Gladston Mamede

Manual de Direito Empresarial

5ª Edição

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2010

Estabelecimento empresarial 15

1 Conceito

Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. É o que consta do artigo 1.142 do Código Civil. Fica claro, portanto, que (1) estabelecimento e (2) empresa são conceitos distintos, que não se confundem. O estabelecimento serve ao exercício da empresa, já que é o patrimônio (conjunto de bens) organizado para permitir a concretização das atividades empresárias. A empresa, aqui, é considerada pelos bens (coisas e direitos) que a compõem. Incluem-se nesse conceito tanto bens materiais (coisas), a exemplo dos imóveis empregados na atividade empresarial, maquinário, instrumental, mercadorias destinadas à negociação, assim como bens imateriais (direitos), como marcas e patentes destinados à atividade empresarial. Daí, dizer-se que o estabelecimento define o aspecto estático da empresa e as atividades empresárias (seu aviamento) definem seu aspecto dinâmico.

Dois aspectos merecem ser destacados: em primeiro lugar, o estabelecimento não se confunde com o patrimônio do empresário ou sociedade empresária, já que nesses podem existir bem ou bens que não estão destinados ao exercício da empresa, a exemplo de investimentos diversos (imóveis, ações, títulos do tesouro). Em segundo lugar, o estabelecimento não é apenas um somatório de bens isolados, mas uma *organização de bens*, o que pressupõe a consideração de uma lógica e intenção: os bens são definidos e organizados para o exercício da empresa. Essa organização, por si só, já remete ao conceito de aviamento, ou seja, à percepção de um *plus*, de uma busca por uma vantagem de mercado (*goodwill of trade*). Justamente por isso, tem-se o conceito – e, até, a prática – do estabelecimento, ou seja, da consideração dos bens inseridos dentro de um complexo, de uma organização, permitindo considerá-lo como objeto unitário de direitos, o que se estudará a seguir. No entanto, também a empresa, ou seja, o estabelecimento somado às atividades nele desempenhadas (incluindo

os contratos que permitem a realização de tais atividades) pode ser objeto de direitos e, mesmo, de negócios.

Nutrimental

Em 2005, a sociedade empresarial *Nutrimental S/A Indústria e Comércio de Alimentos*, que entre outros produtos é responsável pelas barras de cereais *Nutry*, adquiriu da *Support Produtos Nutricionais Ltda.*, sociedade ligada ao grupo holandês *Royal Numico*, uma unidade de produção de farinhas infantis, localizada em Arceburgo (MG). Dessa forma, todo o estabelecimento (o conjunto organizado de bens para o exercício da empresa) que, até então, era de titularidade da alienante, passou à alienatária. Todavia, não houve apenas transferência e sucessão no complexo organizado de bens. A alienante também transferiu todos os contratos relativos à unidade, incluindo 122 contratos de trabalho, além de créditos, débitos etc.

O estabelecimento pode ser considerado como um objeto unitário de direitos, bem como de negócios jurídicos, sejam eles translativos (a exemplo da venda ou da doação) ou constitutivos (a exemplo da alienação fiduciária ou de garantia real), desde que sejam compatíveis com sua natureza. Mas é igualmente possível tomar cada bem que o compõe por sua unidade, estabelecendo uma relação jurídica que tenha por objeto apenas aquela coisa ou direito; assim, pode-se vender ou hipotecar o imóvel (onde se localiza a fábrica, como exemplo), alugar uma única máquina, ceder a marca ou o direito de exploração de uma patente.

É muito fácil compreender o estabelecimento em pequenas empresas; via de regra, toda a empresa está ali encerrada. Mas em empresas maiores, a idenficação do estabelecimento torna-se mais interessante, já que pode haver vários estabelecimentos. Imagine-se a sociedade *Comercial Antônio M. Matozinhos e Cia. Ltda.*, dedicada ao comércio de frutas e verduras, com mais de 100 lojas. Cada uma dessas lojas pode ser tomada como um estabelecimento, sendo objeto de negócios jurídicos translativos ou constitutivos próprios. Mas 12 lojas atuam sob o mesmo nome, como uma rede, sob o mesmo título: *Sacolão do Zito*; é possível considerar essa rede, em sua totalidade, como um estabelecimento. Veja: é possível vender apenas a rede *Sacolão do Zito*. De outra face, poder-se-á tomar como estabelecimento o conjunto das lojas – a sua totalidade; é uma mera questão de ângulo; assim, a *Comercial Antônio M. Matozinhos e Cia. Ltda.* poderá alienar todo o seu estabelecimento para a sociedade empresária. Em qualquer das hipóteses, observe, o conceito de estabelecimento não se confunde, obrigatoriamente, com o patrimônio total do empresário ou sociedade empresária,

mas apenas com o complexo de bens organizados para o exercício da empresa. Justamente por isso, pode-se tomar o estabelecimento empresarial por uma referência escritural (contábil) própria, permitindo demarcar quais bens estão sendo empregados nas relações jurídicas empresariais.

2 Negócios com o estabelecimento

Como visto, o estabelecimento pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza. O negócio com o estabelecimento não se confunde com o negócio com a sociedade; vender um estabelecimento não é o mesmo que vender quotas de uma sociedade contratual ou, mesmo, o controle acionário de uma companhia. São situações diversas em sua natureza e em seus efeitos, embora confundidas nos meios de comunicação. Interessa-nos aqui, no entanto, não os negócios que tenham por objetivo quotas ou ações de sociedades empresárias, mas os que têm por objeto estabelecimentos empresariais; por exemplo, quando a *Sociedade Jota Ltda.* vende uma cadeia de lojas para a *Sociedade Efe Ltda.* Como dito, esses negócios podem ser translativos, como a compra e venda ou a doação, ou constitutivos, como a hipoteca (se o estabelecimento inclui bem imóvel ou outro listado no artigo 1.473 do Código Civil) ou o penhor (se não inclui bem imóvel), assim como o usufruto.

Nilza

Em agosto de 2001, foi criada a *Cooperativa Central Leite Nilza*, constituída por *Coonai – Cooperativa Nacional Agro-Industrial* (Ribeirão Preto/SP), *Casmil – Cooperativa Agropecuária do Sudoeste Mineiro* (Passos/MG) e *Coopercarmo – Cooperativa Agropecuária de Carmo do Rio Claro* (MG). Seu objetivo era receber, classificar, armazenar, beneficiar, industrializar e comercializar nos mercados interno e externo a produção de leite de suas associadas. Seguiu-se, posteriormente, a associação da *Coasa – Cooperativa de Sacramento* (MG), da *Capril – Cooperativa Agropecuária dos Produtores Rurais de Iturama* (MG) e da *Cooperlat – Cooperativa de Laticínios de Piumhi* (MG). No final de 2003, a *Cooperativa Central Leite Nilza* contava com seis cooperativas associadas e ultrapassou a cota de 500 mil litros de leite por dia captados. Em janeiro de 2004, a Central incorporou uma nova associada: a *Cooprag – Cooperativa Regional Agropecuária do Circuito do Queijo e das Montanhas* (Andrelândia/MG). Todavia, no final de 2005, uma crise financeira verificada a partir de 2004 levou a *Cooperativa Central Leite Nilza* a alienar seu estabelecimento industrial (imóvel, maquinário, ferramentaria, marca etc.) ao empresário Adhemar de Barros Neto, em troca da assunção, por ele, de dívidas com credores diversos que totalizavam R$ 54 milhões (R$ 20 milhões com o Banco do Brasil, e o restante com produtores de leite, outros bancos, *factorings* e fornecedores). Para tanto, o cessionário demandou uma reestruturação do passivo da Central, exigindo transações com seus credores, o que resultou numa mudança no perfil de suas dívidas: (1) créditos de até R$ 10 mil seriam pagos em três parcelas mensais; (2) créditos entre R$ 10 mil e R$ 100 mil seriam pagos em 24 parcelas mensais; (3) fornecedores de leite e credores financeiros seriam pagos em 44 parcelas mensais, corrigidas pelo índice de preços ao consumidor amplo (IPCA), calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com acréscimo de juros de 6% ao ano. Concluída a operação, o cessionário constituiu, com o complexo organizado de bens adquirido, uma sociedade anônima de capital fechado, da qual as cooperativas passaram à condição de fornecedoras de leite.

O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou o arrendamento do estabelecimento só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial. O mesmo se diga do penhor e da hipoteca, que, ademais, exigem inscrição, respectivamente, no Registro de Notas e no Registro Imobiliário onde o imóvel esteja inscrito. O registro e a publicação, sabe-se, tem por efeito dar a conhecer aos terceiros da existência do negócio, permitindo que seus efeitos alcancem aqueles; em sua ausência, o negócio será válido entre as partes, mas não vinculará terceiros, excetuada a hipótese de comprovação de má-fé.

A transferência onerosa – a venda – do estabelecimento empresarial é juridicamente chamada de *trespasse*. Nesse negócio, o empresário ou sociedade empresária que aliena o estabelecimento é chamado de *trespassante*, ao passo que o adquirente é chamado de *trespassatário*. O legislador tem uma grande preocupação com o trespasse, já que se trata de transferência do ativo da empresa, com o que se enfraqueceria a solvibilidade do passivo. Assim, para a proteção dos credores, o Código Civil prevê que, se ao alienante (trespassante) não restarem bens suficientes para solver o seu passivo, a eficácia da alienação (trespasse) do estabelecimento depende do pagamento de todos os credores, ou do consentimento destes, de modo expresso ou tácito, em 30 dias a partir de sua notificação. Mais do que isso, o adquirente (trespassatário) do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

Já no que se refere aos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, salvo disposição em contrário no contrato de trespasse, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em 90 dias a contar da publicação

da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante. É o que se passa habitualmente com os contratos de prestação de serviços públicos: ao adquirir um estabelecimento de hospedagem (uma pousada), o trespassatário sucede o trespassante nos contratos de fornecimento de energia elétrica e fornecimento de água e captação de esgoto. O mesmo pode se passar com o fornecedor de leite etc. Obviamente, como houve apenas uma transferência de estabelecimento, essa sub-rogação implica sucessão contratual, vale dizer, que uma nova pessoa (o trespassatário) assumirá a contratação. Excetuam-se da regra os contratos que tenham caráter pessoal, ou seja, aqueles que tenham sido ajustados tendo por referência a pessoa do trespassante, a exemplo do contrato que esse mantinha com um advogado; trata-se de relação contratual de confiança, não sendo alcançada pela previsão de sub-rogação automática com o trespasse.[1]

Se havia créditos referentes ao estabelecimento transferido, a sua cessão ao trespassatário somente produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência. De qualquer sorte, o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente, hipótese na qual o cessionário (adquirente do estabelecimento) terá ação contra esse (alienante do estabelecimento) que, ao receber, sub-roga-se na condição de devedor do crédito, já que recebeu o que não lhe era devido.

O Código Civil estabelece, como regra geral, que o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência, salvo havendo autorização expressa para o restabelecimento, ou seja, para que o trespassante se reestabeleça (*monte* outro estabelecimento) na mesma área empresarial, fazendo concorrência ao trespassatário. Se o negócio celebrado entre as partes foi de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, essa proibição persistirá durante todo o prazo do contrato, igualmente se não houver no contrato licença expressa para o *restabelecimento*. Essa regra geral, como já expressou o legislador, pode ser exepcionada pelas partes, que podem contratar prazo menor para o restabelecimento; podem, igualmente, estabelecer prazo maior, desde que razoável, isto é, desde que não caracterize um abuso de direito, o que se aferirá segundo as particularidades de cada caso em concreto. Atente para o fato de que o legislador fala em *fazer concorrência*; assim, somente se veda o *restabelecimento* que implica concorrência. O trespasse de um bar no Rio de Janeiro não impede o restabelecimento no Ceará, já que não há concorrência entre as empresas; mas o trespasse de uma editora jurídica no Rio Grande do Sul impede o restabelecimento no Acre, já que são empresas de atuação nacional. Também não há vedação para que o trespassante se estabeleça em outra área, que não implique concorrência com o trespassatário.

[1] Conferir MAMEDE, Gladston. *A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

3 Aviamento

Como visto há pouco, é possível que se ofereça pela empresa, por um ou alguns de seus estabelecimentos, valor superior ao simples somatório dos bens que o compõem, estimando, assim, a importância que se dá à organização do complexo de bens e a forma como é empregada na realização do intuito de produção de lucros. Em fato, se dermos a mesma estrutura de bens a empresários ou sociedades empresárias distintas, veremos que uma empresa produzirá mais lucros do que outra; talvez haja aquela que não consiga negócios suficientes para se manter, assim como poderá ocorrer que uma delas se torne um fenômeno, com alta lucratividade. A capacidade de produzir lucros, de bem administrar uma empresa, é uma arte técnica. Envolve, por certo, elementos de uma ciência que pode – e deve ser – estudada, como o conhecimento da contabilidade, mercadologia (*marketing*), custos, produção, operações, administração financeira, administração de recursos humanos etc. Mas jamais prescindirá da capacidade pessoal de dar à empresa uma conformação hábil a produzir mais e mais vantagens de mercado. É comum chamar essa capacidade de decisão e gerenciamento de *capital intelectual* das organizações, representado pela capacidade de seus membros de responderem aos desafios apresentados; no âmbito das empresas, o capital intelectual é a capacidade de compreender e atender ao mercado, gerando lucros maiores para o empresário ou sociedade empresária.

O Direito Empresarial não desconhece essa realidade. Dá-se o nome de aviamento a esse *algo a mais* que marca a organização do complexo de bens utilizados na empresa, a esse *jeito como as coisas são feitas*, elemento que merece a proteção jurídica, pois é definidor de um benefício – ou vantagem – de mercado (*goodwill of trade*), com reflexos econômicos inequívocos, aferíveis em diversas operações havidas no mercado. As expressões *estabelecimento* e *fundo de comércio*, infelizmente, não traduzem adequadamente essa importante dimensão humana da empresa, traduzindo mais a simples base material, os bens utilizados, como se não fizesse diferença o aviamento, essa arquitetura e engenharia dos bens jurídicos (coisas e direitos), conceitos e comportamentos necessários para o sucesso. O aviamento, portanto, é o resultado do capital intelectual investido.

Por exemplo, ao longo de 2005, a cotação de mercado da Alpargatas S/A valorizou-se 119,95%. O mercado considerou que a empresa, apostando na venda de bens com maior valor agregado, estava sendo capaz de repassar os aumentos dos custos de fabricação para os seus produtos, como os calçados das marcas *Timberland*, *Mizuno*, *Havaianas*, *Topper*, *Rainha*, *Bamba* e *Conga*. Essa avaliação decorria de alguns fatos: a receita crescera 45% nos últimos nove meses de 2005, comparada com o mesmo período do ano anterior, resultado não só de um aumento na produção, mas também da elevação do preço médio de seus calçados, chegando a um lucro líquido em torno a R$ 200 milhões, ou seja, o dobro do

que fora registrado em 2004. Dessa maneira, o mercado atribuiu à companhia o valor de R$ 400 milhões, sendo que a empresa teria R$ 271 milhões em caixa e um endividamento de aproximadamente R$ 40 milhões.

Obviamente, o aviamento toma, em cada empresa, um contorno específico, de acordo com suas particularidades. Assim, sua conformação numa fábrica é bem distinta da que se apresenta numa loja, num hotel etc. Em 1908, a *Ford Motors* produzia automóveis como as demais fábricas: artesanalmente, com todos os trabalhadores atuando na totalidade da produção de um veículo; Henry Ford, sócio controlador e administrador da empresa teve a ideia de organizar a produção de uma outra forma: em *linha de produção*. Os trabalhadores ficavam em posições fixas, executando sempre as mesmas funções, enquanto os veículos iam de seção em seção, recebendo peças e ajustes, que também foram padronizados; posteriormente, dividiu a planta de produção: linhas acessórias produziam sistemas mais complexos (por exemplo, o motor), que eram levados para a linha de montagem final. Para se ter uma ideia, o tempo de montagem do chassi foi reduzido de 12 horas e 28 minutos para 1 hora e 33 minutos.[2] Essa logística de produção que se revela aviamento da *Ford Motors* não seria sequer aplicável a uma empresa de comércio de roupas no varejo ou a uma seguradora.

Também a proteção jurídica ao aviamento variará caso a caso. Note-se, como exemplos, que processos industriais não têm proteção jurídica específica, razão pela qual todas as fábricas de veículos passaram a adotar a linha de montagem; a maneira de produzir e servir lanches desenvolvida pelo McDonald's foi, igualmente, copiada por lanchonetes em todo o mundo, assim como a estrutura de oferecimento das grandes magazines de roupas. Mas há proteção à concorrência desleal, aos segredos industriais, à identidade empresarial e, até, precedentes jurisprudenciais reconhecendo o direito à indenização por danos ao aviamento, a exemplo de danos à logística de produção, armazenamento ou distribuição, entre outros.

4 Clientela, freguesia e ponto empresarial

Um dos aspectos relevantes para o sucesso empresarial é a sua relação com o mercado consumidor, o que leva à consideração de dois elementos fundamentais do aviamento empresarial: a clientela e a freguesia, conceitos que, embora distintos, fundam-se na mesma percepção da importância que os consumidores têm para o sucesso da empresa. Habitualmente, as palavras *cliente* e *freguês* são utilizadas como sinônimos. Porém, cliente é toda pessoa que compõe, constante ou eventualmente, potencial ou concretamente, o universo dos destinatários da

[2] MAXIMIANO, Antonio César Amaru. *Teoria Geral da Administração*: da revolução urbana à revolução digital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 164-168.

atividade empresarial; portanto, *é-se cliente de alguém*, traduzindo uma relação pessoal. Já o freguês é o consumidor que se define por uma posição geográfica; basta lembrar que, em Portugal, os bairros são chamados de freguesia. Os fregueses, portanto, são aqueles que passam diante do estabelecimento e, assim, podem se tornar clientes, podem negociar com o empresário ou sociedade empresária.[3] Justamente em função dessa distinção, a proteção jurídica da clientela é distinta da proteção à freguesia. A clientela é protegida pelo Direito Concorrencial e seus institutos voltados à garantia da livre concorrência leal entre as empresas; o Direito Empresarial, por seu turno, protege o nome empresarial, o título dos estabelecimentos e as marcas, como forma de evitar danos à clientela de cada empresa. São instrumentos voltados para a preservação da identidade empresária, incluindo de estabelecimentos, bens e serviços, assegurando que o bom trabalho realizado numa empresa preserve, junto ao mercado consumidor, os resultados de uma clientela cativa, que procura por determinada empresa e não é enganada por outro empresário ou sociedade empresária que tenta se beneficiar das vantagens de mercado engendrados por seu concorrente. O nome empresarial já foi estudado; a propriedade intelectual será estudada no próximo capítulo.

Já a defesa jurídica da freguesia se faz por meio da proteção jurídica do ponto empresarial, ou seja, da localização geográfica do estabelecimento e sua relevância no aviamento (na vantagem de mercado construída ou adquirida pelo empresário ou sociedade empresária). Essa proteção, ademais, alcança o aviamento não só pelo acesso ao mercado consumidor – a contratantes em potencial –, mas igualmente por outros elementos relevantes no desenvolvimento da atividade empresarial, como acesso a fornecedores, mão de obra etc. É mais do que o simples acesso a compradores, portanto. São alcançados todos os elementos estratégicos para o bom desenvolvimento das atividades empresariais; para um depósito, mesmo sem vendas diretas, é melhor estar à margem da rodovia por onde se escoam suas mercadorias, merecendo consideração e proteção jurídica essa vantagem de mercado.

A proteção ao ponto empresarial, quando se trata de imóvel de propriedade do empresário ou da sociedade empresária, se faz não só pelas regras do Direito de Propriedade, mas igualmente pela percepção da destinação empresarial dada ao imóvel e o valor que ela agrega ao bem. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, julgando a Apelação Cível 93.03.042572-3/SP, sob a relatoria do Juiz Theotonio Costa, confirmou o valor devido pela desapropriação de um imóvel, tal qual apurado pelo perito, considerando que o laudo estava "apoiado em pesquisas imobiliárias confiáveis, realizadas na região do imóvel expropriado, localizado em zona industrial e comercial de padrão nobre". As-

[3] Essa distinção é trabalhada por Oscar Barreto Filho (apud REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 1, p. 231).

sim, os julgadores consideraram ser "devida a verba a título da desvalorização pela perda de esquina, importante fato na escolha de terreno para instalação de ponto comercial, como é de notório conhecimento. A área remanescente também deve ser indenizada pois, face à redução da superfície do terreno, seu valor imobiliário tem sensível retração, por diminuir a possibilidade da fixação de indústria ou comércio de grande porte". Para além da propriedade e seu emprego empresarial, protege-se também o próprio acesso à freguesia, ou seja, o trânsito do qual se aproveita o empresário para captar consumidores para o seu estabelecimento. Se uma obra atrapalha esse movimento, criando prejuízos para o empresário, terá esse o direito de ser indenizado pelos danos sofridos.

Também o empresário que ocupa imóvel locado tem direito à proteção jurídica do seu acesso à freguesia, embora não tenha, por óbvio, garantias específicas do proprietário. Em compensação, o legislador lhe dá uma proteção peculiar à condição de locatário e de negociante, protegendo igualmente o seu trabalho de construção de valor na freguesia em que se estabeleceu. Trata-se da ação renovatória, que se estudará a seguir.

4.1 Ação renovatória

Mesmo quando o estabelecimento é constituído em imóvel locado, o trabalho de formação da freguesia e para a identificação geográfica da clientela não é desconsiderado pelo legislador. Pelo contrário, muito cedo o Estado percebeu ser necessário equilibrar os interesses do locador e do empresário/locatário, evitando que o direito de propriedade fosse exercido de forma abusiva, em prejuízo dos esforços expendidos no desenvolvimento da empresa naquele local. Nesse sentido, houve uma intervenção estatal no domínio econômico privado para criar a figura da renovação compulsória do contrato de locação, limitando as faculdades próprias do direito de propriedade, exercíveis pelo locador. Assim, a Lei 8.245/91 (chamada de *Lei do Inquilinato*) dedicou toda uma seção à locação não residencial, da qual consta o direito à renovação automática do contrato nas locações de imóveis destinados a estabelecimentos empresariais. O direito à renovação compulsória do contrato, nesses casos, é norma de ordem pública, não passível de renúncia antecipada; não tem qualquer validade jurídica, portanto, a cláusula contratual por meio da qual o locatário renuncie à renovação; poderá, quando muito, deixar de exercer o direito, não renunciar a ele.

Para usufruir do direito à renovação compulsória da locação, o empresário ou sociedade empresária deverá atender a requisitos estabelecidos em lei: (1) é preciso que a locação tenha sido *contratada por escrito e por prazo determinado*, documento que deverá ser juntado com a petição inicial da ação renovatória; se a renovatória for pedida por cessionário ou sucessor da locação, por título oponível ao proprietário, tal prova deverá ser, igualmente, juntada com a exordial; (2) *prazo contratual mínimo de cinco anos*; aceita-se a soma de contratos com prazos menores (*accesio temporis*), desde que se tenha uma sequência ininterrupta de contratos escritos, perfazendo os cinco anos;[4] (3) *atividade empresarial constante por três anos*, ou seja, o locatário deverá estar explorando a mesma atividade empresarial, no imóvel cuja renovação pretende, pelo prazo mínimo e ininterrupto de três anos, indicando a formação de uma freguesia e clientela que mereçam a proteção legal; (4) ajuizamento da ação renovatória antes de terminar o contrato a ser renovado, mais especificamente, entre um ano e seis meses da data do término do contrato em vigor. O ajuizamento quando faltarem menos de seis meses para o fim da locação é fora de tempo, implicando decadência do direito à renovação. Ademais, o locatário deverá provar ter cumprido as obrigações contratuais, como o pagamento de despesas condominiais, tarifas de serviços públicos vinculados ao imóvel (água, luz etc.), e outras que tenham sido ajustadas, a exemplo de seguro do imóvel contra incêndio, além de impostos e taxas incidentes sobre o imóvel, e cujo pagamento lhe incumbia. A petição inicial deve ser acompanhada de proposta de renovação contratual, assinada pelo locatário, indicando o valor proposto para o aluguel, e podendo incluir outros aspectos, como índice de atualização monetária; indicará, igualmente, quem serão os fiadores do contrato renovado, com documento por eles assinado comprovando a aceitação da fiança. É lícito ao locador impugnar o fiador indicado, explicitando suas razões para tanto; acolhida a impugnação, outro fiador deverá ser apresentado.

Além do locatário, algumas outras pessoas estão legitimadas para o pedido. Em primeiro lugar, a sociedade da qual aquele é – ou era – sócio e que se manteve no imóvel por período nunca inferior a três anos. Também o cessionário da locação, ou seja, aquele a quem a locação foi transferida pelo antigo locatário, bem como o sublocatário, isto é, aquele que aluga o imóvel, no todo ou em parte, do locatário (sublocante); no primeiro caso, portanto, há uma transferência do contrato, já no segundo, há subcontratação. Em ambos, todavia, faz-se necessário provar o consentimento por escrito, sendo válida a demonstração de que foi notificado para manifestar formalmente a sua oposição em 30 dias, sem que o fizesse. Por fim, também estará legitimado o adquirente do estabelecimento empresarial que tenha sucedido ao antigo titular na locação.

Uma vez citado para a renovação do locatício, o proprietário poderá, em primeiro lugar, (1) opor-se à renovação, sob o argumento de que não foram

[4] Se a locação que se pretende renovar é fruto de decisão judicial de renovação anterior, deverá o locatário apresentar o último contrato escrito havido entre as partes, acompanhado da decisão que determinou a sua renovação, demonstrando que houve prorrogação do ajuste por força de decisão judicial (MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro*: empresa e atuação empresarial: São Paulo: Atlas, 2004. v. 1, p. 260).

preenchidos os requisitos para o seu exercício; (2) opor-se às condições oferecidas, designadamente em relação ao valor oferecido, aquém do valor de mercado, apresentando uma contraproposta, hipótese na qual o Judiciário fixará um aluguel provisório, não superior a 80% do valor proposto pelo locador, até que se determine o valor final na sentença. O locadador também poderá (3) manejar *exceção de retomada*, pedindo o imóvel de volta para:

a) locá-lo a terceiro, que tenha oferecido melhores condições, apresentando a proposta formulada, com o valor e especificação do ramo empresarial a ser explorado, que não poderá ser o mesmo do locatário; o documento deverá estar assinado pelo ofertante e duas testemunhas; o locatário, todavia, poderá aceitar as ofertas formuladas pelo terceiro, renovando-se a locação segundo tais parâmetros;
b) para reformá-lo a mando do Poder Público, provando o ato administrativo correspondente, ou reformas para melhor utilizá-lo, apresentando relatório pormenorizado ou projeto, assinados por *engenheiro devidamente habilitado*;
c) para uso próprio do locador, que poderá utilizar o imóvel da forma que bem lhe aprouver, desde que não seja para explorar negócio no mesmo ramo empresarial do locatário, o que caracterizaria usurpação da freguesia construída por aquele; a retomada, portanto, exige indicação da finalidade que será dada ao imóvel; ou
d) para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

A exceção de retomada goza de presunção de sinceridade: presume-se que o fundamento alegado para a retomada é verdadeiro, cabendo ao locatário, se quiser impugná-lo, demonstrar e/ou provar sua insinceridade. Se o juiz deferir a retomado, o locador terá (salvo *caso fortuito* ou *motivo de força maior*) três meses para dar ao imóvel a finalidade que alegou; se não o fizer, deverá indenizar o antigo locatário pelos prejuízos e lucros cessantes sofridos com a mudança, perda do lugar e desvalorização do estabelecimento. Aliás, quando se tratar de pedido de retomada para locação a terceiro que apresentou melhor proposta, o juiz fixará previamente na sentença o valor da indenização para a hipótese de não ocorrer a contratação, nos termos da oferta, sendo devida pelo locador e o terceiro proponente, solidariamente.

Se a ação for julgada procedente, a sentença fixará o novo valor do aluguel, válido para o primeiro mês da renovação; as diferenças entre os aluguéis vencidos, pagos conforme o contrato anterior ou a estipulação de aluguéis provisórios, e os aluguéis fixados, serão executadas nos próprios autos da ação e pagas de uma só vez. Julgando-se improcedente a ação aforada pelo locatário, o juiz fixará um prazo de até seis meses para a desocupação do imóvel, a contar do trânsito em julgado da sentença.

5 *Shopping centers*

O avanço das relações negociais implicou o surgimento de novas relações mercantis e contratuais, recolocando conceitos antigos, entre os quais o de *estabelecimento* e de *aviamento*. Dois exemplos desses avanços são os *shopping centers*, que agora serão estudados, e as franquias, que serão estudadas no próximo item. Para se ter uma ideia da importância desse fenômeno mercantil, a Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE) divulgou que o faturamento total dos *shoppings* em todo o Brasil, ao longo de 2007, foi de R$ 58.000.000.000,00. O número de lojas alcançou 62.000 e o número de empregados superou os 628.000.

Criados nos Estados Unidos da América do Norte em meados do século XX, os *shopping centers* constituem uma nova estratégia mercantil: um estabelecimento empresarial destinado a estabelecimentos empresariais; não simplesmente um centro de compras, como um feira ou uma galeria. Mas um espaço planejado, com aviamento próprio, voltado para a atração de grandes massas de consumidores, beneficiando os diversos empresários e sociedades empresárias alocados no empreendimento. Refazem-se, assim, igualmente, os conceitos de clientela e freguesia: o *shopping center* (ou *mall*) é, em si, uma localização geográfica; seus clientes são a freguesia de suas lojas. O *shopping* os atrai e, *fazendo-os* circular por seus corredores e alas, acaba por distribuí-los entre os lojistas, como os fregueses numa movimentada região comercial da cidade. Aliás, esse tipo de empreendimento acaba por otimizar o acesso ao mercado consumidor, já que transforma o cliente de um lojista em freguês (em passante, em consumidor potencial) dos demais.

O *shopping center* é mais do que a edificação onde se estrutura, embora não se possa despresar o prédio em si, já que deve apresentar as virtudes necessárias para atrair, conservar e bem distribuir os consumidores, estimulando negócios. Isso se traduz, no plano físico, em estacionamento fácil, segurança, praças de alimentação, centros de entretenimento infantil, juvenil e adulto. São elementos que compõem – e devem compor – o aviamento do empreendimento: uma empresa cujos clientes imediatos são outras empresas que o contratam; somente mediatamente, o *shopping* tem no consumidor final um cliente. É, portanto, um estabelecimento empresarial voltado para a constituição de estabelecimentos empresariais, atraindo-os com a promessa de atrair consumidores. São estabelecidos e negociados como uma vantagem de mercado (*goodwill of trade*) construída, arquitetada, para criar demanda e satisfazê-la, a bem dos lojistas.

Shopping Center *Iguatemi*

O *Shopping Center Iguatemi*, localizado em São Paulo, foi inaugurado em novembro de 1966, sendo o primeiro do gênero na América Latina, sofrendo reformas constantes em sua área física e na combinação de lojas (*mix*). Assim, com o tempo, dirigiu-se para um público de alto poder aquisitivo. Sua capacidade de atração de público pode ser aferida pela receita de seus lojistas, espalhados por cerca de 340 estabelecimentos: R$ 208,3 milhões de reais em apenas quatro meses (janeiro a abril de 2003). Em todo o ano de 2003, foram R$ 980 milhões, superando um R$ 1 bilhão em 2004. Essa capacidade de atração de consumidores com elevado poder de compra tem, obviamente, o seu preço. Em junho de 2003, a administradora estava cobrando de novos lojistas, para se instalarem em suas dependências, luvas iniciais (pagamento inicial para a ocupação do ponto empresarial, cobrado pelo valor a ele agregado pelo empreendimento) correspondentes a R$ 11 mil por metro quadrado (17% a mais que no ano anterior), atraindo principalmente grandes marcas internacionais, responsáveis por cerca de 20% do faturamento do empreendimento, entre as quais Tiffany's, Salvatore Ferragamo, Louis Vuitton, entre outras. Estudo divulgado pela consultoria imobiliária *Cushman & Wakefild Senco*, em 2003, afirmava tratar-se do ponto comercial mais caro de São Paulo, ocupando a 15ª posição (22ª, com a desvalorização do real) entre os aluguéis mais caros no mundo: R$ 8,2 mil por metro quadrado; o aluguel mais caro – correspondente a R$ 35 mil por metro quadrado – é a *57 Street*, em Nova Iorque.

O contrato de *shopping center* é um negócio sem regulamentação legal específica. Considerado como um espaço físico, tem-se um empreendimento imobiliário, havendo um empreendedor (usualmente, um condomínio de investidores) responsável por sua construção. Sob tal ângulo, o contrato mantido com o lojista exibe-se com as qualidades das contratações locativas, como se verá. A essa base física locada soma-se um *algo mais*. Sob tal ângulo, a relação entre o *shopping* e o lojista tem outra lógica. Realça-se nesse plano não a figura do empreendedor, proprietário da edificação, mas a do administrador, profissional que se compromete a exercer uma capacidade gerencial e mercadológica para assegurar uma vantagem de mercado, sendo remunerado por isso, por meio de um *aluguel percentual*, que vem a ser uma participação na receita das lojas, um percentual sobre o faturamento do lojista. Trata-se, portanto, de um prestador de serviço. Mas, estudaremos, atua e é remunerado como um parceiro, isto é, já que é pago com uma participação no faturamento do lojista. Empreendedor e administrador atuam segundo os ajustes estabelecidos entre si, em contrato próprio, podendo uma mesma pessoa desempenhar ambas as funções. Por fim, figuram como contratantes os lojistas, ou seja, empresários e sociedades empresárias que contratam a locação do espaço físico (da loja ou estande), bem como os serviços logísticos e mercadológicos específicos que devem ser prestados pelo empreendedor e/ou administrador, a bem do sucesso do empreendimento.

5.1 Aspecto imobiliário

Tomado como um empreendimento imobiliário, o *shopping center* é um imóvel no qual se locam espaços para a exploração empresarial: lojas, cinemas, lanchonetes, bancos etc. Sob tal ângulo, há um contrato de locação, por meio do qual o empresário ou sociedade empresária contratante (fala-se, genericamente, em *lojista*) paga um alguel pelos metros quadrados que locou, conforme sua melhor ou pior localização no empreendimento. Esse pagamento é chamado de *aluguel mínimo* que, como se pode observar, nada mais é que *aluguel*, servindo o adjetivo *mínimo* apenas para afirmar a existência de uma outra remuneração, percentual, que, todavia, não tem lastro na locação do espaço, mas, sim, na utilização do aviamento do empreendimento, suas vantagens de mercado, os serviços de logística e mercadologia que oferece e pelo qual é remunerado, como parceiro, com uma participação no faturamento.

Nesse plano específico da relação jurídica, pode-se falar com acerto num *contrato de locação em shopping center*, negócio que está submetido à Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato). Trata-se de locação empresarial e, assim, o ponto ocupado por cada lojista merece a mesma proteção dada ao empresário estabelecido fora de um *mall*. O lojista, portanto, poderá ajuizar ação renovatória do contrato, exercendo seu direito à manutenção do ponto empresarial, nos moldes estudados no item anterior. Por outro lado, essa submissão ao regime jurídico do inquilinato, parece-me, torna estranhas algumas figuras comumente estipuladas nos contratos que os empreendedores/administradores impõem aos interessados em ocupar lojas no empreendimento. Uma dessas figuras é o chamado *aluguel dobrado* para o mês de dezembro, pretensamente para fazer frente aos encargos com o 13º salário dos empregados do empreendimento. Trata-se, contudo, de figura que se coloca à margem da lei, já que não há dupla utilização do espaço em dezembro. Estranha, igualmente, a figura do chamado *aluguel de desempenho*, uma sobrecobrança semestral (via de regra, 75% do valor do aluguel), que se pretende um mecanismo de aferição do sucesso de cada loja; essa *taxação extra*, considere-se como participação no sucesso do lojista ou forma de afastar lojistas malsucedidos, é nitidamente abusiva, não se amoldando aos princípios gerais do ato jurídico e do contrato, tal como disposto no Código Civil. Em ambos os casos, há verbas sem contraprestação específica, caracterizando mera transferência de ônus próprios de uma parte para outra, o que desequilibra a relação jurídica, caracterizando abuso.

Ainda tomado pelo ângulo do empreendimento imobiliário e das relações jurídicas que daí se extraem, registram-se dois tipos de negociações preliminares à própria locação. Daqueles que pretendem reservar uma loja, enquanto o empreendimento ainda está em construção, é costumeiro exigir o pagamento pela *reserva de localização*. A vantagem oferecida ao lojista, pela qual ele paga, é justamente a garantia de que ocupará determinado espaço no empreendimento, obrigando-se o empreendedor não apenas a entregar o espaço tal como

prometido, mas também a concluir o empreendimento segundo os moldes da oferta, a incluir lojas âncoras, instalações etc. Há ônus e bônus para os dois lados. Quando a edificação já se encontra pronta e em funcionamento, é comum exigir o pagamento de *luvas iniciais*, cobradas para remunerar o empreendedor pelo valor agregado do empreendimento, ou seja, pelo aviamento próprio do *shopping center*, do qual se beneficiará o lojista, no momento da adesão ao empreendimento. Registre-se, no entanto, haver variações entre os diversos empreendimentos; não é comum haver cobrança de luvas iniciais em empreendimentos em funcionamento que não exibem grande sucesso, já que não transferem valor agregado algum.

As despesas com as áreas comuns do *shopping*, a exemplo das despesas condominiais dos edifícios, são de responsabilidade dos lojistas/locadores; assim, tarifas de água, energia elétrica, ar-condicionado, limpeza – material e pessoal – e segurança e afins. Mas deve-se ter particular atenção para evitar a indevida transferência de despesas que sejam próprias do empreendedor, a exemplo de obras de reforma na estrutura integral do imóvel, ou aquelas que impliquem acréscimos ao imóvel, pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas. As despesas ratiáveis, por seu turno, são submetidas, comumente, a um cálculo (coeficiente de rateio de despesas – CRD), por meio do qual se determina a parcela devida a cada lojista. Esse procedimento, todavia, exige que os cálculos sejam claros, com critérios objetivos e que permitam a revisão pelo lojista que, de resto, poderá aforar ação de prestação de contas para exigir que o administrador demonstre gastos efetuados e a lógica e legitimidade do rateio.

Há contratos de *shopping center* estipulando, ademais, uma *taxa de administração* que seria devida a um síndico ou administrador das partes comuns. Parece-me cobrança abusiva, na medida em que há uma duplicação de remunerações pelas mesmas atividades. Não há um condomínio para que haja um síndico; sob o ponto de vista da propriedade, o *shopping* é uma propriedade una, pertencente ao empreendedor ou empreendedores. Como se não bastasse, veremos a seguir, sua administração logística e mercadológica está a cargo de um profissional ou empresa (*administradora de shopping center*) que é remunerada por meio de verba própria: o aluguel percentual.

5.2 Aspecto logístico e mercadológico

Tomado para além da mera locação de espaço, o contrato de *shopping center* mostra a sua especialidade no oferecimento, pelo consórcio de empreendedor e administrador, de vantagens de mercado (aviamento específico ou, preferindo-se, *goodwill of trade*). Há, assim, um serviço específico, que não se confunde com a mera locação do imóvel: a administração organizacional e mercadológica planejada, voltada para exponenciação do consumo de bens e serviços. Tecnologia

complexa, detida por poucos, afirmada já na arquitetura do imóvel, passando pela definição de público-alvo, padrão de qualidade e estético, bem como pela adequada combinação de lojas diversas (moda, perfumaria, farmácia, supermercados, agência bancária, estabelecimentos de entretenimento etc.), em moldes suficientes para estimular a visitação e o consumo; essa *boa mistura mercadológica* é chamada de *tenant mix*, e é uma vantagem oferecida pelo *shopping center* aos lojistas/contratantes. Cite-se como exemplo o Shopping Parque D. Pedro, em Campinas (SP), um empreendimento da *Sonae Imobiliária* (empresa portuguesa); são 368 lojas que, para atração do consumidor, estão divididas em 15 lojas âncoras (como Lojas Americanas, Lojas Renner etc.), 7 restaurantes, 33 lanchonetes, 15 cinemas, 3 agências bancárias, além de supermercados, drogarias, lavanderias, recreação infantil etc.

Para remunerar esses serviços mercadológicos, o contrato de *shopping center* dispensa habitualmente a definição de um valor fixo, optando-se pela constituição de um negócio de parceria por meio do qual a administração é remunerada na proporção do sucesso do empreendimento. O *aluguel percentual*, portanto, nada mais é do que o resultado de uma remuneração por meio de cláusula de sucesso, sendo definido pela incidência de determinado percentual sobre a receita do estabelecimento (tenha este lucro ou prejuízo). O mais comum é a fixação da remuneração devida ao administrador em montante que corresponda a 5% sobre o faturamento bruto (ou venda bruta mensal), havendo contratos que prevêem um percentual maior; de qualquer sorte, estipulações abusivas podem ser revistas pelo Judiciário. A fidelidade dessa participação é garantida por uma obrigação acessória: a submissão do lojista à auditoria de sua contabilidade e de suas atividades, permitindo exame de caixas registradoras, recibos, talões, notas fiscais, livro de registro de estoque ou venda de mercadorias, ou, também, a qualquer outra forma de controle, diretamente, ou através de terceiros contratados.[5] O exercício desse direito, no entanto, deve ser realizado sem atrapalhar as atividades habituais do estabelecimento, bem como respeitando o sigilo da escrituração comercial, respondendo a administração pelos danos econômicos e morais advindos de atos culposos ou dolosos que desrespeitem tais direitos.

Para o gerenciamento da convivência, o controle de abusos, a manutenção da coerência estética e mercadológica, a administração conta com alguns importantes instrumentos jurídicos: as normas gerais do empreendimento e o seu regimento interno. Nesses documentos podem ser previstas normas regulamentares e disciplinares, constituídas de forma razoável que tenham por finalidade o bem de todos e do empreendimento, equilibradamente. São lícitas, dessa forma, a estipulação de horários comuns de abertura e o fechamento de lojas, regras que organizem o ingresso de estoques de reposição, horário para

[5] Sobre o tema, conferir: CÂNDIDO, Marlúcio. *A Eficiência da Aplicabilidade do Balanced Scorecard na Gestão da Controladoria*: um estudo comparativo de casos em shopping centers da modalidade comunitário. 2004. Dissertação (Mestrado) – Pedro Leopoldo: Fundação Pedro Leopoldo, Minas Gerais.

reforma de áreas físicas etc. Esse poder de regulamentação, contudo, não é tão amplo que permita desrespeito às normas do contrato de locação estabelecido com o lojista, nem abusos que caracterizem submissão à vontade arbitrária da administração. Mais: é indispensável tratamento igualitário entre os lojistas, sem preferências.

5.3 Associação de lojistas

O elemento parceria empresarial está também presente, no contrato de *shopping center*, na figura da associação de lojistas: aceitando estar no empreendimento, o lojista aceita participar de sua estrutura, que inclui tal espaço de atuação comum. Não está obrigado a associar-se, desde que não queira fazer parte do *shopping*; se aceita participar do *shopping* é porque aceita compor a associação, já que há uma relação de dependência entre tais situações jurídicas. A associação é uma pessoa jurídica com personalidade jurídica própria, com estatuto próprio, sendo distinta dos lojistas, da administração e dos empreendedores; distinta, também, do *shopping center* (que não tem personalidade jurídica), embora seu objeto social seja o bom funcionamento do *mall*, atuando como vetor da unidade empresarial e mercadológica do empreendimento, congregando seus lojistas. O administrador e o empreendedor também podem compô-la, deixando claro que não tem uma função de reivindicação.

Essa associação de lojistas é comumente a destinatária das contribuições dos lojistas para um *fundo de promoção e propaganda*, no qual se alocam verbas que serão usadas nas estratégias publicitárias e mercadológicas do empreendimento, um dos fatores responsáveis pelo seu sucesso. Promoção, aliás, do empreendimento como um todo, e não de cada lojista individualmente, já que se trata de objetivos e estratégias distintas; o fundo se aplica na promoção do *shopping*, buscando atrair consumidores para o empreendimento e, assim, beneficiar a todos os lojistas, indistintamente. A administração do fundo, bem como a fiscalização desse emprego, compete à associação, sem com isso prejudicar o direito de cada lojista fiscalizá-lo isoladamente, já que a associação atua como seu representante, estando obrigada à prestação de contas.

Em alguns empreendimentos, verifica-se que o estatuto da associação de lojistas estrutura-se de forma iníqua, dando poderes extremados para empreendedor, administração e lojas âncoras e esvaziando a influência efetiva dos lojistas menores. Essas manobras estatutárias explicam o fato de que, em alguns empreendimentos, empreendedores, administradores e alguns lojistas pouco ou nada contribuem, mas assumem o poder absoluto na definição de como se aplicará o fundo de promoção e propaganda, lesando os pequenos lojistas. Tais abusos são ilegais e devem ser decotados pelo Judiciário, sempre na busca de critérios objetivos que equilibrem ônus e bônus entre as partes.

6 Franquia

Como visto, o estabelecimento empresarial é um complexo de bens organizado sobre certa lógica para a produção de lucro. Há mais do que uma simples reunião de bens; local (próprio ou locado), maquinário, instrumental, insumos, mercadorias, marcas, patentes estruturam-se por meio de procedimentos e rotinas, com uma certa lógica (cuja ciência – ou arte técnica – é a *logística*, parte que é da *mercadologia*). Sob a ótica jurídica, o aviamento é essa lógica de organização, voltada para a determinação de uma vantagem de mercado (*goodwill of trade*). Não é, por certo, uma fórmula fácil de acertar, razão pela qual se contabilizam mais fracassos do que sucessos no cotidiano empresarial. Pior: a excelência empresarial, condutora a lucros e sucesso expressivo, é ainda mais rara.

Foi nesse contexto específico que se desenvolveu uma estratégia empresarial – e um negócio jurídico específico – que recolocou a questão do estabelecimento e do aviamento. Mas após a Segunda Grande Guerra, concretizou-se nos Estados Unidos, como evolução de contratos de distribuição que se disseminaram na segunda metade do século XIX, uma nova prática empresarial, a que se deu o nome de *franchising* (*franqueamento* ou *franquia*), por meio da qual o titular de um estabelecimento empresarial permitia (*franqueava*) a outros empresários ou sociedades empresárias desfrutar da tecnologia mercantil desenvolvida (a logística de operação) e do bom nome junto à sociedade, cedendo-os em troca de uma remuneração acordada em valor certo ou por meio de cláusula de sucesso, vale dizer, participação sobre o faturamento.[6]

No Brasil, a franquia empresarial (*franchising*) é disciplinada pela Lei 8.955/94, que a define como sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso da 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. Não se trata, portanto, de mera cessão de propriedade intelectual (marca ou patente), nem de mero direito de distribuir bens ou serviços. Esses elementos se conjugam, num contrato no qual se cede o aviamento empresarial, quero dizer, o conceito e a lógica do negócio, o que pode se dar por duas formas básicas: (1) a franquia de marca e produto (*product and trade name franchising*), no qual o franqueador permite o uso do nome do estabelecimento e/ou marca, além de fornecedor do produto a ser negociado, não mais que isso; (2) franquia de negócio formatado (*business format franchising – BFF*), no qual o franqueador

[6] Conferir GABRICH, Frederico de Andrade. *Contrato de Franquia e Direito de Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 9-10. SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising*: aspectos jurídicos e contratuais – comentários à Lei de *Franchising*, com jurisprudências. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 17-19. FERNANDES, Lina. *Do Contrato de Franquia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 43-49.

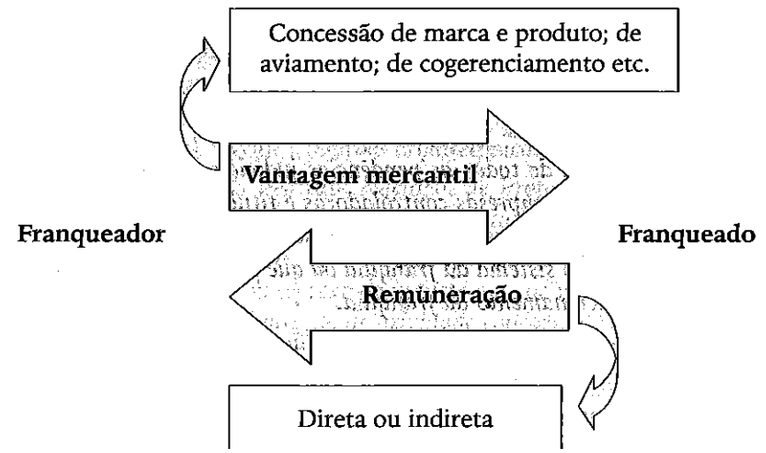
oferece um pacote técnico-gerencial e mercadológico mais completo, caracterizando um verdadeiro ajuste de cessão do aviamento empresarial,[7] a partir do qual se organizará o estabelecimento do franqueado. São diversas as franquias existentes no Brasil, entre lavanderias (a exemplo da *5 à séc*), escolas (exemplo: *Anglo Vestibulares*), casas de entretenimento (como o *Café Cancun*) etc.

Não obstante o contrato de franquia, franqueador e franqueado são pessoas e empresas diversas, independentes entre si; dessa maneira, a falência do franqueado não implica falência do franqueador ou vice-versa. Há apenas uma relação contratual de parceria, com obrigação de empenho para o sucesso mútuo. Em alguns contratos, a relação jurídica estabelecida completa-se com a presença de uma outra figura: o chamado *masterfranqueador*, determinando uma relação de subfranqueamento: uma empresa (*masterfranqueador*) concede a franquia a uma outra (*masterfranqueado*) para determinada região, autorizando-a a constituir, nesta, *subfranquias*; o *masterfranqueado*, assim, será *subfranqueador* na região que lhe for concedida, atuando como representante do *masterfranqueador*. É uma relação mais comum em contratos internacionais: uma rede internacional de franquia constitui, em determinado país, um masterfranqueado, autorizando-o a buscar subfranqueados. Aqueles que estão na posição de franqueadores (*masterfranqueador* e *subfranqueador*) estão obrigados a fornecer ao franqueado todos os elementos para o seu sucesso, incluindo assistência, além de deverem aperfeiçoar o aviamento, buscando sempre sua valorização; somese a cessão do direito de uso de marcas (habitualmente, o título do estabelecimento), de patentes e direitos conexos, como os desenhos industriais que se empregam nas mercadorias, maquinário, embalagens, uniformes, *slogans*, material publicitário, identidade gráfica etc. Estas obrigações não se definem apenas tendo por referência cada franqueado, considerado isoladamente, mas igualmente para com toda a rede de franqueados, considerada como um todo, um conjunto, sendo necessário zelar para que nenhuma das peças do sistema comprometa o seu sucesso.

O franqueado, por seu turno, deve remunerar o franqueador: um pagamento inicial (chamado de *entrada*, *taxa de franquia* ou *initial franchising fee*) e pagamentos periódicos (chamados de *taxa periódica de franquia* ou *royalty*) conforme assinalado no contrato. Esse pagamento periódico pode ser ajustado em quantia determinada ou corresponder a um percentual sobre o faturamento do franqueado. Podem ser estipulados outros pagamentos para finalidades específicas, desde que não abusivos; um exemplo é a contribuição para a publicidade do sistema como um todo; mas como tais recolhimentos se fazem para gastos de interesse comum, terão os franqueados direito à prestação de contas sobre seu gerenciamento e gasto. O franqueado ainda deverá fazer um *investimento inicial*, voltado para a constituição do estabelecimento, conforme orientações do franqueador: maquinário, mercadorias, embalagens etc. No exercício da franquia,

[7] PAMPLONA, Claudia. *A engenharia do* franchising. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999. p. 2-3, 12.

deverá agir de boa-fé, buscando manter a identidade da rede franqueada, sua qualidade e boa imagem; isso implica treinamento regular de seu pessoal, respeito a rotinas e procedimentos da rede, preservação de segredos empresariais que lhe sejam confiados etc. Com efeito, o consumidor que em São Paulo, Belo Horizonte ou Salvador, procura uma lanchonete *Habib's* espera pelo mesmo serviço e pela mesma qualidade.



É possível que o contrato de franquia contenha a previsão de contratações laterais – ou subcontratações –, vale dizer, que haja contratações acessórias, próprias ao sistema, a exemplo de fornecedores de bens e de serviços. Por exemplo, os franqueados *McDonald's* servem refrigerantes da *Coca-Cola Company*, além do *Guaraná Antarctica*, da *AMBEV*. Já os franqueados *Pizza Hut* devem comprar – e revender – bebidas da AMBEV (*Pepsi-Cola*, refrigerantes *Antarctica*). O mesmo pode ocorrer em relação a prestadores de serviços, como determinada assessoria de informática. Em todos os casos, porém, não se admitem previsões abusivas, voltadas apenas para impor ao franqueado contratações injustificadamente desnecessárias, a preços não competitivos etc.

6.1 Contratação da franquia

A Lei 8.955/94 prevê um procedimento obrigatório para a contratação da franquia, que tem como momento inicial *necessário* a emissão pelo franqueador de uma *Circular de Oferta de Franquia* que deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato

de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este. Se assim não ocorrer, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir a devolução de todas as quantias que houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados. Essa circular deverá ser escrita em linguagem clara e acessível, interpretando-se eventuais dúvidas em desfavor do franqueador; deverá, ademais, trazer as seguintes informações obrigatórias:

1. *Histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços.*
2. *Balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios.*
3. *Indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia.*
4. *Descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado.*
5. *Perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente.*
6. *Requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio.*
7. *Especificação quanto ao: (a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia; (b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e (c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento.*
8. *Informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte: (a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca de serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado* (royalties)*; (b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial; (c) taxa de publicidade ou semelhante; (d) seguro mínimo; e (e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados.*
9. *Relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone.*
10. *Em relação ao território, deve ser especificado o seguinte: (a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e (b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações.*
11. *Informações claras e detalhadas quanto à obrigação de o franqueado 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.*
12. *Indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a: (a) supervisão de rede; (b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado; (c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos; (d) treinamento dos funcionários do franqueado; (e) manuais de franquia; (f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia;* e *(g)* layout *e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado.*
13. *Situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador.*
14. *Situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a: (a)* know-how *ou segredo de indústria a que venha ter acesso em função da franquia; e (b) implantação de atividade concorrente do franqueador.*
15. *Modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazos de validade.*

É indispensável que a contratação se faça por escrito, correspondendo ao modelo-padrão colocado na circular, aceitando-se tanto o documento particular, assinado por duas testemunhas presentes ao ato, quanto por escritura pública. Havendo transferência de tecnologia, deverá ser providenciado o registro junto ao INPI, para validade perante terceiros, de acordo com o previsto pelo artigo 211 da Lei 9.279/96.