação, sobre a norma geral, ainda que em sentido contrário.

A existência de regras sobre um mesmo assunto em legislações diferentes, repita-se, só aumenta a insegurança jurídica, colocando em risco a estabilidade das relações.

Por tais motivos, formula-se a sugestão de exclusão do artigo 333 e incisos I e II do texto.

O quarto ponto, que também é objeto de grande preocupação, é o parágrafo único do artigo 333. Dispõe o citado parágrafo:

Parágrafo único. *Em caso de divergência entre o contrato assinado e a Circular de Oferta de Franquia, prevalecerá a disposição mais favorável ao franqueado.*

Esse parágrafo traz para o cenário dos negócios a tese do reconhecimento da hipossuficiência do franqueado em relação ao franqueador, ou seja, o reconhecimento da incapacidade do franqueado de tomar decisões ou de apurar divergência(s) entre a Circular de Oferta de Franquia e o Contrato de Franquia com se este último não tivesse capacidade de avaliação.

O parágrafo único também traz instabilidade e insegurança pois parte de uma premissa de que as divergências foram instituídas por má-fé ou dolo do franqueador e não por um mero erro, por exemplo. Portanto, em havendo divergência, é necessário apura-las sob a óptica dos defeitos do negócio jurídico previstos no Código Civil brasileiro e não as interpretar de forma mais favorável ao franqueado, como se este último não fosse um empresário com capacidade de avaliação.

Destaca-se também que a ideia de considerar o franqueado hipossuficiente destoa também do próprio texto da proposta do novo Código Comercial, que nomeia esse franqueado como um empresário, tal qual o franqueador, ou seja, ambos são empresários e por essa equivalência devem ser tratados, não havendo razão para um tratamento diferenciado em favor de um empresário em detrimento do outro empresário.

O último ponto relacionado ao tema franquias está previsto no parágrafo único do artigo 99. O citado parágrafo e artigo estabelecem:

Art. 99. *São decadenciais os demais prazos extintivos previstos neste Código.*

Parágrafo único. *É de seis meses o prazo de decadência para:*

I – O franqueado pleitear a anulação do contrato de franquias, em razão de informações falsas na Circular de Oferta de Franquias ou de descumprimento do prazo legal para sua entrega, contados, no primeiro caso, do momento em que pôde ser percebida a falsidade, e, no segundo, da data da assinatura do instrumento contratual;

O prazo decadencial de 06 (seis) meses para o franqueador pleitear a anulação do contrato de franquias pela veiculação de informações falsas na Circular de Oferta de Franquias ou de descumprimento do prazo legal para sua entrega é uma regra nova, inexistente na redação da Lei 8955/94 e no texto do PLC 129/15.

No entanto, tal inovação não representa avanço e tampouco traz segurança jurídica para as relações empresariais. Algo permeado pela falsidade não pode se revestir de legalidade tão somente pela expiração do prazo de 06 (seis) meses. Essa situação faz com que pessoas mal-intencionadas se estabeleçam no mercado e utilizem o exíguo prazo decadencial a seu favor. O mercado de franchising não pode se prestar a acobertar tais práticas.

Forte em tais razões, a Associação Brasileira de Franchising, na qualidade de entidade representante do sistema de franchising no Brasil, é favorável a exclusão dos artigos 396 a 399 do Projeto de Lei 1572/2011 e dos artigos 331 a 333 do Substitutivo do Excelentíssimo Deputado Paes Landim que tratam de franquias empresariais.

Outro ponto de preocupação do setor de franchising foi a exclusão pelo Substitutivo do capítulo dedicado a "Locação Empresarial" e a inclusão em seu lugar de um novo capítulo, chamado "Do contrato de Shopping Center".

Dentre as disposições previstas nos artigos 367 a 370 destaca-se o §2º do artigo 368, que autoriza a prejudicial combinação do aluguel mínimo com o aluguel percentual.

Art. 368. (...)

§ 2º. A remuneração devida pelo cessionário pode ser fixada em bases móveis, valor mensal reajustado periodicamente, percentual do faturamento deste ou a combinação destes fatores ou outro critério contratado pelas partes.

Em recente levantamento feito pela ABF com seus associados, apurou-se que 85.9% pagam aluguel mínimo combinado com o percentual do faturamento, prevalecendo o que for maior.

No entanto, 48% eram favoráveis ao aluguel mínimo e 43% eram favoráveis ao aluguel calculado pelo faturamento, ou seja, 91% preferem uma ou outra forma e rejeitam a combinação.

Quando da criação da regra de cobrança através do aluguel mínimo ou percentual prevalecendo o maior, o varejo vivia uma outra realidade. O que na teoria parecia um cenário adequado, afinal o varejista com negócios no Shopping Center pagaria um valor baixo (valor mínimo) em épocas de vendas baixas, mas em época de vendas altas, pagaria um valor sobre o percentual do seu faturamento, revelou-se na prática uma forma bastante onerosa para o varejista, que viu o aluguel mínimo subir a tal ponto de forma a tornar o aluguel pela porcentagem algo não mais possível de se pagar, ou seja, o aluguel mínimo deixou de ser mínimo. Esse cenário de aumento de custos de ocupação produz os indesejáveis efeitos de aumento da inflação e do desemprego.

A adoção dessa regra permitiria que o empreendedor de Shopping Center dividisse os bônus com o locatário em época de vendas altas, mas não assumira os ônus em épocas de vendas baixas vez que o valor do aluguel mínimo atualmente praticado é demasiadamente alto a ponto os varejistas sequer conseguirem pagar o aluguel com base no faturamento.

Diante desses fatos, sugere-se como imprescindível que o Substitutivo inclua no texto a vedação a prática de cobrança da combinação de aluguel mínimo e do aluguel sob o faturamento sob o risco da manutenção dos elevados custos geradores de inflação e de corte de postos de trabalho.

Também preocupa o setor de franchising a cobrança praticada pelos *Shopping Centers* da taxa de transferência nos casos de simples mudança de locatário/franqueado. Essa prática não é algo razoável para o mercado de franchising considerando que a mudança é apenas do locatário/franqueado e não da marca. É uma situação diferente a do locatário que opera sob a marca "X" e que repassa o ponto para outro locatário que irá operar a marca "Y". No mercado de franquias a marca é mantida e não causa nenhum impacto nas operações do Shopping. Porém, mesmos nesses casos, os Shoppings costumam cobrar a taxa de transferência, que varia de 06 a até 20 alugueis. Esse valor é extremamente alto quando comparado ao nenhum impacto que essa mudança de locatário causa.

Considerando os demais custos de ocupação (condomínio, fundo de propaganda, taxa de ar condicionado, taxa de água, taxa de luz, IPTU, além do próprio aluguel) esse é mais um valor que impacta diretamente na operação do franqueado em Shopping Center, trazendo reflexos nos custos dos produtos vendidos ao consumidor.

Por tais razões, necessária a inclusão de previsão no Substitutivo de que o Shopping não pode cobrar taxa de transferência quando não houver alteração da marca.

Outro item preocupante é o do §3º do artigo 367:

§ 3º. Cabe ao empreendedor do Shopping Center elaborar e rever, a qualquer tempo, o plano de distribuição racional do complexo empresarial, levando em consideração também os interesses do conjunto de empresários que nele exploram sua atividade empresarial.

Esse parágrafo pode reavivar a problemática do artigo 106 do Projeto de Lei, que dispõe:

Art. 106. *Nos contratos de locação de loja ou espaço em Shopping Center, o empresário titular deste pode se opor à renovação sempre que a permanência do locatário no local tornar-se prejudicial à adequada distribuição de oferta de produtos e serviços no complexo comercial.*

Esse artigo cria um instituto bastante perigoso, pois possibilita ao empreendedor de Shopping Center, dada a alta carga de subjetividade, recusar a renovação do contrato de locação sob o simples argumento de que a permanência do locatário no local torna prejudicial à adequada distribuição de oferta de produtos e serviços no complexo comercial (*mix*), representando uma afronta a tutela do fundo de comércio.

Nesse caso é preciso balizar que tipo de proteção se busca, a do desenvolvimento econômico e os empregos ou interesse financeiro do empreendedor de shopping.

O último ponto merecedor de abordagem no Substitutivo diz respeito ao parágrafo único do artigo 369, que dispõe:

Parágrafo único. *A locação de loja ou espaço em Shopping Center será regida por lei especial.*

A leitura do parágrafo único permite duas interpretações. A primeira de que já existe uma lei especial apta a tratar de toda a matéria referente a locações, no caso, a Lei 8245/91. Portanto, desnecessária a introdução de novos dispositivos diante da existência no ordenamento jurídico de uma lei que já trata amplamente do tema. A adoção de novas regras sobre o mesmo tema instala um conflito entre norma legais, que são geradores de insegurança jurídica. A segunda interpretação é de que uma nova lei será editada para tratar do tema. Essa conclusão se chega a partir da análise da expressão "*será regida por lei especial*". Esse disposto também aumenta a insegurança jurídica pois as regras previstas nos artigos 367 a 370 do Substitutivo, além de trazerem pontos prejudiciais ao setor varejista como um todo, também geram dúvidas em relação ao alcance e a aplicabilidade da lei 8245/91 para os contratos de locação em *Shopping Centers*, ou seja, cria uma zona cinzenta, onde não se pode afirmar com segurança que os contratos de locação em *Shopping Centers* observam a lei vigente ou se estão pendentes de regulamentação por uma futura lei.

Diante desse contexto, necessária a retirada do Capítulo VII – Do contrato de *Shopping Center* do texto do Substitutivo e a manutenção da exclusão do Capítulo IV – Da locação empresarial do texto do Projeto de Lei tendo em vista que as regras previstas nos artigos 104, 105 e 107 já estão previstas na Lei 8245/91 e a previsão trazida no artigo 106, conforme anteriormente explicado, é um instituto bastante perigoso para as marcas de franquia com operação em *Shopping Centers*.



Em nome do mercado brasileiro de franchising, a **ABF** conta com o(a) Excelentíssimo(a) Deputado(a) no apoio as sugestões propostas de alteração do Substitutivo do PL 1572/2011 (novo "Código Comercial") conforme razões demonstradas neste documento.

Respeitosamente,

Cristina Franco
Diretora Presidente
Associação Brasileira de Franchising