

Franquia Empresarial Sistema Mandatário de Compra de Produtos

Exigência ilegal do Franqueador

Luiz Antonio Guerra da Silva

Professor de Direito Comercial, Econômico e Processo Civil da Faculdade de Direito do Distrito Federal, do UNICEUB, Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito do UNIEURO, Professor de Direito Comercial e Processo Civil da Escola Superior da Advocacia/DF, Doutor em Direito, Mestre em Negociação Internacional e Integração, Membro da Confederação Interamericana de Advogados, Presidente Nacional do Instituto Interamericano de Direito Empresarial, Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, Membro do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, Membro da Câmara Brasileira de Cultura, Sócio e Diretor Jurídico do escritório Guerra Advogados & Consultores Associados, Consultor Jurídico de Empresas Nacionais e Multinacionais, Advogado Especialista em Direito Privado

Diz o adágio: manda quem pode, obedece quem tem juízo. Tal brocardo tem plena aplicabilidade na relação jurídica de franquia empresarial,⁽¹⁾ embora a ordem, quando cumprida, apresente-se, na maioria das vezes, viciada, posto que o franqueador,⁽²⁾ invariavelmente, exige do franqueado⁽³⁾ a compra casada ou forçada de produtos, no segmento da franquia contratada.

O abuso do poder econômico, por parte do agente franqueador, acarreta desequilíbrio econômico à atividade empresarial exercida pelo franqueado, que é forçado a arcar com os elevados custos operacionais do sistema de franquia empresarial.

Franchising é o sistema econômico de distribuição, de longo alcance mercadológico, de produtos ou serviços, mediante o uso de marca e/ou sistema de propriedade do franqueador, através de cessão temporária, sem exclusividade, conferida ao franqueado, para utilização específica em determinado segmento de mercado, em base territorial previamente delimitada.

O novo instituto comercial, surgido nos Estados Unidos da América Norte, a partir de meados deste século, ganhou pujança com a vitoriosa experiência de utilização dos sistemas e marcas MC Donald's e Pizza Hut, alcançando mercados além fronteiras, no segmento de fast food, já acenando à época o que seria o futuro (hoje presente) da economia mundial --- o fenômeno da globalização ou economia sem fronteiras.

Referido sistema vem ganhando espaço e larga utilização no mundo, mormente na economia dos países emergentes. No Brasil, ganhou rápida difusão e aceitação no mercado, constituindo-se fator de alavancagem de negócios e crescimento da economia nacional, aliado aos novos institutos mercantis ou formas de contratação, a saber: factoring,⁽⁴⁾ leasing,⁽⁵⁾ concessão e distribuição de produtos e cartão de crédito e, agora, o novíssimo meio de pagamento das aquisições feitas através da rede de informações e negócios --- INTERNET --- que é o cartão de crédito virtual (e-cartão).

A atividade de franchising, no Brasil, tem regramento próprio na Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial, como aponta o artigo 2º. ⁽⁶⁾

Com a consagração do franchising, hoje, a doutrina nacional reconhece o contrato de franquia como sendo de adesão. Neste particular, discordamos, porque, a rigor, na análise da natureza confundi-se, não raro, contrato de adesão com contrato tipo.

Entendemos tratar-se de ajuste tipo, porquanto nada impede que o franqueado possa ao tempo da contratação negociar as condições básicas da relação jurídica. Por outro lado, reconhecemos tratar-se, em quase a totalidade das minutas utilizadas, aliás, padronizadas (por isso contrato tipo), de pacto leonino, com cláusulas abusivas, as quais se apresentam com condições potestativas puras, estando, pois, o franqueado quase sempre sob os efeitos nefastos do abuso do poder econômico do franqueador.

Não raro, salvo exceções louváveis, a relação jurídica de franquia tem revelado verdadeiro desequilíbrio econômico no cumprimento das obrigações, tendo em vista as inúmeras exigências, sem razão de ser, levadas a efeito pelo franqueador contra os interesses do franqueado, cujos atos praticados pelo detentor do sistema ou marca chegam mesmo às raias da manifesta ilegalidade.

É comum, atualmente, nos Tribunais das principais Capitais, a existência de conflitos entre os agentes econômicos envolvidos no sistema de franquia, tendo como causa de pedir a declaração/reconhecimento de vícios existentes na relação jurídica.

Os principais pontos de controvérsias nas lides aforadas são os vícios decorrentes de:

- a) inexistência de documento obrigatório - Circular de Oferta;
- b) inexistência de pré-contrato; e
- c) inexistência de elementos prévios à contratação, tais como:
 - c.1) não fixação do valor da taxa de franquia;
 - c.2) não identificação do valor do investimento a ser realizado pelo franqueado, desde o pagamento da taxa de franquia até a aquisição do ponto comercial (pagamento de luvas ou cessão de espaço em Shopping Centers) e a montagem da loja/funcionamento do sistema;
 - c.3) não indicação do capital de giro necessário para o empreendimento da atividade;
 - c.4) não fixação do percentual de royalties;;(7) ou, quando fixado, a desproporcionalidade ou abusividade do percentual frente aos demais encargos da atividade;
 - c.5) não fixação do percentual de propaganda e publicidade; ou, quando fixado, a desproporcionalidade ou abusividade do percentual frente aos demais encargos da atividade;
 - c.6) não indicação da taxa de retorno do capital investido;
 - c.7) não indicação da expectativa de faturamento/lucratividade do negócio, embora exija do franqueado a aquisição de espaço para viabilizar a atividade;
 - c.8) não indicação das taxas de juros do custo do dinheiro responsável pelo financiamento da atividade;

c.9) não fixação das condições de venda/compra de produtos entre franqueador e franqueado e deste ao consumidor final;

c.10) a obrigatoriedade, na prática, embora sem previsão contratual, do chamado sistema mandatário de compra de produtos etc

Sobre o último item acima (c.10) – sistema mandatário de compra de produtos é que enfocaremos a relação jurídica de franquia.

Não raro é a prática ilegal da venda casada de produtos; ou, ainda, a venda/compra forçada de produtos que o franqueador faz ao franqueado, independentemente deste necessitar de mercadorias para a revenda no seu estabelecimento ao consumidor final. É o denominado sistema mandatário ou obrigatório de compra de produtos (sistema obrigatório de quotas - compra obrigatória de produtos, por parte do franqueado, independentemente do nível das vendas ao consumidor final).

Sobre o tema de abordagem --- sistema de quotas ou mandatário de compras --- ressalte-se, de logo, que o franqueado opta pelo sistema de franquia empresarial, inclusive arcando com todos os custos de montagem e operacionalização da atividade e pagamento de taxas de franquia e royalties, em decorrência direta da suposta experiência que o franqueador deve possuir sobre o sistema de comercialização, distribuição de produtos e gerenciamento da atividade empresarial objeto da franquia.

Sabido que o mencionado sistema a cada dia consolida-se e pulveriza-se, com a chegada de novas marcas nacionais e estrangeiras. A franquia tem-se revelado para o franqueado como sinônimo de sucesso empresarial, embora a premissa seja falsa, daí a justificativa da opção pelo sistema da franquia empresarial ao invés do franqueado abrir negócio próprio, em segmento de mercado competitivo, cuja sobrevivência dependerá diretamente da profissionalidade no empreender.

Não é outra a expectativa de sucesso, por parte do franqueado inexperiente, porquanto não obstante inúmeros os vícios na relação e existir franquias com percentuais de royalties elevados, chegando mesmo a comprometer o lucro operacional da atividade, novos franqueados continuam a empreender em tal sistema.

A vinculação ao sistema é razoável, posto que: a). significa oportunidade de novos negócios, tanto para o franqueador quanto para o franqueado, dependendo sempre do território e do potencial de expansão da marca e conseqüentemente da franquia; b). pressupõe sinônimo de sucesso, embora a avaliação seja errônea; c). pressupõe profissionalismo e experiência empresarial, por parte do franqueador; e d). a marca ou sistema encontram-se sedimentados no mercado, o que, em tese, facilitará a formação de clientela e fundo de comércio.

Realizada a opção pelo sistema de franquia, via de regra, o franqueador passa a direcionar o relacionamento comercial, obrigando o franqueado a:

1) buscar novos mercados (abertura de novos pontos de vendas), com o fim de viabilizar a expansão da rede de franquia;

2) montar novas lojas, segundo os padrões dos projetos arquitetônicos (móveis e instalações, fachadas interna e externa) sob às expensas exclusivas do franqueado;

- 3) adquirir produtos da marca, com exclusividade, nas quantidades unilateralmente determinadas;
- 4) revender produtos ao preço unilateralmente determinado (marcação de margem de lucro imposta pelo franqueador);
- 5) conceder condições de pagamento ao consumidor final diferentes das concedidas pelo franqueador ao franqueado, no pagamento dos produtos/mercadorias adquiridos;
- 6) pagar o custo financeiro do dinheiro, mediante o pagamento de elevadas taxas de juros de mercado;
- 7) realizar e custear campanhas publicitárias de vendas ao consumidor final; e
- 8) impor o sistema chamado mandatário ou obrigatório de compras --- compra obrigatória de produtos, por parte do franqueado, nas quantidades indicadas exclusivamente pelo franqueador, sem prévia consulta e independente do nível das vendas ao consumidor final.

O SISTEMA MANDATÁRIO OU OBRIGATÓRIO DE COMPRA DE PRODUTOS é o mais perverso, eis que inviabiliza a atividade empresarial, pondo em risco a sobrevivência do negócio frente ao nível de endividamento a que se submete o franqueado, no cumprimento regular das obrigações contratadas na franquia.

O franqueador --- sob o manto do suposto profissionalismo e experiência empresarial --- invariavelmente exige a compra/venda de produtos (quotas mensais, semestrais, anuais), nas quantidades por ele, franqueador, estipuladas, mesmo que o franqueado não apresente condições para pagamento ou revenda dos produtos ao consumidor final.

Independentemente das razões/motivos (não interessa ao franqueador se o produto é ruim; se o produto está defasado; se o produto apresenta deficiência ou baixa qualidade; se o mercado encontra-se recessivo, com baixo nível de vendas e alto risco de inadimplemento; se o franqueado tem capital de giro; se o franqueado tem de pagar o custo financeiro do dinheiro a juros de mercado; se ocorreu atraso na entrega dos produtos; se o preço do concorrente é mais competitivo etc), o certo é que o franqueado tem de comprar produtos do franqueador, arcando, assim, àquele, exclusivamente, com todo o risco da atividade, inclusive mesmo que não consiga revendê-los ao consumidor final.

Sem prévia consulta, o franqueado é surpreendido com o faturamento forçado de produtos e emissão de duplicatas mercantis (venda/compra de produtos) e prestação de serviços (valores referentes aos royalties ou propaganda/publicidade), com saques ilegais de títulos, inclusive já endossados na modalidade endosso mandato (para cobrança) aos agentes financeiros atuantes na aquisição de títulos (instituições financeiras ou empresas de factoring).

Registre-se que da análise padronizada da redação dos contratos de franquia --- ajustes quase idênticos --- (contratos tipo) não se verifica a previsão de VENDA FORÇADA DE PRODUTOS; aliás, não poderia ser diferente, posto que a cláusula não subsistiria à exposição judicial.

As vendas/compras, obrigatoriamente, devem ser feitas mediante pedidos exclusivamente feitos pelo franqueado, e não pelo franqueador. As partes no sistema de franquia necessitam de transparência nas relações mercantis, com definição prévia das condições da venda e compra e pagamento dos produtos.

Nesta linha de idéias, o Código Comercial e o Código de Defesa do Consumidor(8) proíbem a venda/compra de mercadorias, na modalidade casada ou forçada. Compra e venda é contrato bilateral e não se admite a venda, por parte do franqueador, sem regular pedido feito pelo franqueado.

A Lei das Duplicatas,(9) também, impede o saque da cártula, sem causa debendi. A igual modo, o Código Penal, no artigo 172, criminaliza a conduta consubstanciada no saque de duplicatas mercantil ou de prestação de serviço, sem causa de dever, reforçando, assim, a natureza jurídica do título --- cambiariforme causal, cuja emissão depende obrigatoriamente de efetiva e regular compra e venda de mercadorias ou de prestação de serviços.

No cumprimento da avença de franquia, o franqueador no afã de obter maior proveito na relação jurídica, por ser a parte economicamente mais forte, atua diferentemente do pactuado, alterando as condições de pagamento ou mesmo forçando a venda de produtos, como forma de viabilizar-se economicamente através do franqueado.

Não obstante a crise recessiva, com elevado nível de desemprego e queda no volume de vendas ao consumidor final, com a quebra de empresas e o fechamento de vários negócios, o franqueador --- para viabilizar-se tem-se utilizado ilegalmente do sistema mandatário, levando o franqueado a total endividamento.

O mandatário é prática condenável, posto que implica verdadeira "desova de estoques (encalhados ou não)", como meio de viabilizar economicamente o franqueador, com o endividamento do franqueado. Se é o franqueado quem administra o seu negócio; quem conhece e paga os custos de operação da atividade empresária; quem assume exclusivamente os riscos do empreendimento, por óbvio que é ilegal a venda forçada de produtos ou serviços, por parte do franqueador e tal postura necessita ser denunciada, sempre que ocorrer.

Tal prática ilegal, levada a cabo pelo franqueador, implica descapitalização e risco de paralisação e falência do franqueado, com a desconstituição do sistema de franquia empresarial.

A cobrança ilegal de créditos, mediante o saque irregular de duplicatas mercantis ou de prestação de serviços, não raro, têm sido a tônica dos infundáveis questionamentos judiciais, com numerosos casos de concessão de liminar de sustação de protestos e desconstituição de títulos, sem prejuízo da rescisão das avenças e cobrança de perdas e danos materiais e morais, inclusive à honra objetiva da empresa franqueada --- quando tem títulos protestados, na linha de orientação do Superior Tribunal de Justiça.

O franqueador, decerto, guiado pelo abuso do poder econômico, poderá prejudicar e alijar do mercado o franqueado do seu próprio sistema de franquia, em face da compra obrigatória de produtos ou serviços, situação que poderá levar o franqueado a alto grau de comprometimento/endividamento, com o fechamento da empresa, gerando, assim, reflexos sociais negativos, eis que desaparecendo do mercado, de modo forçado, indúvidoso que potencializará o desemprego, deixando de produzir riqueza e de recolher impostos.

A empresa é geradora de empregos e impostos. A paralisação da atividade significará prejuízo econômico e social para todos os agentes econômicos envolvidos direta ou indiretamente com o sistema de franquia (fazenda pública, trabalhadores, fornecedores e os próprios atores principais: franqueador e franqueado).

Poderemos chegar, inclusive, a partir da postura do franqueador --- com o encerramento da atividade do franqueado e indireto alijamento do mercado --- a prática de conduta

anticoncorrencial, o que implica dizer que a postura estará sujeita à apreciação da Secretaria de Direito Econômico – SDE, com a instauração de procedimento administrativo perante o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na hipótese da conduta apontada subsumir-se ao tipo indicado na lei antitruste.(10)

A venda forçada de produtos ou serviços, também, poderá ser denunciada perante a Associação Brasileira de Franchising, que após recebido o expediente próprio adotará as medidas necessárias, no âmbito de sua competência, no que diz respeito à atuação contrária ao Código de Ética, no mercado de franquias.

Sabido que a natureza jurídica das duplicatas --- é título cambiariforme REPRESENTATIVO DO SAQUE DECORRENTE DE EFETIVA E REGULAR COMPRA E VENDA OU DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, por óbvio que eventuais títulos sacados, nas condições aqui indicadas, serão tidos como frios ou simulados, ou seja, faltar-lhes-ão a denominada causa debendi. Tal situação inibirá tanto o saque quanto à circulação da cártula.

À evidência que duplicatas sacadas contra o franqueado, sem causa de dever, inviabilizará o protesto e a cobrança das cártulas, situação que implicará desconstituição dos títulos, sem prejuízo da responsabilidade criminal.

Não obstante o caráter abstrato que ganham as duplicatas, quando colocadas em giro pelo sacador, pode o suposto sacado questionar judicialmente o emitente, com referência à falta de causa de dever e obter declaração de inexistência de débito e desconstituição das cártulas, tendo em vista que as duplicatas são títulos causais, por excelência, devendo ter origem regular e lícita.

Induvidoso que nestas condições, tem o sacado legitimidade para discutir a causa do título de crédito com o emitente, de modo a obter a declaração judicial de inexistência de relação jurídica cambiariforme e desconstituição do título, retirando-lhe os seus efeitos.

Concluindo, na hipótese do franqueado questionar judicialmente o contrato de franquia, em decorrência da prática do sistema mandatário, após obtida a liminar de sustação de protesto e ter promovido a desconstituição das cártulas, poderá, ainda, em querendo buscar a reparação da forma mais ampla prevista na legislação --- declarando a ilegalidade da conduta --- condenará, se o caso, o franqueador no pagamento das perdas e danos, sem prejuízo da denúncia aos Órgãos de proteção do Consumidor e da Defesa Econômica.

(1) franquia empresarial – sistema que o 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.

(2) franqueador – agente econômico detentor de sistema ou marca próprios à atividade empresarial de franquia, que cede temporariamente a utilização, em determinado segmento de negócio, em área territorial preestabelecida.

(3) franqueado – agente econômico utilizador-cessionário do sistema ou marca próprias ao segmento de franquia empresarial.

(4) factoring – faturização ou fomento mercantil, com aquisição de títulos no mercado.

(5) leasing ou arrendamento mercantil – modalidade de aquisição de bens duráveis mediante o pagamento de aluguel mensal, com opção de devolução do bem ou compra ao final do

contrato, com o pagamento do resíduo (saldo), se este não fora diluído ao longo do prazo do arrendamento.

(6) artigo 2o. da Lei de Franquia Empresarial: " 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.

(7) royalties – valor mensal que o franqueado paga ao franqueador pela utilização do sistema/marca, sendo geralmente levado em conta para a fixação o volume de vendas/serviços no mês.

(8) Cf. art. 191 e 219 do Código Comercial Brasileiro – Lei 556, de 25.07.1850; incisos I e III, do artigo 39, da Lei 8.078, de 11.09.90

(9) Cf. art. 1º, 2º, 7º e 8º da Lei 5.474, de 18.07.68

(10) Lei 8.884/94 – cuida das condutas anticoncorrenciais