

A PROTEÇÃO CONSUMERISTA DO FRANQUEADO

LINA FERNANDES*

1. Relação entre franqueador e franqueado. 2. Conceito de consumidor. 2.1 Teorias finalista, maximalista e finalismo aprofundado. 3. Vulnerabilidade: espécies. 4. Circular de Oferta de Franquia. 5. Conclusão: incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de franquia

RESUMO

O STJ, junto a outros tribunais, entende que aos contratos de franquia não se aplica o Código de Defesa do Consumidor. Não é esse, *data venia*, o entendimento desse estudo. Portanto, para demonstrar a opinião em sentido oposto, elaborou-se o presente artigo. Constatou-se, inicialmente, a relação existente entre as partes: franqueadores e franqueados. Foram conceituados consumidores, através da análise das teorias finalista, maximalista e finalismo aprofundado ou mitigado. Demonstrou-se a enorme relevância da vulnerabilidade para defini-los e foram dadas explicações a respeito da Circular de Oferta de Franquia – COF, que não é contrato de franquia propriamente dito. Concluiu-se que aos contratos de franquia se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-Chave: Franqueador. Franqueado. Consumidor- vulnerabilidade. Circular de Oferta de Franquia. Código de Defesa do Consumidor.

*Autora do livro “Contrato de Franquia” (Editora Del Rey). Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora de Direito do Consumidor na Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada.

1 Relação entre franqueador e franqueado

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que aos contratos de franquia não se aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor. Quando do julgamento do Recurso Especial (2004/0022012-9), em 04.03.2010, entendeu o Ministro Aldir Passarinho Júnior:

O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei nº 8078/1990, **eis que o franqueado não é consumidor** de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais. (Grifamos)¹

o mesmo sentido, entendeu o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito²:

Contrato de fiança. Relação entre o franqueador e franqueado. Lei nº8.955/94. Código de Defesa do Consumidor. Fiança. Exoneração.
1. **A relação entre o franqueador e o franqueado não está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor.**(Grifamos)³

Inúmeras decisões e não apenas do STJ, no mesmo sentido, poderiam ser transcritas. Desnecessárias outras, no entanto, pois pretendemos examinar, exatamente, o tema: é ou não o franqueado consumidor?.

2 Conceito de consumidor

2.1 Teorias finalista, maximalista e finalismo aprofundado

Imprescindível faz-se, inicialmente, conceituar consumidor, para solucionarmos a questão. A complexidade do sistema do CDC tem início,

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 2004/0022012-9**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgamento: 04/03/2010. Brasília: Dju, 2010. Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 15/02/2011.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 687322/RJ**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes, julgamento: 21/09/2007. Brasília: Dju, 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 19/05/2009.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 687322/RJ**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes, julgamento: 21/09/2007. Brasília: Dju, 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 19/05/2009.

exatamente, na definição do sujeito a proteger, ou seja, o consumidor, que é conceituado em quatro artigos:

- Art. 2º, *caput*: consumidor *strito sensu* ou *standart*
- Art.2º, parágrafo único: consumidor equiparado
- Art. 17:vítimas de acidentes de consumo
- Art. 29: pessoas expostas às práticas abusivas

Não é o consumidor definido, portanto, apenas como sujeito de direitos individuais, mas, também, conceituado como um grupo de sujeitos. Ao consumidor é atribuída, também, uma definição ampla. Não é concedida, apenas, uma definição meramente contratual. A legislação protege, ainda, as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, das publicidades enganosas e das práticas comerciais abusivas. Trata-se, assim, de uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas. O CDC não distingue o adquirente do usuário do produto. Também não difere o objeto da relação de consumo, ou seja, se uso de produtos ou de serviços. De acordo com o art. 2º do CDC, consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Verificamos, pois, que o conceito de consumidor está vinculado ao “**destinatário final**”. Dessa forma, há de se indagar: quem podemos denominar destinatário final?

A propósito, duas correntes doutrinárias surgiram.

Os ***finalistas*** propõem que se interprete a expressão “destinatário final” de maneira restrita. Trata-se de uma noção subjetiva, pois atribui relevância extrema à parte mais fraca da relação de consumo, ou seja, o vulnerável.

Para os adeptos da teoria finalista, destinatário final seria aquele fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Assim sendo, não basta essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência. Faz-se imprescindível, para essa corrente, ser o sujeito destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda ou uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, cujo valor será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire um produto **para uso próprio ou da família**. O consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável, como já foi dito, frise-se.

Quanto aos partidários da teoria **maximalistas** viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro mas, não, apenas, para proteger o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, que podem ser fornecedores ou consumidores.

O art. 2º, para os maximalistas, deve ser interpretado extensivamente. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem, ou não, fim de lucrar quando da aquisição de um produto ou da utilização de um serviço. Final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza. Assim sendo, é irrelevante a destinação final do produto ou serviço. Para os maximalistas é consumidora, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para reutilizar.

Segundo entendimento já manifestado pelo STJ, deve-se adotar a exegese extensiva proposta pela corrente maximalista, de maneira a conferir tratamento protecionista do CDC aos sujeitos que, conquanto não utilizem o produto para consumo final, o fazem para viabilizar a atividade desenvolvida e gozam de notória vulnerabilidade em face do fabricante⁴

Depois da entrada em vigor do CC de 2002, a visão maximalista perdeu sua força, tendo sido de grande importância a atuação do STJ.

Surgiu uma nova tendência na jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato e de vulnerabilidade (art. 4º, 1), que se denomina ***finalismo aprofundado*** ou ***mitigado, abrandado, temperado e misto***.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/90, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, tendo prevalecido na jurisprudência a adoção da teoria finalista mitigada a qual estabelece que relação de consumo

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 1.015.13.001857-2/001**, julgamento em 03/10/2013, Relatora: Desembargadora Márcia de Paoli Balbino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 06/06/2013.

decorre da vulnerabilidade de uma das partes e não em função da pessoa física ou jurídica.⁵

A atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se assentado no sentido de ser aplicável a denominada Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada que alarga o conceito de consumidor, abordando todo aquele (pessoa física e jurídica) que possua vulnerabilidade face ao consumidor, seja ela técnica, jurídica, fática ou informacional.⁶

Vê-se, pois, que entende o STJ ser indispensável o exame, no caso concreto, da existência ou não da vulnerabilidade do consumidor.

Assim sendo, a relação de consumo caracteriza-se pela presença de uma parte vulnerável (consumidor) e, de outra, um fornecedor. Nesse sentido, aliás, é o entendimento da Ministra Nancy Andrighi⁷ exposto quando do julgamento do REsp. 476,428/SC.

3 Vulnerabilidade: espécies

De indubitável importância, portanto, o conceito de vulnerabilidade, para que se verifique tratar-se de relação de consumo e, conseqüentemente, se serão aplicados, ao caso concreto, os direitos do consumidor.

E, afirmamos, com plena convicção: inúmeras situações existem em que é vulnerável o franqueado, como estará demonstrado, oportunamente.

A vulnerabilidade poderá variar quanto à forma como se apresenta em relação a cada consumidor, em função de suas características pessoais e condições intelectuais, sociais e econômicas. Um empresário do ramo de hotelaria, por exemplo, pode ser reconhecido vulnerável, se celebrado contrato de compra e venda de gás para o restaurante da sua empresa, pois não é, em geral, sua especialidade. Não se trata, *incasu*, de sua atividade fim, mas apenas secundária.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 1.0194.13.000.910-4/001**, Relator: Desembargador Amorim Siqueira, julgamento: 05/11/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 06/06/2013

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ap. Cível nº 1.0112.05.055831-4/001**, Relatora: Desembargadora Mariangela Meyer, julgamento: 26/11/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14/05/2014

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 476428/SC**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.js>>. Acesso em: 19/05/2009.

Quanto à vulnerabilidade, 4 (quatro) são as espécies: técnica, jurídica, fática e informacional.

- a) Ocorre a **técnica**, quando o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional, mas também pode atingir, excepcionalmente, o profissional, destinatário final fático do bem.

A propósito, decisão do STJ⁸

AGRAVO REGIMENTAL . AGRAVO DE INSTRUMENTO. **CONSUMIDOR**. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL FÁTICA E ECONÔMICA DO PRODUTO OU SERVIÇO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. MITIGAÇÃO DA REGRA. **VULNERABILIDADE** DA PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO RELATIVA.

1. ***O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte.***

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifamos)⁹

Verifica-se, pela ementa transcrita, uma certa contradição nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Apenas para argumentar, não poderia ser, no mínimo, o franqueado um “consumidor intermediário”? A afirmativa se impõe, *data venia*, pois compete ao franqueado, que adquiriu os produtos ou serviços do franqueador, transferi-los a terceiros.

A decisão transcrita robustece, sem a menor sombra de dúvida, nosso entendimento. Não é só. Julgou, também o STJ¹⁰:

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2010/0105201-5**. Ministro Vasco Della Giustina, julgamento em 15/02/2011, publicado em 15/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14/05/2015.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ap. Cível nº 2010/0105201-5**. Relator: Ministro Vasco Della Giustina, julgamento: 15/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14/05/2014.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1195642/RJ**. Recurso Especial 2010/0094391-6. Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 13/11/2012). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14/05/2014.

CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO.FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumidor intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, **a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade**, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima a proteção conferida ao consumidor.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor).

Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. *A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo.* Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. (Grifamos)¹¹

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp1195642/RJ**. Recurso Especial 2010/0094391-6. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14/05/2014.

Verificamos, mais uma vez, que o STJ, após algumas ponderações, conclui pela possibilidade de ser considerada consumidora a pessoa jurídica, desde que verificada a existência da sua vulnerabilidade, seja ela de qualquer espécie.

- b) A vulnerabilidade **jurídica ou científica** é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, de contabilidade ou de economia. Essa vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, prevalece a presunção em contrário, ou seja, que devem ter conhecimentos jurídicos mínimos e sobre economia, para poderem exercer a profissão, ou devem ter ciência da necessidade da contratação de advogado e/ou outros profissionais especializados, antes de obrigar-se.

Considera-se a relevância dessa presunção de vulnerabilidade jurídica do agente consumidor não profissional como fonte geradora do dever de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, em virtude da complexidade da relação contratual conexa e seus múltiplos vínculos cativos (por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas em um contrato de plano de saúde) e da falta de clareza desse contrato, especialmente os massificados e de adesão.

- c) Há, ainda, a vulnerabilidade **fática ou socioeconômica**, cujo ponto primordial é a outra parte do contrato, ou seja, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam (Cemig, por exemplo).

A visão processual da vulnerabilidade fática é a *hipossuficiência* (econômica), que leva a considerar abusivas as cláusulas de eleição de foro e impor um foro privilegiado ao consumidor (art. 101, I, do CDC).

d) Vulnerabilidade **informacional** – É a vulnerabilidade básica do consumidor. É relevante, pois na sociedade atual são de grande importância a aparência, a confiança, a comunicação e a informação. .

Vemos, portanto, que determinada pessoa que jamais exerceu atos de comércio e adquire franquia de distribuição de produtos, nenhum conhecimento técnico tem a respeito. Portanto, inegavelmente será verificada a vulnerabilidade técnica.

Não é só. E à vulnerabilidade informacional, não estaria o franqueado a ela sujeito? A afirmativa se impõe, *permissavenia*.

A propósito, o seguinte depoimento de Salim Mattar¹², presidente da Localiza Rent-a-Cart prestado em evento promovido pelo Instituto *Franchising*, em São Paulo:

Os processos e sistemas que estavam sendo desenvolvidos para as unidades próprias tinham de ser compatíveis e suficientes para atender eventuais franqueados que viessem a entrar para o sistema. Isso veio a nos diferenciar, porque outras redes de aluguel de carro que tentaram iniciar uma operação de franchising faziam isso utilizando apenas sua tecnologia de administração de filiais, não um know-how especificamente desenvolvido para administrar uma rede de franquias. Nosso sistema de franchising já nasceu diferente.

Quando ele nasceu, já existiam no Brasil três redes de franquias de locadoras: Hertz, Avis e Nobre. O que nos colocou na dianteira foi saber desenvolver um sistema especificamente para ser franqueador, que nos permitisse estar em sintonia e agir em parceria com nossos franqueados. Afinal, tínhamos o que oferecer para os franqueados. De 1973 e 1984, foram onze anos desenvolvendo *know-how*.

Começamos a franquear tendo total domínio do ciclo do negócio, desde a compra do carro, o melhor tipo de veículo para cada situação, e tudo mais. Sabíamos quem eram nossos *prospects*, os *suspects*, que é nosso cliente; como se faz a manutenção de uma frota; como se vende esses veículos posteriormente; como se faz o pós-venda nesse tipo de negócio... Enfim, conhecíamos todo o ciclo do negócio e nos estruturamos para ensinar o que sabíamos a quem quisesse partir para a aquisição de uma franquia Localiza.”¹³

¹² MATTAR, Salim. In: CHERTO, Marcelo, RIZZO, Marcus. Franchising na Prática. São Paulo: Makron Books, 1994.p. 102/103. In: FERNANDES, Lina. **Do contrato de franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 86.

¹³ MATTAR, Salim. In: CHERTO, Marcelo, RIZZO, Marcus. Franchising na Prática. São Paulo: Makron Books, 1994.p. 102/103. In: FERNANDES, Lina. **Do contrato de franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 86.

Verificamos, pois, que um sistema de *franchising*, não obterá, em hipótese alguma, sucesso, caso o franqueador não transfira *knowhow* e não preste, constantemente, serviço ao franqueado.

Os detentores de franquias diversas não sobrevivem caso o franqueador não preste informações precisas. Na medida em que mais *knowhow* adquire, conforme determina a legislação à espécie aplicável, fica obrigado a transferi-lo ao franqueado, para o pleno sucesso da franquia específica.

Como, então, afirmar não ser vulnerável o franqueado? A nosso ver, pode estar o franqueado, dependendo do caso concreto, sujeito, inclusive, a todas ou à maioria das espécies de vulnerabilidade.

4 CIRCULAR DE OFERTA DE FRANQUIA

A falta da entrega, pelo franqueador, da Circular de Oferta de Franquia – COF, ou omissão de informações indispensáveis à celebração do contrato, tornam, sem a menor sombra de dúvida, vulnerável o franqueado, anteriormente à formação do contrato de franquia. (acrescentar jurisprudência)E, com muita frequência, a COF não é entregue, conclusão à qual chegamos, em virtude de pesquisas de campo, feitas quando da elaboração da dissertação de Mestrado, sob a orientação do Professor Humberto Theodoro Júnior.

E faz-se necessário esclarecer que, com fulcro no parágrafo único, do art. 4º, da Lei de Franquia, caso o franqueador não proceda à entrega da COF, poderá o franqueado arguir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de quantias já quitadas, a qualquer título.

Entendem julgadores e doutrinadores enumerara Lei de Franquia direitos e deveres do franqueado e, assim, regulamentar o contrato. Discordamos e justificamos o entendimento.

É, *data venia*, **atípico** o contrato de franquia. A Lei não o regulamenta, embora inúmeros entendimentos em sentido diverso existam.

Apenas o art. 6º determina forma escrita ao contrato. Quanto aos demais dispositivos regulamentam apenas a COF, obrigam o franqueador a proceder à entrega da COF (art. 4º), impõem sanção ao franqueador que prestar

informações falsas na COF (art. 7º), determinam o local de aplicação da Lei (art. 8º) e definem *master franchising*(art. 9º), como se vê do anexo artigo, que examina, um por um, todos os artigos da Lei de Franquia e passa a fazer parte integrante do presente trabalho.

Entendemos que o simples fato da existência de uma lei, *in casu*, não atribui direitos e deveres às partes. Somente enumera, esclarece, menciona, direitos e deveres, ônus e benefícios dos contratantes e, enfim, informa com a devida transparência tudo a respeito da rede de *franchising* que se pretende vender ou adquirir.

A discordância do franqueado apenas quanto a uma exigência do franqueador, no que diz respeito, por exemplo, à taxa inicial para aquisição da franquia, descrita na Circular de Oferta de Franquia, pode levá-lo a não celebrar o contrato de franquia propriamente dito.

Assim sendo, como afirmar que a Lei de Franquia atribui direitos e deveres aos franqueados? Impõe-se a resposta negativa. Caso contrário, fundamento inexistente.

O art. 4º da Lei de Franquia determina que a COF deverá ser entregue antes da assinatura do contrato ou do pré-contrato de franquia.

Não é, portanto, a COF pré-contrato, como determina a Lei e, muito menos, o contrato de franquia propriamente dito.

Também proposta não é, visto que, para formação do contrato, dependeria apenas da aceitação do oblato, franqueado e, *in casu*, pode o franqueador não pretender celebrar o contrato, pois verificará que, tendo em vista o perfil apresentado pelo franqueado, não tem a menor intenção de integra-lo à rede (art. 3º, V).

Da Circular de Oferta de Franquia constam apenas informações sobre o negócio proposto pelo franqueador e deveres impostos ao franqueado (contrato de adesão) caso venha a celebrar o contrato de franquia.

É, portanto, a COF o conteúdo prévio de um contrato a ser celebrado. Trata-se, dessa forma, no nosso entendimento, de um contrato-tipo, assim definido por Darcy Bessone¹⁴:

¹⁴ Darcy Bessone. **Do Contrato**: teoria geral. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

O *contrato-tipo* não é *pactum de contrahendo*, porque as partes não se obrigam a contratar. É, antes, *pactum de modo contrahendi*, uma vez que preestabelece conteúdo para os contratos que *venham a querer* concluir. Distingue-se, pois, da *promessa de contratar*. Poderia, com esta, formar o gênero *contratos preliminares*, se a tradição, originada da lição de Coviello, já não houvesse identificado, como uma só figura, o *contrato preliminar* e a *promessa de contratar*.

A principal diferença entre o *contrato-tipo* e o *contrato de adesão* é fornecida pela bilateralidade ou unilateralidade de sua criação. O primeiro é formulado por acordo das partes, como conteúdo prévio de eventuais contratos futuros, ao passo que o segundo é elaborado por uma só das partes, cabendo à outra tão-somente aderir ao contrato unilateralmente preparado.”

Por fim, distingue-se também do *contrato coletivo*. Este, como ato *normativo*, é de caráter abstrato, enquanto o *contrato-tipo* é esquema *concreto*, que, por efeito de um novo consentimento, passa da condição de conteúdo de um contrato *possível* para a de conteúdo de um contrato *eficaz*.

O *contrato-tipo* não tem caráter de simples *minuta*, porque, aprovando-o, os contratantes *se obrigam* a extrair dele o conteúdo de futuros e eventuais contratos.

É certo que, se, no novo contrato, eles se afastam do contexto anterior, a derrogação é legítima, desde que as partes podem sempre modificar contratos preexistentes. Mas, na falta de uma vontade contratual modificativa, tal contexto vincula, plenamente.¹⁵

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, verificamos, claramente, que o Superior Tribunal de Justiça admite ser consumidor:

- a) Pessoa jurídica que adquire produtos ou serviços e apresente perante o fornecedor determinada vulnerabilidade;
- b) A pessoa física ou jurídica que demonstre “relação de dependência” perante à outra.

Quanto ao item “a”, comprova, mais uma vez, nosso entendimento. O franqueado adquire produtos ou serviços do franqueador e, como já restou demonstrado, por inúmeras vezes, é vulnerável. Já há algum tempo, assistindo

¹⁵ Darcy Bessone. **Do Contrato**: teoria geral. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 61.

a um programa de televisão, cuja denominação, salvo engano, é “Pequenas Empresas Grandes Negócios” nos deparamos com um fato relatado por um franqueado, que é exatamente a confirmação da assertiva.

Havia o franqueado adquirido uma franquia de compra e venda de comida árabe. Afirmou que, no entanto, não sabia como fabricar o produto e o franqueador nenhuma assistência prestou, como havia se obrigado, apesar dos inúmeros pedidos feitos nesse sentido. Aliás, o próprio franqueado pedia “socorro”, ignorando, inclusive, ser uma obrigação do franqueador. Pode-se afirmar, inexistir aqui vulnerabilidade?

Nenhum êxito obteve, no entanto. Assim sendo, em poucos meses, como não poderia deixar de ser, foi decretada a falência de sua empresa, há pouco tempo adquirida e, conseqüentemente, enormes prejuízos foram causados ao franqueado. .

Inegável, *in casu*, a existência de vulnerabilidade técnica, jurídica, socioeconômica e informacional, tendo em vista a entrevista dada pelo franqueado.

No que se refere ao item b, faz-se necessário esclarecer que inexistente relação de subordinação entre franqueador e franqueado, por se tratar de contrato de adesão, como afirmam alguns magistrados e doutrinadores. A manifestação de vontade do franqueado se verifica quando adere a todas as cláusulas contratuais estabelecidas exclusivamente pelo franqueador. Sua vontade de contratar diz respeito a todo o contrato. Por isso, não pode o franqueado, como ocorre com certa frequência, alegar que foi obrigado a cumprir determinada obrigação, já prevista no contrato, em cuja formação nenhuma causa de anulabilidade ou nulidade se verifica, como também não se apuram cláusulas abusivas ou fundamentos diversos de extinção do contrato ou alteração de cláusulas.

Quanto à relação de dependência, pode ocorrer e, inclusive, com frequência, mas não por se tratar de contrato de adesão. E, a relação de dependência, em se tratando de contrato de franquia, ocorre entre ambas as partes. Não só o franqueado depende do franqueador. A recíproca é verdadeira.

O franqueado depende da transferência do *knowhow* e prestação de serviços do franqueador, para a expansão e conseqüente sucesso da franquia adquirida e da própria rede de franchising.

E tanto é verídica a afirmação que o art. 3º, inciso XII, determina que o franqueador, na própria COF, indique o que efetivamente será oferecido ao franqueado, no que se refere a serviços de orientação, treinamento do franqueado e seus funcionários, auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia, dentre outros aspectos.

No que se refere ao franqueador, faz-se imprescindível que o franqueado tenha o “perfil ideal” para que, exatamente de acordo com seus objetivos, possa integrar a rede de franquia e obter sucesso(art. 3º, inciso V, da Lei nº 8,955, de 15.12.94.

Assim, apesar de julgados em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça, com fulcro nas próprias decisões, nos faz concluir, sem a menor sombra de dúvida, pela incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia.

Como se não bastasse, o Código de Defesa do Consumidor possui normas extremamente abrangentes em relação à responsabilidade de todos os entes da cadeia de fornecedores. E franqueador, franqueado e o terceiro adquirente do produto e/ou serviço, sem dúvida alguma, fazem parte da referida cadeia. Como, então, não aplicar os artigos 12 a 14 do CDC aos contratos de franquia?

THE CONSUMERIST PROTECTION OF FRANCHISEE

ABSTRACT

The Brazilian Superior Court of Justice, among some other state courts, understands that the Brazilian Consumer Protection Code does not apply to solve problems related to Franchise. The objective of the present study is to demonstrate that said understanding is not correct. In order to conclude differently from what has been a firm jurisprudence among Brazilian Courts, we first examine the relationship between franchisors and franchisees.

Subsequently we study the concept of consumer using as basis existing theories that stress the importance of vulnerability as an element to define it. We give explanations about the legal document called The Franchise Offer Circular, "Circular de Oferta de Franquia", in order to conclude that the Brazilian Consumer Protection Code can also be used to solve conflicts between franchisors and franchisees.

Keywords: Franchisors and franchisees. Consumer vulnerability Brazilian Consumer Protection Code Franchise Offer Circular.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 2004/0022012-9**. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgamento: 04/03/2010. Brasília: Dju, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 15/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ap. Cível nº 2010/0105201-5**. Relator: Ministro Vasco Della Giustina, julgamento: 15/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1195642/RJ**. Recurso Especial 2010/0094391-6. Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 13/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 1.015.13.001857-2/001**. julgamento em 03/10/2013. Relatora: Desembargadora Márcia de Paoli Balbino. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 06/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 1.0194.13.000.910-4/001**. Relator: Desembargador Amorim Siqueira, julgamento: 05/11/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 06/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2010/0105201-5**. Ministro Vasco Della Giustina, julgamento em 15/02/2011, publicado em 15/02/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0112.05.055831-4/001**. Relatora: Desembargadora Mariangela Meyer, julgamento: 26/11/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 14/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 687322/RJ**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes, julgamento: 21/09/2007. Brasília: Dju, 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 19/05/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 476428/SC**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 09/05/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.js>>. Acesso em: 19/05/2009.

Darcy Bessone. **Do Contrato**: teoria geral. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MATTAR, Salim. In: CHERTO, Marcelo, RIZZO, Marcus. Franchising na Prática. São Paulo: Makron Books, 1994. p. 102-103. *In*: FERNANDES, Lina. **Do contrato de franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.