

FRANCHISING

REUNIÃO DO FORO PERMANENTE DE DIREITO EMPRESARIAL

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO construíram ao longo das últimas décadas pontes de eficiência para eliminar o espaço vazio entre a força da velocidade tecnológica e a missão de julgar.

Em termos cronológicos, não seria possível definir o real início da atitude – ou das atitudes- visto que o magistrado mantinha, como, de certa forma, ainda mantém a política do atuar solitário, entre estudos e decisões. Mesmo em segundo grau, quando se atua em colegiado, o relator do recurso tem seus momentos de nostálgico autoabandono.

Para quem conhece os caminhos do Tribunal de Justiça fluminense, há de se lembrar do final dos anos 1980, em que o Desembargador Renato Maneschi, reunia seus colegas de primeiro grau, em auditório da AMAERJ, para a realização de estudos, atualizações, comentários sobre matérias cuja interpretação necessitasse de trabalho conjunto, dado o grau de dificuldade teórica, doutrinária ou aplicativa.

Aqueles encontros matinais de segundas-feiras, informais, pessoais, estimulados unicamente pela vocação estudiosa dos juízes, ganhou roupagem de formalidade com a ESCOLA DA MAGISTRATURA, destinada a aprimorar a instrumentária intelectual, utilizada no exercício decisório, auxiliando os juízes no trabalho solitário da pesquisa e do conhecimento.

O plano de ação da EMERJ parte do reconhecimento de que aquele juiz do *la cour connaît le droit* (descendente legítima do *iura novit curia*) deve, obrigatoriamente, adaptar-se aos lindes mais modestos do poder do conhecimento, em face das rápidas mudanças, diárias, dos cenários sociais e legislativos.

Embora a especialização de juízes não signifique abandono do conhecimento geral, até mesmo, ao contrário, ratifique a imposição do domínio dos princípios básicos de qualquer ramo do direito, a alternativa da preparação do magistrado para atuar em varas de finalidades específicas veio a ser adotada e, com isso, redimensionou-se o conjunto organizacional da EMERJ, incrementando-se fóruns permanentes de debate, para solidificar conhecimentos, atualizar teorias, unificar entendimentos, reduzir, enfim, o tempo do ofício de julgar.

Neste caminho em direção a profundidades do saber técnico, não é lícito supor que um especialista em sociedades anônimas, com amplo cabedal de experiência em questões de controle acionário, tenha tido a oportunidade de se aprimorar nos aspectos relativos ao direito marítimo, com atinência, por exemplo, ao seguro em caso de arribada forçada. Não é provável que um profissional de marcas e patentes tenha o mesmo traquejo na seara da propriedade industrial e, a um só tempo, no campo da matemática financeira aplicada aos contratos bancários.

É neste universo da repartição de conhecimento que se inserem os contratos de *franchising*, com suas idiossincrasias nem sempre perceptíveis ao analista genérico.

Para o reexame desta matéria, a EMERJ, uma vez mais, pôs o tema em debate, em simpósio, cujas conclusões transitaram pelos conceitos do ramo; o emprego da estratégia no papel do SEBRAE e em operações de privatização; perspectivas legislativas; aspectos financeiros; particularidades operacionais; projetos arquitetônicos e utilização da marca.

Para o desenvolvimento dos trabalhos, estiveram em voga os seguintes dados estruturais:

A DEFINIÇÃO CONTRATUAL

Tome-se por base a definição legal de franquia, nos termos do art. 2º, da Lei nº 8.955/94:

*Franquia **empresarial** é o sistema pelo qual um **franqueador** cede ao **franqueado** o direito de uso da marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, **eventualmente**, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, **no entanto**, fique caracterizado vínculo empregatício.*

Mesmo com as reservas que alguns especialistas em legislação têm com respeito a definições legais –neste caso, com toda razão-, a retórica do dispositivo revela situações que, no confronto com a realidade, justificam análise. Penso que a franquia deveria ser comercial, para maior amplitude de alcance; estratégia, em lugar de sistema, melhor descreveria a técnica; eventualmente, no entanto, emprego de termos adverbiais desnecessários.

De toda forma, vale extrair do texto definidor características do contrato, de natureza bilateral sinalagmática, misto complexo, de configuração comercial.

As interpretações do universo contratual brasileiro são facundas e fecundas, em larga escala. Há, por exemplo, tentativa de considerar excluída do cenário consumidor a relação do cliente com as entidades financeiras, embora a Lei nº 8.078/90, no seu artigo 3º, §2º, seja incisiva:

Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo...inclusive as de natureza bancária...

A principal Corte Julgadora do país pronunciou-se em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI – 2591 -ajuizada pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras) com a decisão incisiva: as relações de consumo de natureza bancária ou financeira devem ser protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor...

O óbvio no caso da incidência da proteção consumerista, nas hipóteses de relação bancária, para as relações de franquia, fica inequivocamente afastada a legislação do consumidor, dada a própria natureza do contrato. Aqui, também, a lógica funciona com a mera comparação entre os conceitos de consumidor, toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, da Lei nº 8.078/90) e a definição acima exponenciada, da qual se extraem os conceitos de franqueador e franqueado, atores

que contratam uso de marca e tecnologia, o que não se coaduna com propósitos finalistas de aquisição.

O STJ foi chamado a dirimir o impasse, tendo-se pronunciado em diversos julgados, dos quais se ressalta o AgReg. no Resp nº1336491, Rel.: Ministro Marcos Buzzi, ratificando o entendimento excludente do fato comercial de envolvimento com a seara consumerista.

Assim, vê-se que a definição legal não é suficiente a evitar a facúndia fecunda, como ocorre, ainda, com episódios do direito tributário. O fato gerador do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza, de acordo com a dicção legal, identifica-se na lista de prestação de serviço da Lei Complementar nº116/2003. Para o histórico sequencial legislativo, desde o vetusto Decreto-lei nº406/68 e modificações incluídas pela Lei Complementar 56/87, até o diploma legal vigente, o fato gerador é de serviço de agenciamento ou corretagem de franqueamento, não a atividade de franquia. É este o sentido do julgado AgReg, Resp nº953840, em que figurou como relator o Ministro Luiz Fux.

A COMPLEXIDADE DA ESPÉCIE

Como se observa, o contrato de franquia envolve ingredientes, por si sós, complexos na sua ontologia, especialmente, marcas e patentes e a transferência de tecnologia (*know how*).

Rememorem-se os termos da definição: cessão do direito ao uso de marcas e patentes; direito de distribuição de produtos e serviços; tecnologia de implantação e administração de negócio; sistemas operacionais.

O universo marcário e patentário, regulado pela Lei nº 9.279/96, cuida de especificar as marcas de produtos ou serviços como instrumentos de identificação, para “distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa (art. 123, I). No tocante às patentes, o texto legislativo se concentra no conceito de invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial (art.8º).

A tecnologia, estudo de processos, métodos, meios e instrumentos de atividades e ofícios, e *know how*, conhecimento de normas e processos que habilitem operações, é o saber prático.

Voltemos ao introito deste capítulo, para lembrar os propósitos do Foro Permanente de Direito Empresarial da EMERJ, no sentido de municiar os magistrados com dados só encontrados na intimidade do trato científico das matérias. Com efeito, só se pode decidir com respeito a franquia com o manuseio dessas particularidades, afastadas, naturalmente, da ordem básica dos princípios gerais relativos a qualquer repartição do direito.

Na espécie contratual, o franqueador já tem o domínio da marca ou patente cujo uso se dispõe a permitir. O licenciamento de uso pelo titular da patente ou do registro da marca ingressa nas tratativas sob a condução regulatória dos procedimentos previstos na Lei nº 9.279/96, art.61, para patentes, e 139, para marcas. Trata-se de pacto adjeto, que impõe condições a ambas as partes e cuja natureza permanece na presidência do encontro de vontades entre franqueador e franqueado.

A transferência de tecnologia e de *know how* figuram em cenário que, muitas vezes, atingem a níveis rocambolescos, dignos de romance. Aliás, a espionagem industrial tem

sido a protagonista de obras espetaculares no ramo cinematográfico. A regra moral deste universo é a não transferibilidade de tecnologia. O segredo continua a desempenhar o papel de “alma do negócio”. Pois. No entanto, na espécie franquia, a transferência é parte estrutural da tratativa. Sem que o franqueado disponha dos métodos e meios para operar marca ou patente, não se realiza o negócio. A sutileza está na proporção transferível, a ponto de permitir as operações –interesse mútuo –, com atinência à preservação de elementos “intransferíveis”, para a garantia da detenção do domínio dos instrumentos próprios do exercício único do domínio desses bens, marca e patente.

Está no âmbito dessa sutileza a diferença entre tecnologia, estudo geral, e *know how*, saber prático. Filosoficamente, a princípio, um integra a outra. A prática é o exercício da técnica e, não raro, o fazer é a própria tecnologia. A definição dessas fronteiras filosóficas atua como instrumento preventivo ou possibilitador de conflitos, do surgimento à solução.

A condução de um negócio franqueado, embora difícil e complexa, como todo negócio, a estratégia, mesmo, configurada a fórmula social, de responsabilidade limitadas, sociedade anônima, empresa individual, não evita os percalços com as operações e atividades de instalação, sede, aluguel ou propriedade; móveis e utensílios; capital de giro.

O uso da estratégia pode queimar etapas. Um empreendedor se depara com sérias dificuldades para definir seu ramo de negócio. No mais das vezes, o objeto do empreendimento já configura sonho antigo, muita vez, acalentado em instâncias infantis. Difícilmente, pouco provável, aliás, que alguém se aventure no mundo do comércio, sem saber o que pretende comerciar.

Vencida esta etapa, o produto a ser comercializado ou o serviço a ser prestado tem sua configuração através de dados de competitividade, na seara da qualidade, preço e prestígio. Em grande parte, o esquema de franqueamento elimina algumas dessas dificuldades, visto que o produto e sua marca já são postos ao dispor do franqueado com sua reputação já solidificada, após o patenteamento, o registro da marca e a aceitação do mercado.

Hoje, esse planejamento pode ser objeto de estudo e aprendizado. Para esta missão de habilitar o pequeno e médio empresário, a maioria no setor comercial, o Serviço de Apoio às Médias e Pequenas Empresas, entidade privada, destinada a propiciar condições de empreendimentos e desenvolvimento de participação neste importante segmento da economia nacional.

O empreendedor, portanto, ciente de que é obrigatório o preparo e a aquisição de condições, sabe por onde começar.

PERCALÇOS DE DIFÍCIL TRANSPOSIÇÃO.

Entre todas as dificuldades ditadas pela burocracia brasileira, mesmo se as exigências de ordem administrativo-jurídicas estiverem preenchidas, vencidas as barreiras psicológicas ditadas por hesitações e medos, naturais para quem se lança nesta aventura, o mundo globalizado e “internetizado” trouxe uma fórmula de comportamento que, no mais das vezes se queda ocultada pelo domínio de uma praga ainda intransponível. A corrupção.

Em algum lugar, de alguma forma, embora sempre sob o tapete da covardia, o empreendedor, com sua sede escolhida e pronta, seu contrato social registrado, seu ramo de

atividade definido, não consegue se localizar devidamente, porque agentes oficiais exigem um pagamento não previsto em lei, para a expedição de documento habilitador do início da empresa.

Esta tragédia, diante do incremento dos meios de comunicação e da diminuição da arquitetura burocrática, além de se reduzir, passa a ser alvo das autoridades comprometidas com o valor moral de seu procedimento, como, aliás, consta da Constituição da República no art. 37 da Lei Fundamental:

A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

O particular interessado, quando não opta por participar de ações criminosas contra a Administração, acolhendo pedido de vantagem indevida, ou oferecendo-a, tendo cumprido todas as exigências para um licenciamento, tem procurado denunciar o exator oficial, pondo cobro a este comportamento secular no país. O último número da Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios põe ao dispor dos empreendedores um guia para pô-lo a salvo dos corruptos.

A corrupção não é apenas brasileira. Mas nos indicativos sobre a incidência do mal nos países, o Brasil fica em posição desconfortável, 72º lugar, segundo a organização Transparência Internacional.

Está em vigência a Lei nº 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, sem excluir a dos seus agentes.

É mais um instrumento visando ao combate à corrupção, embora, de antemão, já se saiba da impossibilidade de se atingirem resultados significativos em curto prazo.

Entretanto, é bem de ver, o universo da ética e da moralidade caminha em direção a um cenário menos indigno e mais seguro para o empreendedor honesto e ciente de que suprimir a angústia da impossibilidade de se estabelecer, por meio da participação de crimes contra a Administração Pública, não lhe garante tranquilidade, seja porque, mais à frente, a trama será descoberta e o agente corrompido pode nem estar mais no exercício da função garantidora do ilícito, seja porque, atrás de ações dessa natureza, vem como corolário a chantagem de que, enquanto o criminoso estiver em ação, a vítima dele não se verá livre.

Rio de Janeiro, 02.04.2014.

ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES