

Franquia empresarial e métodos contratuais para controle do oportunismo do franqueado: uma análise econômica

Eduardo Calvert

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução; Franquia empresarial: definição, origens e legislação; Racionalidade econômica; Oportunismo contratual: manipulação de informações e o problema do “*free-rider*”; Métodos contratuais para controle do oportunismo; Terminação contratual e penalidades; Controle de qualidade e exclusividade no fornecimento de insumos; Conclusões.

Introdução

O sistema de franquia empresarial é um modelo organizacional que experimentou grande crescimento desde a sua formatação nos moldes conhecidos atualmente, o que se deu a partir da segunda metade do século XX.

No mercado brasileiro, o setor de franquias apresenta números expressivos e constante crescimento: no ano de 2015, o setor teve um faturamento de mais de R\$ 139 bilhões, o que representou um crescimento de 8,3% em relação ao ano anterior.

Existem mais de três mil redes franqueadoras em atividade no mercado nacional, responsáveis por mais de 138 mil estabelecimentos em funcionamento, que geram cerca de 1,1 milhão de empregos diretos (apenas em 2015, houve a criação de mais de 90 mil postos de trabalho no sistema de franquias)¹.

Impossível não reconhecer, portanto, a expressividade da participação das franquias empresariais no mercado brasileiro e a importância de se estudar as especificidades deste tipo de contrato.

O presente estudo pretende analisar o contrato de franquia empresarial sob a ótica econômica, focando sua atenção nos incentivos que levam franqueador e franqueado a ingressar no sistema de franquias e, especialmente, nos incentivos que levam as partes a agir de forma oportunista durante a relação contratual.

A partir da análise do sistema de incentivos presente na relação entre estas partes, o estudo pretende esclarecer a racionalidade econômica presente em determinadas disposições contratuais vistas comumente como abusivas ou como mero exercício de poder econômico por parte do franqueador, mas que têm a finalidade de trazer maior eficiência à relação contratual e controlar condutas abusivas por parte dos franqueados.

¹ Dados extraídos do *Relatório do desempenho do franchising em 2015*, divulgado pela Associação Brasileira de Franchising. Disponível em: <http://bit.ly/2kom77u>. Acesso em: 25 set. 2016.

Franquia empresarial: definição, origens e legislação

A franquia empresarial é definida pelo artigo 2º da Lei nº 8.955/1994 como

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.

Fábio Ulhoa Coelho classifica o contrato de franquia como um contrato de colaboração, ao lado dos contratos de comissão, de representação comercial, de concessão mercantil e de distribuição. Segundo o autor, a especificidade que agrupa esses contratos é a obrigação assumida pelo colaborador (no caso das franquias, do franqueado) de criação ou ampliação do mercado².

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho,

a franquia é um contrato pelo qual um empresário (franqueador – franchisor) licencia o uso de sua marca a outro (franqueado – franchisee) e presta-lhe serviços de organização empresarial, com ou sem venda de produtos³.

Conforme se depreende das próprias definições citadas, a franquia empresarial não adota um modelo pré-determinado e estanque. Ela pode envolver o licenciamento do uso de marca ou de patente de titularidade do franqueador, pode envolver exclusividade de distribuição de produtos produzidos ou distribuídos pelo franqueador e pode envolver o treinamento e a transferência de “know-how” do franqueador em relação às técnicas empresariais para desenvolvimento da empresa.

Em resumo, o contrato de franquia tem por objeto a concessão pelo franqueador ao franqueado de um modelo empresarial para o exercício de determinada atividade de comercialização de produtos ou prestação de serviços. O franqueado deverá dispor do capital necessário para o estabelecimento da atividade empresária, a qual deverá seguir as diretrizes do modelo estabelecido pelo franqueador, que, por sua vez, será remunerado pelo pagamento de uma taxa inicial e de royalties sobre o resultado da atividade do franqueado.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 476-479. Humberto Theodoro Júnior e Adriana M. Theodoro de Mello definem os “contratos de distribuição” como “um conjunto de relações jurídicas originadas do acordo de vontades (contratos mercantis), que se marcam por características comuns, tais como a união em torno de um objetivo comum: o lucro de ambos na comercialização de bens e serviços, mas antagônicos, na medida em que se repartem os ganhos. E que se caracterizam ainda pela cooperação, a natureza duradoura da relação e, principalmente, pela dominação econômica exercida pelo fabricante com o propósito de manter a integração da rede de distribuição”. (THEODORO JR, Humberto; MELLO, Adriana M. Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. In: *Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais – responsabilidade civil*, vol. II. São Paulo: Editora RT, 2010. p. 796.)

³ COELHO, obra citada, p. 486.

Muitos autores atribuem a origem da franquia empresarial à experiência pioneira da Singer Sewing Machine Company, sediada em Stamford, Connecticut, nos Estados Unidos da América, que teria aumentado a sua rede de distribuição de produtos por volta de 1850 sem a mobilização de recursos próprios, por meio da criação das “Lojas Singer”, oferecidas a diversos comerciantes independentes, que se utilizariam da sua marca e de técnicas de venda a varejo e “know-how”, a fim de comercializar os produtos da companhia⁴.

O crescimento do sistema de franquia empresarial em formato mais aproximado ao atualmente conhecido é atribuído ao período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, também nos Estados Unidos da América, quando a necessidade de expansão de determinadas empresas em âmbito nacional encontrou um grande contingente de pessoas não afeitas às práticas empresariais, mas que contavam com razoável nível de poupança e interesse em estabelecer-se de forma autônoma⁵.

Importante destacar que, não obstante em suas origens históricas a franquia empresarial tenha sido apontada como uma forma de pessoas não afeitas a atividades empresariais estabelecerem-se comercialmente, não é possível, em tempos atuais, caracterizar o franqueado como alguém sem experiência no âmbito empresarial, como um jejuno em questão de negócios.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior e Adriana M. Theodoro de Mello, “a franquia e a concessão mercantil são contratos que se travam entre profissionais, comerciantes e empresários, pessoas que, no discernimento, e quanto à capacidade de decisão, devem ser tratadas como iguais”⁶.

Deve-se considerar que, assim como o franqueador, o franqueado é empresário e age no intuito de maximizar os seus lucros, de forma consciente e racional, inexistindo entre estes contratantes diferenças na capacidade de avaliar os termos da negociação ou de adotar conduta que melhor atenda aos seus interesses.

É por esse motivo que atualmente se encontra absolutamente superado o entendimento acerca da aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor em relação aos contratos de franquia⁷, bem como tem sido afastada a caracterização deste contrato

⁴ Conforme REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 27-28.

⁵ “Tendo logrado sobreviver à Segunda Guerra Mundial, na qual conseguiram amealhar certo pecúlio, ex-soldados norte-americanos viram-se a braços com a necessidade de inserir-se nos quadros da atividade profissional. Se, de um lado, a independência financeira não lhes permitia engajar-se como simples assalariados, de outro, o afastamento do torrão natal dificultava a assunção dos riscos plenos inerentes ao exercício da atividade empresária, principalmente os relativos ao seu início. Conciliou-se, então, seu interesse com os dos produtores que tinha necessidade de comercializar suas mercadorias ou serviços, suficientemente conhecidos por sua marca a nível de consumidor, enfrentando a concorrência de artigos similares. Enquanto o vendedor desfrutava das vantagens de uma marca consagrada, o produtor ou titular desta alargava seu campo de negócios, sem despesas adicionais com agências, sucursais ou filiais. Conjugavam-se, pois, os esforços do dono da marca e do colocador do produto ou serviço ao alcance do consumidor ou usuário.

Destarte, se fixa o surgimento da franquia empresarial logo depois da Segunda Guerra Mundial, ou mais precisamente nos idos de 1955, nos Estados Unidos”. (ABRÃO, Nelson. A Lei da Franquia Empresarial (n. 8.955, de 15.12.1994). *Edições Especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais - direito empresarial*, vol. IV: contratos mercantis e outros temas. São Paulo: Editora RT, 2010. p. 627-628). Encontramos explicação similar sobre a expansão da franquia empresarial no pós-guerra em SILVA, Américo Luís Martins da. A franquia e as infrações da ordem econômica. *Revista Forense*, ano 97, v. 358, p. 4, nov./dez. 2001.

⁶ THEODORO JR; MELLO, obra citada, p. 803.

⁷ “O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, 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”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso especial nº 632.958. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior, 4 de março de 2010. *DJe*: 29 mar. 2010)

como um contrato de adesão – neste sentido, encontramos lições de Humberto Theodoro Júnior e Adriana M. Theodoro de Mello⁸ e de Orlando Gomes⁹, entre outros.

Entende-se que a existência de competição entre franqueadores para atração de interessados no estabelecimento de franquias, e a consequente ausência de poder econômico no mercado em que atuam, impedem que os franqueadores estabeleçam de forma abusiva os termos do contrato de franquia oferecido aos potenciais franqueados¹⁰.

Não é possível afirmar-se, portanto, que o franqueador seja parte vulnerável na relação ou que esteja em desvantagem no momento de negociar os termos do contrato de franquia. Ainda nas palavras de Humberto Theodoro Júnior e Adriana M. Theodoro de Mello,

no momento da formação do contrato só haverá desigualdade capaz de viciar o livre arbítrio do distribuidor se o fornecedor sonegar alguma informação essencial e relevante para o exercício do pleno juízo de conveniência do negócio¹¹.

Exatamente para preservar o equilíbrio entre as partes contratantes na negociação do contrato de franquia, a Lei nº 8.955/94 estabeleceu “a regra de absoluta transparência nas negociações que antecedem a adesão do franqueado à franquia”¹², que é atendida por meio da circular de oferta de franquia.

Este documento, que deve ser oferecido pelo franqueador aos potenciais franqueados anteriormente à contratação, conterá informações detalhadas acerca da atividade empresarial objeto da franquia, acerca do franqueador, sua estrutura societária e situação financeira, bem como acerca da rede franqueada e seus participantes, atuais e passados.

A Lei nº 8.955/94, no entanto, não disciplinou de forma pormenorizada as relações entre o franqueador e o franqueado, as quais continuam a ser regidas pelas disposições

⁸ “O contrato de adesão, em sentido próprio, provém de uma proposta formulada à coletividade, no dizer de Saleilles, proposta que o aderente, por imperiosa necessidade de contratar, não tem condições práticas de recusar. Sua adesão é inevitável. Já em outros casos, o destinatário da proposta, embora não tenha como impor alterações ao seu teor, não está forçado a se vincular. Adere, apenas, se for de sua conveniência e interesse. Nessa última hipótese, fala-se em contrato por adesão, mas não em contrato de adesão.

(...)

No verdadeiro contrato de adesão um dos contratantes (parte mais fraca), além de não poder interferir nas condições do contrato, não pode sequer recusá-lo ‘sob pena de ficar privado de serviços fundamentais para a vida moderna’ (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. III, n. 20. p. 43). É o caso dos contratos com os fornecedores de serviços de eletricidade, água, esgoto, telefonia etc. A vida moderna não permite às pessoas viverem sem o fornecimento de tais utilidades. A oferta feita sob condições de monopólio do explorador de tais serviços não tem como ser recusada por ninguém”. (THEODORO; MELLO, obra citada, p. 807-808, grifo do autor)

⁹ “É pressuposto do contrato de adesão o monopólio de fato ou de direito, de uma das partes, que elimina a concorrência para realizar o negócio jurídico. Se a situação não se configura desse modo, poderá haver contrato por adesão, jamais contrato de adesão”. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. n. 83. p. 120, grifo do autor)

¹⁰ “Precontract competition among franchisors (such as McDonald’s or Kentucky Fried Chicken) to sign up franchisees prevents Chicken Delight from exercising any economic power in setting contract terms with potential franchisees. Chicken Delight, although it possesses a trademark, does not possess any economic power in the relevant market in which it operates – the fast food franchising (or perhaps, more generally, the franchising) market”. (KLEIN, Benjamin; SAFT, Lester F. The law and economics of franchise tying contracts. *Journal of Law & Economics* (The University of Chicago Press), Chicago, v. 28, n. 2, 1985. p. 356)

¹¹ THEODORO; MELLO, obra citada, p. 804.

¹² COELHO, obra citada, p. 488.

contratuais sob o pálio da autonomia da vontade. Essa ausência de regulamentação detalhada levou Fábio Ulhoa Coelho a afirmar que, não obstante a existência de lei específica, o contrato de franquia continua a ser uma modalidade contratual atípica¹³.

Conhecida esta modalidade contratual e suas características basilares, passa-se a analisar a racionalidade econômica que leva franqueador e franqueado a aderir a este sistema de organização empresarial.

Racionalidade econômica

Tendo em vista o esquema básico do contrato de franquia, segundo o qual o franqueador ensina ao franqueado a forma de se desenvolver determinada atividade empresária, enquanto o franqueado dispõe do capital necessário ao seu estabelecimento, é comum justificar-se a adoção do sistema de franquia empresarial pela ausência de conhecimentos técnicos do franqueado para o exercício da empresa, de um lado, e pela indisponibilidade de capital do franqueador para expansão de suas atividades, de outro¹⁴.

No entanto, deve ser considerada simplista a conclusão, no sentido de que o franqueado decide por ingressar num sistema de franquia empresarial em razão unicamente da falta de conhecimento para estabelecer-se de modo independente no mercado; da mesma forma, para o franqueador, não é unicamente a (in)disponibilidade de capital para expansão de seus negócios o fator determinante para instituir o sistema de franquias.

Como vimos anteriormente, o franqueado deve ser reconhecido como um empresário, que age de forma racional e consciente na busca de lucratividade, dispondo de conhecimento e capacidade suficientes para avaliar adequadamente os riscos do negócio em que pretende investir, ponderando seus custos e seus benefícios anteriormente à celebração do contrato.

O franqueado, portanto, celebra o contrato junto ao franqueador e investe seu capital no negócio apresentado por este último por entender, após avaliar as opções de investimento disponíveis, que aquela lhe trará os melhores resultados. Como agente econômico que é, e diante da escassez de seus recursos, o franqueado faz uma escolha racional diante das opções de investimento que se lhe apresentam, optando por aquela que melhor lhe atende os interesses¹⁵.

¹³ COELHO, obra citada, p. 488.

¹⁴ Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho: “Normalmente, o franqueado dispõe de recursos e deseja constituir uma empresa comercial ou de prestação de serviços. Contudo, não tem os conhecimentos técnicos e de administração e economia geralmente necessários ao sucesso do empreendimento nem os pretende ter. Do outro lado, há o franqueador, titular de uma marca já conhecida dos consumidores, que deseja ampliar a oferta do seu produto ou serviço, mas sem as despesas e riscos inerentes à implantação de filiais. (...) Ambas as partes têm vantagens, posto que o franqueado já se estabelece negociando produtos ou serviços já trabalhados junto ao público consumidor, por meio de técnicas de marketing testadas e aperfeiçoadas pelo franqueador; e este, por sua vez, pode ampliar a oferta da sua mercadoria ou serviço, sem novos aportes de capital” (obra citada, p. 486-487). Luiz Roldão de Freitas Gomes, na mesma linha, afirma que a franquia empresarial seria um “método comercial de poupar a abertura de filiais e despesas, porque é independente o comerciante licenciado para explorar a marca”. (GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Aspectos dos contratos de leasing, franquia e factoring. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 41, out./dez. 1999, p. 38)

¹⁵ Nas palavras de Eric Hadmann Jasper: “As ações humanas, de acordo com a economia, têm todos os tipos de finalidades e as razões que as suportam são as mais diversas, entretanto, qualquer ação humana tem duas características básicas. Em primeiro lugar, requer o uso de recursos escassos, tornando, assim, a competição por tais recursos irrecorrível. Ademais, as ações humanas são sempre racionais, ao menos em um sentido do termo: elas sempre tentam eliminar desperdício. Em suma, os seres humanos desejam minimizar os custos de atingir quaisquer objetivos que tenham em mente. Escassez é, portanto,

A Lei nº 8.955/94, ao adotar a regra da “disclosure”, ou de transparência absoluta na negociação anterior à celebração do contrato de franquia, impede a existência de limitações cognitivas ou assimetrias informacionais que impossibilitariam o franqueado de realizar a sua escolha de modo racional e plenamente consciente¹⁶.

Analisando-se a mesma questão sob o viés do franqueador, muito embora a escassez de recursos seja um fator que contribua para a opção pela adoção do sistema de franquias, diversos outros fatores são determinantes nesta análise.

Diferentes teorias econômicas foram desenvolvidas para tentar explicar os motivos que levam um empresário a optar por expandir seus negócios por meio do sistema de franquias, as quais identificam especialmente na escassez de recursos, nos custos de monitoramento e no conhecimento acerca do mercado local os fatores decisivos na ponderação do empresário¹⁷; no entanto, nenhum destes fatores pode, solitariamente, explicar o fenômeno da expansão empresarial por meio do sistema de franquias.

Numa tentativa de conciliação das teorias até então desenvolvidas, o Professor da Florida Atlantic University, Chandra S. Mishra, elaborou a *Theory of franchising*¹⁸, a partir da qual criou o seguinte gráfico, que demonstra a diversidade de fatores levados em consideração pelo empresário ao decidir sobre a adoção do sistema de franquias:

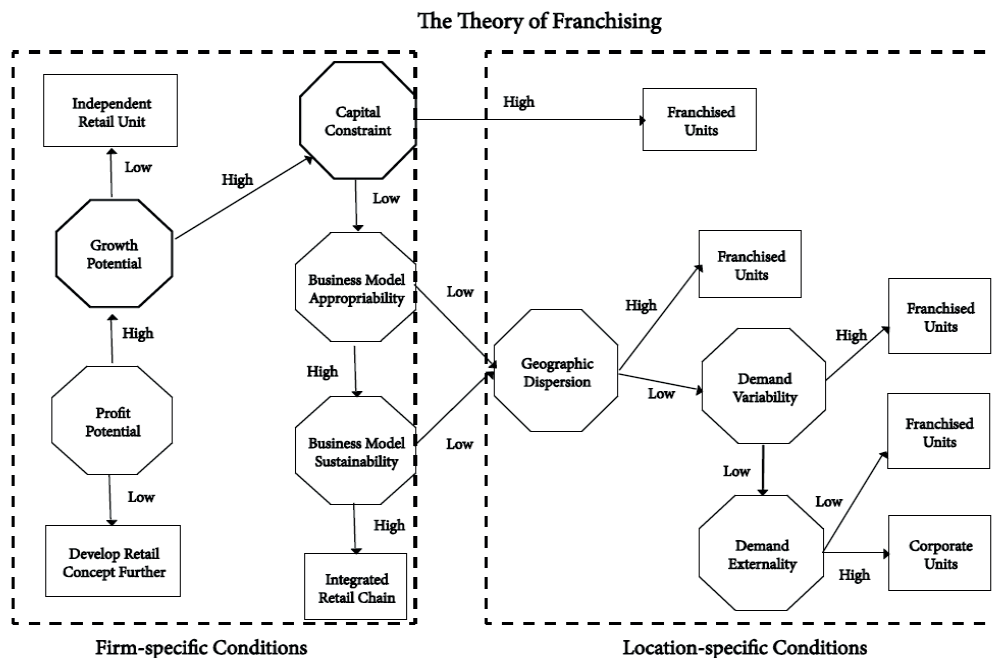
um fato da vida e a racionalidade econômica – a eliminação de desperdício – a resposta humana básica para este fato”. (JASPER, Eric Hadmann. A filosofia da análise econômica do Direito. *Revista Tributária de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 18, n. 92, maio/jun. 2010. p. 108)

Ainda sobre a escassez e a escolha entre usos competitivos dos recursos, Henry N. Butler, Christopher R. Drahozal e Joanna Shepherd: “Scarcity means that our behavior is constrained because we live in a world of limited resources and unlimited desires. Scarcity is thus a relative concept in that it indicates we cannot satisfy every desire. The fact that there is an ‘abundance’ of a particular resource does not mean that there is not scarcity; it simply means that at current prices everyone who wants to control a certain amount of that resource can do so by paying the market price. Scarcity implies that individuals, families, governments, businesses and other economic actors must make trade-offs among competing uses of limited resource”. (BUTLER, Henry N.; DRAHOZAL, Christopher R.; SHEPHERD Joanna. *Economic analysis for lawyers*. 3. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2014. p. 5)

¹⁶ “Em essência, a *Full Disclosure Rule* obriga o franqueador, que se prepara para iniciar o recrutamento de candidatos a franqueados, a revelar-lhes todas as informações acerca do negócio, de forma que lhe permita exercer sua opção com todo conhecimento de causa e total liberdade”. (REDECKER, obra citada, p. 83)

¹⁷ “The two theories that are particularly tested and accepted in franchising literature are agency theory and resource scarcity theory. Three other related theories are transaction cost theory, search cost theory, and signaling theory. These theories are tested as competing theories, but they are indeed complementary and explain different facets of franchising strategy”. (MISHRA, Chandra S. *The theory of franchising*. SSRN, 26 nov. 2015. p. 6. Disponível em: <http://bit.ly/2kr4wMb>. Acesso em: 15 set. 2016.)

¹⁸ “The theory of franchising postulates that franchising relaxes an underinvestment condition associated with adverse selection when the firm growth potential is high; enhances the business model sustainability that sustains value creation; enhances the firm value appropriation potential; enhances the firm’s brand value and competitive position; provides entrepreneurial flexibility under external uncertainty; and minimizes the firm’s monitoring, coordination, and customer acquisition costs. The theory of franchising draws on 3 business model conditions to explain why some firms may franchise and others do not. The magnitude of the appropriable rent, determined by the degree of business model appropriability, and the strength of the business model sustainability, determined by the height of the barriers to imitation, determine the firm’s choice whether to franchise its outlets, and in the event it chooses to franchise, the degree of business model appropriability and sustainability determines a sustainable rate of franchising for the franchisor”. (MISHRA, obra citada, p. 2-3)



Fonte: Mishra¹⁹.

Independentemente de um maior aprofundamento acerca destas teorias, que não são o tema do presente estudo, é necessária a compreensão de que a franquia empresarial é um sistema organizacional cuja adoção, tanto pelo franqueado como pelo franqueador, envolve a ponderação de uma miríade de fatores complexos, os quais não se limitam à restrição de capital ou à falta de conhecimento específico do potencial franqueado, mas imbricam-se especialmente com a análise acerca de custos, riscos e potencial de crescimento da operação.

Considerando-se que o contrato de franquia não encontra balizamento detalhado na Lei nº 8.955/94, mas é o instrumento que será utilizado para reger as relações entre franqueador e franqueado e terá a pretensão de comportar todos os interesses envolvidos, qualquer análise desta relação contratual que ignore esta complexidade de fatores estará fadada à superficialidade e ao simplismo.

Oportunismo contratual: manipulação de informações e o problema do *free-rider*

Uma das premissas adotadas pelas ciências econômicas acerca do comportamento dos agentes econômicos é a de que estes são maximizadores de valor, ou seja, sempre agem racionalmente diante das restrições que lhes são impostas com a finalidade de aumentar ao máximo a sua satisfação – em se tratando de empresários, a satisfação é equivalente ao lucro²⁰.

¹⁹ Obra citada.

²⁰ "Roughly speaking, rational choice theory assumes that individuals have preferences over outcomes and that their preferences behave in certain regular ways; more precisely, that they satisfy the so-called 'axioms of rational choice'. When

Não há dúvidas de que a busca pela maximização dos lucros é ínsita à própria condição de empresário e é absolutamente legítima. No entanto, quando a perseguição do lucro se faz por meio de comportamentos fraudulentos, por meio da violação explícita ou implícita de obrigações contratuais, ela se caracteriza como oportunismo.

Nos contratos de franquia empresarial, normalmente o oportunismo do franqueado se dá por meio de uma dentre as seguintes condutas: manipulação de informações; descumprimento da obrigação em relação à qualidade dos serviços e produtos entregues ao consumidor; e descumprimento das obrigações relativas à higiene do estabelecimento franqueado.

Nas palavras de Uri Benoliel:

Franchisee opportunism is defined as behavior by the franchisee towards the franchisor that involves “self-interest seeking with guile”. The fundamental nature of a franchisee’s opportunistic behavior towards a franchisor is the deceit-oriented violation of implicit or explicit promises about its required role and behavior. What sets a franchisee’s opportunism apart from the standard economic assumption of self-interest-seeking behavior is the notion of “guile.” Guile entails the franchisee’s “lying, stealing, and cheating” and “calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate, or otherwise confuse” the franchisor.

Opportunistic behavior on the part of a franchisee, as will be explained in greater detail below, includes three central prototypical actions: manipulating information; shirking the franchisee’s contractual obligation toward the franchisor to provide adequate customer service; and evading the contractual obligation to maintain the cleanliness of the entire franchise unit²¹.

Interessante ressaltar que, apesar de haver algum padrão no comportamento dos franqueados observado empiricamente, não é possível prever todas as maneiras por meio das quais os franqueados poderão agir com a intenção de maximizar seus lucros em prejuízo do franqueador ou da rede franqueada. A economia prediz, também, que os indivíduos são criativos e que conseguem criar novas oportunidades em resposta às limitações que lhes são impostas²² – ou seja, ainda que um instrumento contratual consiga abarcar

preferences behave regularly, individuals choose what maximizes their ‘expected utility’. (BONE, Robert G. *Civil Procedure: the economics of Civil Procedure*. New York: Thomson, 2003. p. 4-5). Nas palavras de Eric Hadmann Jasper, “economistas presumem que pessoas sempre maximizam algo: consumidores maximizam satisfação, empresas maximizam lucros, políticos maximizam votos, jogadores de futebol maximizam gols e assim por diante. O conceito de maximização, portanto, pode ser definido como a forma de escolha racional que leva em conta as restrições (escassez) da sociedade”. (Obra citada, p. 109)

²¹ BENOLIEL, Uri. The behavioral law and economics of franchise tying contracts. *Rutgers Law Journal* (Rutgers School of Law), Camden, v. 41, 2010. p. 538.

²² *“Individuals are creative. They are able to conceive of changes in their environment, foresee the consequences thereof, and respond by creating new opportunities.*

Although an individual’s opportunity set is limited at any instant in time by his or her knowledge and the state of the world, that limitation is not immutable. Human beings are not only capable of learning about new opportunities, they also engage in resourceful, creative activities that expand their opportunities in various ways.

The kind of highly mechanical behavior posited by economists— that is, assigning probabilities and expected values to various actions and choosing the action with the highest expected value— is formally consistent with the evaluating, maximizing model defined in Postulates I through III. But such behavior falls short of the human capabilities posited by REMM [“resourceful, evaluative, maximizing model”]; it says nothing about the individual’s ingenuity and creativity.

previsões suficientes para impedir o franqueado de adotar aquelas condutas anteriormente apontadas, é provável que outras formas de oportunismo sejam criadas.

Focaremos nossa análise em duas formas de oportunismo. A primeira delas, a manipulação da informação pelo franqueado.

Boa parte dos contratos de franquia empresarial, se não a grande maioria, prevê o pagamento de royalties ao franqueador tendo por base de cálculo o faturamento bruto do estabelecimento franqueado. Ou seja, quanto maior o faturamento do franqueado, maior a parcela a ser paga ao franqueador.

A fim de reduzir o valor dos royalties pagos ao franqueador e aumentar a sua margem de lucro na operação do estabelecimento, o franqueado poderá omitir do franqueador o real valor do seu faturamento, apresentando números subestimados para fins de cálculo do valor dos royalties mensais²³.

One way of capturing the notion of resourcefulness is to think about the effects of newly imposed constraints on human behavior. These constraints might be new operating policies in a corporation or new laws imposed by governments. No matter how much experience we have with the response of people to changes in their environment, we tend to overestimate the impact of a new law or policy intended to constrain human behavior. Moreover, the constraint or law will almost always generate behavior which was never imagined by its sponsors. Why? Because of the sponsors' failure to recognize the creativity of REMMs. REMMs' response to a new constraint is to begin searching for substitutes for what is now constrained, a search that is not restricted to existing alternatives. REMMs will invent alternatives that did not previously exist". (BUTLER; DRAHOZAL; SHEPHERD, obra citada, p. 8)

²³ Demonstrando a criatividade dos agentes e as diversas possibilidades de manipulação de informações pelo franqueado, Uri Benoliel nos relata uma série de fraudes verificadas em casos reais: *"The manipulation of information may be carried out in numerous ways. First, the franchisee may understate the quantity of product sold to customers in order to underpay fees to the franchisor. To illustrate, in Dunkin' Donuts of America, Inc. v. Middletown Donut Corp., the Supreme Court of New Jersey determined that the franchisee had failed to keep financial records. The court concluded that the franchisee's delinquency in recordkeeping was part of a deliberate effort to underreport sales, which in turn would result in the underpayment of franchise fees, fund fees and rental override charges.*

An additional way in which a franchisee can manipulate information is by overstating the quantity of product sold, in order to receive excessive payments from the franchisor. To illustrate, in Craig Foster Ford, Inc. v. Iowa DOT, a car franchisee participated in a franchisor marketing program designed to give franchisees cash incentives to attract buyers through offers of cash rebates. According to the program, the franchisor authorized its franchisees to issue universal bank drafts to buyers entitling them to rebates offered in connection with vehicle purchases. The buyer would endorse the draft to the franchisee, applying the proceeds to the purchase of a vehicle. The franchisee, in this case, manipulated information by reporting sales when, in fact, the sales were not made. In several instances, the named "buyers" were actually the franchisee's employees. The franchisee issued universal bank drafts payable to the named "buyers" and then endorsed the drafts in the payee's name, depositing the drafts in the franchisee's own bank account.

The franchisee may manipulate information in a different way. It may overstate customer after-sale services, in order to receive a reimbursement from the franchisor. For example, in R.A.C. Motors, Inc. v. World-Wide Volkswagen Corp., a franchise contract for the sale of vehicles was signed between a retail automobile franchisee and an authorized distributor for Volkswagen. The evidence showed that the franchisee submitted false reports to the distributor stating that it had performed a 300-mile free inspection on vehicles. The distributor reimbursed the franchisee for each of the inspections. Thus, the franchisee received a reimbursement for inspections that it had never performed.

A franchisee may be able to distort information in another way. It can potentially misclassify customers' identity in order to evade paying fees to the franchisor. To illustrate, in Jackson Hewitt, Inc. v. Greene, the franchisor calculated its royalty fee based upon the franchisee's gross volume. The franchise agreement excluded all revenue derived from a specific list of preexisting clients from the gross volume of business conducted under the franchise. The franchisee's gross volume of business was reported to the franchisor via a computer-generated periodic sales report, the data for which was taken directly from the computer database of the franchisee. The franchisee misclassified customers as preexisting clients. Arguably, such misclassification will normally be employed in order to evade paying fees to the franchisor.

Finally, in addition to the above ways in which a franchisee can manipulate information, the former may misrepresent its contractual efforts to the franchisor. In particular, the franchisee may distort information regarding its promotional efforts. To illustrate, in H.R.R. Zimmerman Co. v. Tecumseh Products Co., the franchisee allegedly falsely represented that his employees were devoting their time to managing a division that sold the franchisor's products". (BENOLIEL, obra citada, p. 538-541)

Não é tarefa fácil para o franqueador monitorar o volume efetivo de vendas de sua rede franqueada ou outras informações concernentes à sua operação. Apesar de ser possível a análise periódica da contabilidade dos estabelecimentos ou mesmo a adoção obrigatória pela rede franqueada de sistema de gestão de vendas que possibilite o acesso rápido a tais informações, o franqueado pode simplesmente deixar de registrar as vendas que realiza, o que, na prática brasileira, já é uma conduta bastante comum por parte de comerciantes a fim de se furtarem ao pagamento de tributos.

A segunda forma de oportunismo que pode ser adotada pelo franqueado é o descumprimento da obrigação em relação à qualidade dos serviços e produtos entregues ao consumidor, que faz surgir o problema do *free-rider*.

Para a teoria econômica, o *free-rider problem* (ou “problema do carona”) ocorre quando aqueles que se beneficiam de determinado recurso, bem ou serviço não pagam por ele. A existência do *free-rider* pode levar a um abuso ou a um uso excessivo do recurso, bem ou serviço, e acarretar diversos problemas relacionados à ineficiência na alocação de recursos.

Aplicando-se o conceito à relação entre franqueador e franqueado, economistas afirmam que o franqueado detém um incentivo para reduzir a qualidade dos produtos e serviços que oferece ao consumidor, a fim de “pegar carona” no prestígio da marca do franqueador.

Isso porque a rede franqueada se utiliza da marca do franqueador, de forma que os consumidores procuram o estabelecimento em razão de confiarem na qualidade dos produtos e serviços desta marca²⁴. Ou seja, os consumidores não procuram o estabelecimento franqueado em razão da qualidade daquele estabelecimento em si, mas em razão de confiarem na qualidade da marca que representa toda a rede.

Assim, se o franqueado diminui a qualidade dos produtos que oferece ao consumidor (reduzindo quantidades, deixando de adotar práticas de reposição de alimentos ou utilizando insumos de menor qualidade e menor preço, por exemplo), ele auferirá solitariamente os benefícios desta redução de qualidade, que acarreta o aumento de sua margem de lucro.

Os prejuízos desta diminuição da qualidade, no entanto, não são suportados exclusivamente pelo franqueado, mas sim por toda a rede franqueada. Isso porque uma experiência insatisfatória do consumidor será imputada por este a toda a rede, e não unicamente àquele estabelecimento específico.

Ou seja, o franqueado auferirá solitariamente os lucros de sua conduta e divide com toda a rede franqueada os prejuízos. O fato de o franqueado não suportar exclusivamente os custos de sua conduta caracteriza uma situação de *free-riding*, conforme explicam Benjamin Klein e Lester F. Saft:

²⁴ “The principal ingredient in most franchise contracts is the franchisee’s right to use a national brand name in exchange for a share of profits to the franchisor. A significant increase in the use of franchise systems occurred in the mid-1950s with an apparent increase in the efficiency of national brand names. This we attribute to three factors. First, the development of television meant there was a more efficient nationwide information technology, reducing the cost of establishing national brand names. Second, an increase in travel by consumers meant that consumers were more often shopping in unfamiliar geographical areas, in which national but not local brand names would serve as signals of quality, enhancing the value of a national brand name. Finally, a continuing increase in the real income of consumers led to a further increase in the opportunity costs of search in retail markets, again enhancing the information value of brand names”. (MATHEWSON, G. Frank; WINTER, Ralph A. The economics of franchise contracts. *Journal of Law and Economics* (The University of Chicago Press), Chicago, v. 28, n. 3, out. 1985. p. 504)

Because the quality information applies to a group of franchisees using a common name, there is a free-riding problem. If each franchisee supplies inputs that significantly influence the quality of the product marketed, and consumers cannot detect the quality of the product before they purchase it, then each franchisee will have the incentive to cut costs and supply less than the desired level of product quality. Because the product is standardized, consumers who receive products of less than anticipated quality will blame the entire group of retailers using the common name. The individual franchisee directly benefits from the sales of the lower-quality product, and the other franchisees share in the losses caused by decreased future demand²⁵.

Passaremos a analisar métodos contratuais para o controle do oportunismo do franqueado representado pela manipulação de informações ou pelo *free-riding*.

Métodos contratuais para controle do oportunismo

Conforme apontamos anteriormente, diante da criatividade do agente econômico e da infinidade de possibilidades de se adotar uma postura oportunista na relação contratual, é virtualmente impossível para o franqueador criar um sistema de monitoramento que evite toda e qualquer conduta oportunista do franqueado.

Outrossim, o monitoramento exercido pelo franqueador acarreta custos para a sua atividade empresarial – a necessidade de dispêndio de menores custos em monitoramento é, justamente, um dos fatores-chave para a opção pelo sistema de franquias, de forma que não é razoável que o franqueador incorra em custos excessivos a este título para se precaver do oportunismo do franqueado.

Sabemos que o franqueado é um agente econômico que agirá de forma racional a fim de satisfazer seus interesses (diga-se, lucro); desta forma, sempre que o franqueado avaliar que agindo de forma oportunista ele aumentará seus ganhos, essa será a sua conduta esperada. Para que o franqueado não seja incentivado a trapacear, portanto, devem ser criados mecanismos para que ele racionalmente antevêja que a sua trapaça acarretará custos maiores que os ganhos extras que ele poderá auferir.

Importante ressaltar que, para fins de dissuasão do comportamento ilícito, há uma correlação íntima entre o montante da sanção prevista de forma abstrata (ou seja, a penalidade a que o agente estará sujeito se apanhado trapaceando) e a probabilidade de o agente ser apanhado quando efetivamente trapacear.

²⁵ KLEIN; SAFT, obra citada, p. 349-350. Francine Lafontaine e Margaret Slade nos explicam o mesmo fenômeno do *free-riding* utilizando como exemplo a política de uma rede de produtos alimentícios que determina aos franqueados o descarte dos alimentos preparados e não vendidos após determinado período: “[...] *dealer services at the point of sale can enhance the demand for a manufacturer’s or a franchisor’s product. For example, Dunkin Donuts has a policy that requires franchisees to discard donuts that are no longer fresh. Franchisees, who are residual claimants on their own unit’s profits after the payment of royalties to their franchisor, obtain a benefit from the value of the brand thus generated. However, they do not fully internalize the benefit that is associated with their own decisions, as some of their customers with positive experience will patronize other units of the same chain rather than returning to their unit in the future. In contrast, franchisees bear the full cost of the policy. As a result they will tend to provide a quality that is too low from the perspective of the franchisor*”. (LAFONTAINE, Francine; SLADE, Margaret. Exclusive contracts and vertical restraints: empirical evidence and public policy. In: *Handbook of antitrust economics*. Cambridge: MIT Press, 2008. p. 394)

Economistas explicam que a avaliação do agente econômico acerca do valor de uma oportunidade leva em consideração o valor concreto do resultado que será possivelmente alcançado (seja ele positivo, para lucros, ou negativo, para perdas) multiplicado pela probabilidade de que este resultado efetivamente ocorra²⁶.

Transpondo esse raciocínio para o contrato de franquia, a dissuasão ao comportamento oportunista será aumentada com a imposição de sanções ao franqueado para a hipótese de ser flagrado trapaceando e com o incremento das chances de o franqueado ser apanhado. Não é necessário, para fins de se alcançar um equilíbrio, que o franqueador seja capaz de identificar o oportunismo em 100% (cem por cento) dos casos; é necessário unicamente que as penalidades a que o franqueado estará sujeito caso flagrado, multiplicadas pela probabilidade de que ele seja apanhado, superem o valor dos benefícios que ele pretende auferir com a trapaça.

Trataremos abaixo, portanto, das penalidades – dentre elas a terminação contratual – e de instrumentos que facilitem a atividade de monitoramento do franqueador.

Terminação contratual e penalidades

A principal forma de dissuasão do comportamento oportunista do franqueado é a possibilidade de o franqueador unilateralmente resili²⁷ o contrato de franquia. O término do contrato de franquia acarreta ao franqueado a perda da remuneração ordinária relativa à exploração do negócio, bem como os custos relativos às penalidades, implícitas ou explícitas, que lhe serão impostas.

Espera-se que o franqueado aufera lucros regulares pela operação do estabelecimento franqueado, os quais cessarão na hipótese de término do contrato de franquia. Conforme explicam Benjamin Klein e Lester F. Saft, para criar um desincentivo à trapaça

²⁶ Segundo Robert G. Bone: “*The expected value of an outcome is the payoff from the outcome (positive for gains; negative for losses) multiplied by the probability that the outcome will materialize. The expected value of an option with more than one possible outcome is the sum of the expected values of each outcome taken separately. [...] The idea of expected value makes a great deal of intuitive sense. Discounting payoffs by their probabilities nicely captures the way a decision under uncertainty varies with risk and result. But people sometimes have trouble with the concept when they first encounter it. [...] The important thing to realize is that expected value does not measure actual outcomes. It measures the value of the gamble itself*” (obra citada, p. 23-24, 27). Ou seja, para a teoria da escolha racional, um jogo no qual o jogador detenha 30% (trinta por cento) de chances de ganhar R\$ 100,00 (cem reais) tem o mesmo valor de um jogo no qual o jogador detenha 60% (sessenta por cento) de chances de ganhar R\$ 50,00 (cinquenta reais) – em ambos os casos, o valor da oportunidade será R\$ 30,00 (trinta reais). Da mesma forma, o efeito dissuasório em relação ao franqueado tende a ser o mesmo se ele detiver 50% (cinquenta por cento) de chances de ser penalizado em R\$ 100,00 (cem reais) ou 25% (vinte e cinco por cento) de chances de ser penalizado em R\$ 200,00 (duzentos reais) – em ambos os casos, ele avaliará a oportunidade em R\$ 50,00 (cinquenta reais) negativos. Essa forma de análise tem fundamento na teoria da escolha racional e é amplamente aceita por economistas, muito embora o cálculo esteja sujeito a diversas outras variáveis (como por exemplo, a neutralidade, aversão ou atração em relação ao risco).

²⁷ Adota-se o termo “resilição” para designar o direito (ou faculdade) concedido às partes de terminarem o contrato mediante simples notificação à outra parte. Conforme disposição do artigo 472 do Código Civil, a “resilição unilateral” é possível “nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita”. Entende-se que, nos contratos por prazo indeterminado, as partes detêm o direito à resilição. Nas palavras de Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, “pelo contrato, estabelece-se um vínculo entre as partes, que as obriga à adoção do comportamento prescrito a cada uma delas. Mas esse vínculo subsiste enquanto durar a vigência do contrato, nos contratos por prazo determinado. Nos contratos por prazo indeterminado, não é razoável que o vínculo subsista indefinidamente, podendo qualquer das partes terminar o contrato, quando não mais lhe interessar permanecer vinculada, assistindo-lhe para isso o direito à resilição”. (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil*: dos contratos em geral (arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 471-472, grifo do autor)

do franqueado, a expectativa de lucro regular do franqueado no longo prazo deve ser superior à sua expectativa de lucro extra no curto prazo advindo do oportunismo:

To prevent free-riding by franchisees, the franchisor must be able to impose a sanction on a franchisee that is detected cheating the group by supplying a substandard product. It will not work to contract with the franchisee to supply a product to contractually specified minimum standards, because it is the financial interest of the franchisee to break the contract. Even if the franchisor is policing its franchisees' behavior, it will not detect all failures to comply. More generally, there will be a time lag between franchisee breach and cessation. Hence, unless some penalty term is included in the contract, the franchisee will maximize his wealth by cheating on the group. Because of legal constraints on the form of enforceable contracts, the penalty in most cases consists of terminating the franchisee. Termination imposes an implied loss of a future quasi-rent stream. If the franchisee's estimate of the discounted present value of this future quasi-rent stream is greater than his estimate of the current short-run extra profit from cheating, then he will not cheat. The franchisor must create an arrangement in which the franchisee's expected discounted value of future rents is greater than the franchisee's expected short-run cheating potential. The franchisor must monitor franchisees and set the level of its policing expenditures so that, given its estimate of cost savings to a franchisee supplying low quality inputs and the implied expected time to detection and enforcement, the short-run profit a franchisee is expected to earn by cheating falls below the value of the future quasi-rent stream available to the franchisee as a member of the chain²⁸.

A terminação do contrato de franquia impõe ao franqueado, além da perda dos lucros regulares advindos da operação normal do estabelecimento, a perda de investimentos que tenha realizado para ingressar na atividade. Essas perdas podem ser consideradas sanções implícitas que serão impostas ao franqueado na hipótese de ser apanhado trapaceando, as quais representam um prejuízo financeiro que auxiliará na dissuasão do comportamento oportunista.

Tais sanções implícitas podem ser criadas contratualmente, por meio de diferentes mecanismos – a obrigatoriedade de locar diretamente do franqueador o imóvel em que será instalado o estabelecimento, por exemplo, impõe ao franqueado os custos da mudança na hipótese de terminação contratual e a perda de investimentos que tenha realizado no ponto comercial²⁹.

²⁸ FLEIN; SAFT, obra citada, p. 351-352.

²⁹ Conforme também explicam Benjamin Klein e Lester F. Saft: “The franchisor may create quasi rents by requiring the franchisee to invest in specific (not fully salvageable) production assets on which the franchisee is earning a normal rate of return but which, on termination, imply a capital cost penalty. If this penalty is larger than any short-run wealth gain that can be obtained by the franchisee if he cheats, he will not do so. Such a specific asset may be created, for example, by requiring a franchisee to rent short term from franchisor (rather than own) the land on which the franchised outlet is located. This lease arrangement implies that the franchisor can require the franchisee to move, and moving imposes a capital loss on the franchisee up to the amount of its initial nonsalvageable investment. This creates a form of collateral to deter franchisee cheating” (obra citada, p. 351-352). Ressalte-se que a própria Lei nº 8.955/94 prevê a adoção desse mecanismo

Investimentos específicos realizados pelo franqueado para o início de suas atividades, com baixa ou nenhuma possibilidade de recuperação, como a taxa inicial paga ao franqueador, a aquisição de mobiliário da rede franqueada ou de equipamentos específicos da atividade empresarial, servem também como penalidades implícitas que representarão prejuízos ao franqueado no caso de terminação da franquia³⁰.

Outro mecanismo comumente previsto nos contratos de franquia, a cláusula de não competição ou de não concorrência pode ser também analisada sob o mesmo ponto de vista. É recorrente a existência de previsão contratual da proibição de o franqueado exercer a mesma atividade da rede franqueada após o término do contrato de franquia, impondo esta restrição por determinado período de tempo e em determinada área geográfica.

A impossibilidade de continuar atuando na mesma atividade impõe ao franqueado um prejuízo, pela impossibilidade de aproveitamento dos equipamentos e da experiência adquiridos, desestimulando a conduta fraudulenta, por conseguinte³¹.

A Lei nº 8.955/94, ao determinar que a circular de oferta de franquia traga a informação acerca da “situação do franqueado, após expiração do contrato de franquia, em relação a (...) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador” (artigo 3º, XIV, “b”), autoriza a imposição contratual da cláusula de não concorrência. Diversos precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, outrossim, vêm considerando válida esta disposição³².

Sanções explícitas previstas no contrato de franquia, por sua vez, tomam a forma de cláusulas penais, as quais atenderão às regras previstas nos artigos 408 e seguintes do Código Civil, e podem prever a imposição de penalidades para hipóteses específicas de descumprimento contratual (como fraude no repasse de informações contábeis ou descumprimento de padrão de qualidade).

As cláusulas penais, no entanto, enfrentam pelo menos duas dificuldades à sua aplicação eficiente – a primeira delas, as restrições patrimoniais do franqueado, que podem frustrar as tentativas do franqueador de receber o valor da multa imposta³³. Ademais, a

pelo franqueador, apontando que deverá ser explicitada na circular de oferta de franquia a informação acerca dos valores a serem pagos pelo “aluguel de equipamentos ou ponto comercial” (artigo 3º, VIII, “b”).

³⁰ “One method of safeguarding performance is for a potential cheater to post a bond (a ‘hostage’) possibly in an implicit form if the cheater is required to make an investment in a highly specific form with a very low salvageable value. In both cases, the same purpose is served. Franchise contracts typically require franchisees to pay lump-sum fees to franchisors and to make highly specific investments in equipment. The franchisor usually takes the right to terminate the contract at will if the franchisee is not maintaining quality standards. For any hostage to be effective it must set the franchisee’s expected gain from cheating equal to zero. This implies that hostages will be worth much more than the actual gain when monitoring costs are positive”. (DNES, Antony W. Franchise Contracts. In: *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III: the regulation of contracts*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. p. 1.099. Disponível em <http://bit.ly/2kKKJYu>. Acesso ago. 2016.)

³¹ Conforme Antony W. Dnes: “It is important to recognize the rich variety of devices used to support contracts. The use of restrictive covenants in franchise agreements can also be explained in terms of hostages. Covenants usually prevent a franchisee from competing in a market area for some period after leaving the franchise system, implying that the non-availability of an alternative rent stream is used to constrain the franchisee’s behavior: that is, he cannot cheat and leave for better pastures. A new franchisee’s future level of skill is not known but if he becomes highly adept at his business, he might be tempted to set up on his own. A covenant prevents the franchisee from simply removing the franchisor’s investment in his training. Also, termination by the franchisor can cause the loss of the hostage”. (obra citada, p. 1.099)

³² Ver, entre outros, Apelação nº 9000110-56.2008.8.26.0100, relatada pelo Desembargador Araldo Telles e julgada pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial em 15 ago. 2016, e agravo de instrumento nº 2269918-54.2015.8.26.0000, relatado pelo Desembargador Ricardo Negrão e julgado pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial em 17 fev. 2016.

³³ O oferecimento de uma garantia pelo franqueado, ou de caução (conforme prevê o artigo 3º, VII, “b”, da Lei nº 8.955/94), pode atenuar essa primeira dificuldade, muito embora o oferecimento da garantia também dependa da disponibilidade de patrimônio do franqueado.

efetivação da cláusula penal impõe custos ao franqueador – custos de monitoramento, uma vez que a aplicação da multa dependerá da comprovação da efetiva ocorrência do inadimplemento contratual, e custos do procedimento judicial necessário à cobrança da penalidade.

Desta forma, muito embora as cláusulas penais sirvam como um desincentivo à atuação oportunista do franqueado, a mera possibilidade de rescisão unilateral do contrato (sem a necessidade de demonstração do descumprimento contratual por parte do franqueado) e a criação de mecanismos que sirvam como penalidades implícitas ao franqueado são fórmulas mais eficientes e menos custosas de se atingir o mesmo objetivo dissuasório.

Importante questionamento advindo da análise dos poderes do franqueador no tocante ao término da relação contratual é acerca da possibilidade de rescisão unilateral da franquia empresarial e da eventual abusividade dessa conduta.

Em princípio, nas franquias empresariais contratadas sem prazo determinado (ou quando o prazo previsto contratualmente tenha se expirado), é possível a rescisão unilateral por meio de denúncia desmotivada por qualquer das partes³⁴. Assim, na hipótese de o franqueador perceber o comportamento oportunista do franqueado (seja pela diminuição de qualidade dos produtos e serviços, seja pela manipulação de informações), a terminação da avença independe da colheita de elementos de prova necessários à demonstração da ocorrência do descumprimento contratual.

Por outro lado, nos contratos que prevejam prazo determinado, não é possível a rescisão unilateral desmotivada, de forma que a resolução contratual dependerá da capacidade de o franqueador demonstrar o efetivo descumprimento contratual por parte do franqueado a fim de fazer uso da prerrogativa prevista no artigo 475 do Código Civil.

A pactuação da franquia empresarial por prazo indeterminado é claramente mais benéfica ao franqueador e mais eficiente no controle do oportunismo do franqueado. Veja-se que a terminação contratual nesta hipótese independe da prova de qualquer conduta oportunista do franqueado e, em princípio, independe do pagamento de qualquer indenização a ele³⁵.

Já nas franquias empresariais contratadas por tempo determinado, a resolução dependerá da efetiva demonstração do descumprimento de obrigações por parte do franqueado, o que notadamente acarretará maiores custos ao franqueador. Nestes casos, o franqueador que pretenda resolver o contrato enfrentará ainda o risco de ser obrigado a indenizar o franqueado em razão da resolução prematura, caso não seja capaz de demonstrar a efetiva ocorrência do descumprimento contratual.

³⁴ Neste sentido, há precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo que consideraram válida cláusula contratual que permitia a denúncia unilateral do contrato após um ano de sua vigência (Apelação nº 7.102.953-3, relatada pelo Desembargador Eduardo Sá Pinto Sandeville e julgada pela 11ª Câmara de Direito Privado em 25 jun. 2009) e que apontaram a possibilidade de qualquer das partes pôr fim à relação contratual que vigia por tempo indeterminado (Apelação nº 9110579-81.8.26.0000, relatada pela Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti e julgada pela 20ª Câmara de Direito Privado em 18 jun. 2012).

³⁵ O parágrafo único do artigo 473 do Código Civil prevê que, no caso da rescisão unilateral, se “dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. Para evitar a aplicação deste dispositivo, que visa a coibir abusos, o contrato de franquia poderá prever a possibilidade de rescisão unilateral após o decurso de determinado período (um ano, por exemplo), antes do qual a resolução do contrato dependerá de demonstração do descumprimento de suas cláusulas.

Há, portanto, uma racionalidade econômica que justifica a não estipulação de prazo nos contratos de franquia e a possibilidade de sua rescisão unilateral³⁶ – a previsão de prazo concederia maior proteção ao franqueado que pretenda agir de forma oportunista, uma vez que imporá maiores custos e maiores riscos ao franqueador para combater essa conduta.

Não se desconhece, por outro lado, que a concessão de poderes amplos ao franqueador para que termine o contrato de franquia unilateralmente e de modo desmotivado permite que também o franqueador aja de forma oportunista em prejuízo do franqueado. O franqueador poderá se utilizar destas prerrogativas para se apropriar dos investimentos feitos pelo franqueado no desenvolvimento do mercado local e para assumir unidades franqueadas que se mostrem especialmente lucrativas³⁷.

O comportamento oportunista do franqueador, no entanto, tende a acarretar outros custos que tornam esta conduta menos atrativa. Primeiramente, o franqueador normalmente atua num mercado competitivo em que concorre com outros franqueadores no recrutamento de novos franqueados – dessa forma, o franqueador preza por sua reputação no tocante à honestidade no relacionamento com os franqueados (e as informações obrigatórias da circular de oferta de franquia fazem com que novos franqueados possam manter contato com antigos franqueados).

Ademais, o oportunismo do franqueador o levaria à necessidade de operação direta da rede de estabelecimentos, o que poderá acarretar custos operacionais mais elevados³⁸.

Vê-se, portanto, que a prerrogativa de rescindir o contrato de franquia de forma desmotivada é uma eficiente ferramenta do franqueador para disciplinar os franqueados e criar

³⁶ “As with any incomplete contract, the franchise contract has the potential to generate ex post opportunism. Most economic analyses of the franchise form suggest that opportunism arises as franchisees face a moral hazard because they do not bear most of the loss in the value of the franchise trademark when they fail to uphold the franchisor’s quality standards. Because it is generally impossible to specify in perfect detail what those quality standards are under all contingencies, franchisors attempt to limit this moral hazard by including broad termination rights to discipline the franchisee’s opportunism. By contracting for at will termination, in which the franchisee loses its franchise-specific investment, this kind of opportunism will be disciplined. In theory, this allows for better quality control, making the franchisor and franchisees collectively better off than they would be if the moral hazard were left unchecked. Perhaps it is unsurprising then that most franchise contracts contain at will termination clauses”. (KLICK, Jonathan; KOBAYASHI, Bruce; RIBSTEIN, Larry. The effect of contract regulation: the case of franchising (December 13, 2006). *George Mason Law & Economics Research*, paper n. 07-03; *2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*; FSU College of Law, Law and Economics, paper n. 07/001. p. 8. Disponível em: <http://bit.ly/2lWYq6J> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.951464>. Acesso em: 20 set. 2019.)

³⁷ “However, these broad termination rights have the potential to generate a different kind of opportunism. It may be rational for franchisors to exercise their termination rights to expropriate the returns from a franchisee’s investment in market discovery and development by terminating contracts in those markets that turn out to be unexpectedly profitable, allowing the franchisor to service the markets itself without having to split revenues with a franchisee or to resell the franchise at better terms”. (KLICK; KOBAYASHI; RIBSTEIN, obra citada, p. 8)

³⁸ Conforme explicam Benjamin Klein e Lester F. Saft: “The franchisor is not likely to terminate franchisees merely to confiscate their sunk investments opportunistically because franchisors must be concerned about their reputations when attempting to sell additional franchise locations. Even when the franchise chain is mature and additional franchise sales are unlikely, it may not be in the interest of the franchisor to unfairly terminate all franchises. The present discounted value of the higher cost of running an entirely vertically integrated operation (compared to a franchise operation) may be greater than the franchisor’s hold-up potential” (obra citada, p. 356). No mesmo sentido, conclui Antony W. Dnes: “Cheating by the franchisors is controlled by possible increases in operating costs. A franchisor known to appropriate hostages opportunistically would lose franchisees and find it hard to recruit new ones, forcing him to use more costly organizational forms. As long as the franchisee’s bond is greater than the franchisee’s expected gain from cheating and is less than the cost penalty imposed on the franchisor on moving to some other organizational form, a hostage can support their relationship. The hostage is a low-cost substitute for costly monitoring and enforcement devices”. (Obra citada, p. 1.099)

um desincentivo à conduta oportunista. Eventuais abusos dos franqueadores tendem a ser controlados em razão das próprias características do mercado em que atuam.

Controle de qualidade e exclusividade no fornecimento de insumos

Apontamos anteriormente que a teoria econômica afirma que os franqueados detêm um incentivo para reduzir a qualidade dos serviços e produtos que oferecem aos consumidores. Isso ocorre porque, normalmente, os franqueados auferem solitariamente os benefícios advindos de cortes de despesas que realizem (diminuição de quantidades, utilização de insumos de menor qualidade, etc.), mas os prejuízos causados pela má qualidade do produto ou do serviço prestado serão divididos por toda a rede franqueada.

Esses incentivos ao franqueado existem em razão principalmente de uma característica recorrente das redes franqueadas, que é a transitoriedade dos consumidores e a baixa taxa de fidelização ao estabelecimento.

Para ilustrar essa realidade, imagine-se uma lanchonete integrante de uma rede de fast-food que mantém seu estabelecimento num centro comercial ou numa avenida movimentada de um centro urbano. Os consumidores que ingressam naquele estabelecimento o fazem por confiarem na qualidade da marca que ele ostenta, havendo grande incidência de clientes transitórios (tendo em vista a grande quantidade de pessoas que passam pelo local diariamente) e reduzido grau de fidelização.

O consumidor que vivencie uma experiência de consumo insatisfatória nesta lanchonete transferirá a sua insatisfação a todas as demais da mesma rede, as quais esse consumidor deixará de frequentar. É certo que não retorne especialmente àquele estabelecimento em que teve uma experiência desagradável. No entanto, dada a transitoriedade característica deste consumidor, esse prejuízo será menos significativo do que o benefício auferido pelo franqueado com a diminuição dos custos.

Características diametralmente opostas têm, por exemplo, os consumidores de uma padaria ou lanchonete de bairro. Longe de grandes centros comerciais ou de avenidas movimentadas, esses estabelecimentos dependem da fidelização dos clientes e da repetição de compras. Uma experiência desagradável vivenciada por um consumidor resulta na perda de repetidos negócios pelo estabelecimento.

Caso gerisse uma lanchonete de bairro, portanto, o franqueado não teria incentivos para diminuir a qualidade dos produtos oferecidos aos consumidores, uma vez que os prejuízos advindos dessa conduta seriam suportados por ele próprio.

É possível construir contratualmente condições para evitar a transitoriedade de consumidores e aumentar a fidelização dos clientes, de modo que o franqueado não tenha incentivos para diminuir a qualidade dos produtos e serviços. Essa experiência é observada por Benjamin Klein e Lester F. Saft em relação a uma rede de fast-food:

Chicken Delight appears to have assured high-quality supply by granting franchisees fairly large exclusive territories and locating their outlets off the main highways. The creation of "neighborhood stores" increased the repeat purchase probability and hence reduced the incentive of individual franchisees to free ride on the group. [...] This internalization process was reinforced by the unusual Chicken Delight policy of prohibiting eat-in facilities and by requiring

*franchisees to offer free delivery, thereby reducing the incidence of transient consumers and discriminating in favor of home sales*³⁹.

Não obstante a experiência da Chicken Delight, a grande maioria das redes franqueadas, especialmente aquelas voltadas ao mercado de refeições rápidas, detém as características que incentivam a prática do *free-riding* pelos franqueados – ou seja, grande transitoriedade de consumidores e baixa fidelização ao estabelecimento.

Diante desse cenário, a exclusividade no fornecimento de insumos surge como ferramenta extremamente útil e amplamente utilizada pelos franqueadores para reduzir os custos de monitoramento e manter o padrão de qualidade dos produtos e serviços prestados pela rede franqueada.

É bastante comum, na experiência moderna das franquias empresariais, a presença de disposições contratuais que prevejam a obrigatoriedade de o franqueado adquirir determinados produtos exclusivamente do franqueador, ou de um fornecedor especificamente indicado por este.

De acordo com economistas, a obrigatoriedade de se adquirir insumos diretamente do franqueador ou de um fornecedor previamente indicado diminui a possibilidade de o franqueado oferecer aos consumidores produtos de qualidade inferior àquela desejada pela rede franqueada; dessa forma, a disposição contratual, ao reduzir a possibilidade de *free-riding* do franqueado, diminui os custos incorridos pelo franqueador para monitoramento da qualidade dos produtos fornecidos por seus franqueados:

*The traditional law-and-economics analysis furthermore suggests that franchise tying contracts will decrease the likelihood that the franchisee will free-ride – namely, that it will supply less than the desired level of product quality. The conventional assumption is that by requiring franchisees to purchase products from the franchisor or a designated supplier, franchise tying contracts can reduce the likelihood that the franchisee will supply low-quality products. Because the franchise tying contract captures all elements of the quality of the product, the franchisee is not likely to attempt to cheat on quality. The franchise tying contract essentially requires the franchisee to pre-commit not to buy low-quality products, thereby decreasing the probability of the latter's free-riding. By reducing the likelihood of franchisee free-riding, the franchise tying contract ultimately reduces the monitoring costs that the franchisor will have to spend on monitoring the quality of products supplied by the franchisee to its customers*⁴⁰.

Pode-se argumentar que, a fim de garantir a manutenção da qualidade do produto final oferecido pelo franqueado, o franqueador, em lugar de obrigar aquele a adquirir

³⁹ KLEIN; SAFT, obra citada, p. 348.

⁴⁰ BENOLIEL, obra citada, p. 531-532. No mesmo sentido, Francine Lafontaine e Margaret Slade também apontam a utilização da exclusividade de fornecimento como forma de contornar a conduta do *free-rider*: “In some cases quality problem can take the form of a dealer or franchisee wanting to use lower quality inputs in the production process. This type of free-riding can be resolved with input purchase requirements (tying) or approved supplier programs as long as defection from such programs is not too difficult to detect”. (Obra citada, p. 394)

insumos de um fornecedor exclusivo, poderia especificar de forma detalhada a qualidade dos insumos a serem utilizados pelo franqueado, o qual poderia buscar no mercado os fornecedores que melhor lhe atendessem.

No entanto, essa especificação contratual, muito embora pareça razoável, continua a exigir do franqueador o dispêndio de recursos na atividade de monitoramento da rede franqueada, a fim de garantir que os insumos utilizados atendam às especificações contratuais. Desta forma, a especificação da qualidade sem a exclusividade de fornecimento tende a não ser eficiente⁴¹.

A exclusividade no fornecimento de insumos, além de diminuir a possibilidade de o franqueado utilizar insumos de menor qualidade, facilita a atividade de monitoramento do franqueador em relação à quantidade de vendas realizadas pelo franqueado, diminuindo, conseqüentemente, o custo de monitoramento em relação às informações prestadas pelo franqueado.

Tendo em vista que o franqueador será o fornecedor exclusivo dos insumos utilizados pelo franqueado, ele terá condições de notar discrepâncias entre a quantidade de insumos fornecida e a quantidade de vendas reportadas pelo franqueado para o mesmo período, precavendo-se contra a manipulação de informações⁴².

Não obstante a racionalidade econômica inerente à exclusividade de fornecimento praticada nos contratos de franquia, a licitude dessas disposições contratuais, assim como de outras que representem restrições verticais impostas pelo franqueador ao franqueado (como a fixação de preço de revenda de produtos, por exemplo), gera grande polêmica, especialmente no âmbito do direito concorrencial⁴³.

O artigo 36, § 3º, XVIII, da Lei nº 12.529/2011, caracteriza como infração à ordem econômica “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

Independentemente de um maior aprofundamento acerca da aplicação das normas de direito concorrencial às disposições contratuais ora analisadas, é importante esclarecer que a realização da “venda casada”, por si só, não é suficiente para a caracterização do ilícito concorrencial; para caracterização da infração à ordem econômica é necessária

⁴¹ “The legal requirement that franchisors specify the quality of the inputs to be used by the franchisees, rather than force the franchisees to purchase the input from a particular supplier, appears reasonable. However, even if one could, in principle, specify the quality of the input contractually, there would remain a contract enforcement problem that may justify the tie. As we shall see, franchise arrangements create an incentive for franchisees to shirk on quality. This means that the franchisor must police the franchisees. Within such a realistic economic context, tie-in contracts are likely to be efficient policing devices”. (KLEIN; SAFT, obra citada, p. 349)

⁴² “Klein and Saft (1985) examine tied-in sales and argue that franchisors use these either to control the quality of the final service, or to measure the sales of franchisees. Where the franchisee cannot substitute away from the input, a mark-up on a tie-in is equivalent to a fixed percentage sales royalty if price is predictable. Tie-ins may also develop where the franchisor wishes to ensure that franchisees use inputs of specific quality. Rather than monitoring the required technical properties of more generic inputs, the franchisor has the much simpler problem of ascertaining whether anything else was used”. (DNES, obra citada, p. 1.098).

⁴³ “There is perhaps no aspect of competition policy that is as controversial or has been as inconsistent overtime and across jurisdictions as policy towards restraints between upstream firms and their downstream retailers. Moreover conflicting and changing legal attitudes are mirrored in economic theory. Indeed theorists have constructed models that lead one to either extol the virtues or rue the consequences of vertical agreements and to advocate either *per se* legality or illegality”. (LAFONTAINE; SLADE, obra citada, p. 391)

também a configuração de uma das hipóteses previstas no *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/11⁴⁴.

Assim, muito embora seja possível a caracterização de uma infração à ordem econômica em razão da previsão de exclusividade no fornecimento de insumos nos contratos de franquia, a existência da ilicitude e da efetiva distorção do mercado dependerá da presença de outros requisitos a serem verificados no caso concreto (especialmente o objetivo de eliminar a concorrência)⁴⁵.

Afastando-se das questões atinentes ao direito concorrencial e focando as atenções nos interesses individuais envolvidos no contrato de franquia, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem reconhecido a licitude da cláusula contratual que preveja a exclusividade no fornecimento de insumos ao franqueado pelo franqueador, afirmando tratar-se de disposição inerente à própria essência do contrato de franquia, ao qual, notadamente, não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor⁴⁶.

Ademais, a própria Lei nº 8.955/94, no seu artigo 3º, XI, determina que a circular de oferta de franquia contenha

informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores.

Inexiste, portanto, qualquer ilegalidade em relação à imposição de cláusula de exclusividade no fornecimento de insumos pelo franqueador ao franqueado. Conforme se verificou anteriormente, esta disposição contratual auxilia na manutenção da homogeneidade

⁴⁴ “De forma muito sintética e abreviada, pode-se dizer que a compulsão consiste na determinação das condições essenciais do negócio por uma das partes contratantes, em decorrência da inexistência de alternativa economicamente viável para a outra parte. A compulsão pode tanto concretizar-se através da imposição de determinada negociação – como ocorre na venda casada e nos negócios recíprocos – como realizar-se através da negativa de conclusão de negócio. Isso ocorre, basicamente, através da recusa de contratar e das cláusulas de exclusividade.

Evidentemente, a compulsão ou coerção (como se passará a denominá-la também, a partir de agora) não é o único elemento necessário para a existência de negociação compulsória. Ao seu lado é preciso estudar e discutir o onipresente objetivo de eliminar o concorrente.

Não por acaso, portanto, como se verá na primeira parte do presente tópico, as principais discussões doutrinárias, traduzidas em termos precipuamente jurídicos, versam sobre estes dois temas: **coerção e objetivo de eliminar o concorrente**”. (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 500-501, grifo do autor.)

⁴⁵ “*In our discussion of motives in section 10.1, we made it clear that vertical restraints, both price and nonprice, can enhance efficiency in some circumstances and distort competition in others. This is sometimes given as the reason why government policy toward vertical issues has been so variable*”. (LAFONTAINE; SLADE, obra citada, p. 398)

⁴⁶ Nesse sentido, do voto do relator da Apelação nº 008829-21.2004.8.26.0000, relatada pelo Desembargador Erson T. Oliveira e julgada pela 17ª Câmara de Direito Privado em 24 ago. 2011, se extrai: “[...] é da essência do vínculo contratual de franquia que a franqueadora possa exigir do franqueado o uso de sua tecnologia, inclusive com distribuição exclusiva de seus produtos ou serviços. Logo, em se tratando de franquia de cursos técnicos em eletrônica, à evidência que a lei não garante ao franqueado autonomia pedagógica. Ao contrário, o vínculo obrigacional, por definição legal, impõe a sujeição do franqueado aos produtos da marca franqueada.

De resto, na hipótese, não cabe falar-se em “venda casada”, instituto próprio do Código de Defesa do Consumidor, posto que entre o franqueador e o franqueado não existe vínculo de consumo, conforme pacífica jurisprudência”. No mesmo sentido, apontando a validade de disposições similares, são a Apelação nº 0087949-53.2009.8.26.000, relatada pela Desembargadora Sandra Galhardo Esteves e julgada pela 12ª Câmara de Direito Privado em 20 mar. 2013, e a Apelação 9162701-76.2005.8.26.0000, relatada pelo Desembargador Fernandes Lobo e julgada pela 22ª Câmara de Direito Privado em 24 nov. 2011.

dos produtos e serviços ofertados pela rede franqueada e na verificação das informações prestadas pelo franqueado ao franqueador, diminuindo os custos de monitoramento.

Apesar de, numa análise açodada, a disposição contratual parecer puro arbítrio do franqueador e mera forma de aumentar de forma oportunista os seus lucros, por meio de análises empíricas, economistas afirmam que a utilização de restrições verticais, como a exclusividade no fornecimento de insumos, tende a aumentar o nível de bem-estar dos consumidores, que se beneficiam de melhores produtos e serviços⁴⁷.

Conclusões

Depreende-se das análises precedentes que o sistema de franquias é um modelo de organização empresarial que depende de uma diversidade de fatores para se mostrar mais eficiente que outras formas organizacionais, sendo os custos de monitoramento da rede de estabelecimentos um dos aspectos cruciais nesta equação.

Ao longo dos mais de 100 anos de desenvolvimento desta forma de organização empresarial, que existe em seus primórdios desde meados do século XIX pelo menos, empresários desenvolveram técnicas contratuais para diminuir os custos e aumentar a eficiência da relação entre franqueador e franqueado. Entre essas técnicas, como vimos anteriormente, inserem-se os poderes amplos de terminação da relação contratual, a imposição de penalidades implícitas e explícitas aos franqueados e a imposição de restrições verticais aos franqueados, das quais analisamos apenas a exclusividade no fornecimento de insumos.

Estas disposições contratuais, que muitas vezes geram polêmicas e têm a sua licitude contestada – seja no âmbito do direito concorrencial, seja em atenção aos interesses individuais envolvidos –, detêm racionalidade econômica que as justifica e não podem ser, em princípio, apontadas como mero arbítrio dos franqueadores.

Conhecer a racionalidade econômica que subjaz às previsões contratuais é necessário para afastar preconceitos ou conclusões preconcebidas acerca delas e evitar que uma análise superficial delas impacte na eficiência da relação contratual e do complexo sistema organizacional das franquias empresariais.

⁴⁷ “While different theoretical models often yield diametrically opposed predictions as to the welfare effects of vertical restraints, we find that with manufacturer/retailer or franchisor/franchisee relationships the empirical evidence concerning the effects of vertical restraints on consumer well-being is surprisingly consistent. Specifically, it appears that when manufactures choose to impose such restraints, not only do they make themselves better off but they also typically allow consumers to benefit from higher quality product and better service provision. In contrast, when restraints and contract limitations are imposed on manufactures via government intervention, often in response to dealer pressure due to perceptions of uneven bargaining power between manufactures and dealers, the effect is typically to reduce consumer well-being as prices increase and service levels fall. Moreover, although the law usually discriminates between price and nonprice restraints, treating the former more harshly, our conclusion regarding efficiency hold for both classes”. (Francine Lafontaine e Margaret Slade, obra citada, p. 408-409).

