

Contrato de franquia: parâmetros para fins trabalhistas e critérios para determinação de seu desvirtuamento

Isabela Reimão Gentile

Mestranda em Direito do Trabalho e Previdência Social na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O contrato de franquia, de natureza cível, apresenta pressupostos e cláusulas essenciais que sempre o diferenciaram, sobremaneira, do contrato de trabalho. Contudo, a flexibilização dos modelos de contrato de trabalho apresentada nos últimos anos fez com que o modelo de contrato de franquia tenha se aproximado, em alguns aspectos, das contratações trabalhistas. Com isso, este artigo objetiva indicar e aprofundar os requisitos essenciais do contrato de franquia e seus critérios diferenciadores do contrato de trabalho, a fim de evitar o desvirtuamento e o conseqüente tratamento equivocado dos direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave: Contrato de franquia. Desvirtuamento. Conseqüências trabalhistas.

Sumário: **1** A origem do contrato de franquia – **2** Desvirtuamento do contrato de franquia e a sua utilização para fins trabalhistas – **3** Pressupostos e cláusulas essenciais do contrato de franquia – **4** Zona cinzenta entre o contrato de franquia e o contrato de trabalho – **5** Utilização indevida do contrato de franquia para se desviar da configuração de grupo econômico – **6** Competência da Justiça do Trabalho para análise de desvirtuamento de contrato de franquia em vínculo empregatício – **7** Conclusão: parâmetros de caracterização do contrato de franquia e de sua utilização dissimulada – Referências

1 A origem do contrato de franquia

A essência do contrato de franquia é extraída do próprio significado da palavra e de suas raízes. O termo “franchise”, de acordo com o *American Heritage Dictionary of the English Language*,¹ é derivada da antiga palavra francesa “franche”, que significa, “livre ou isento”.²

Historicamente, o primeiro uso da palavra é conhecido dos tempos medievais, em que “franchise” significava o direito ou privilégio, de forma monopolizada, concedido por um poder soberano (rei, igreja ou governo local), para determinada

¹ Disponível em: <https://www.ahdictionary.com/word/search.html?q=franchise>.

² Disponível em: <https://www.linguee.com/frances-portugues/traducao/franche.html>.

pessoa ou grupo de pessoas, em área específica, a fim de manter a ordem civil, cobrar impostos e promover atividades, como a construção de estradas.³

Na maioria dos casos, o beneficiário desse direito era obrigado a fazer um pagamento ao poder soberano, o que se chamava – e que se mantém até hoje – de *royalty*. Portanto, é observado que o surgimento das “franquias” se deu em torno da ideia de concessão de um direito em prol de um benefício para aquele que o concede.

Thomas S. Dicke,⁴ autor norte-americano, destacou em seu livro a modificação da utilização do termo “franquia” e o desenvolvimento dela como método de negócio. O que, originariamente, na época medieval, era dito como concessão por parte do Poder (o rei, a igreja ou algum soberano local) passou a ser um método negocial contratual, estabelecido entre partes ditas iguais e livres, sem relação de poder tal qual era verificada no nascimento desse instituto.

Tal definição se coaduna com a encontrada para a palavra “franchise”, no Dicionário de Cambridge, que em tradução livre indica ser o “direito de vender produtos de empresas, em determinada área, usando o nome desta companhia”.⁵

Segundo a maioria dos relatos, o primeiro verdadeiro sistema de franquias em formato de negócios foi criado por Marta Matilda Harper, que desenvolveu sua rede de *Harper Beauty Shops* no início da década de 1890, em Nova York, mas não sobreviveu por muito tempo.

Ainda naquele século, a *Singer Company* criou uma série de recomendações aos demais agentes, ora franqueados, sobre como os escritórios deveriam ser executados e passou a exigir relatórios financeiros detalhados desses agentes.⁶

Por óbvio, o crescimento vertiginoso das franquias ocorreu na década de 1950, com o surgimento de redes de *fast food*, notadamente o McDonalds, nos Estados Unidos.

Sem qualquer coincidência, Dicke⁷ destaca que a palavra franquias passou a ser mais utilizada, com o seu atual sentido, justamente a partir do ano de 1959, ou seja, como descrição de um método de fazer negócio ou distribuição de bens e serviços.

³ LAFONTAINE, Francine; D. BLAIR Roger. The evolution of franchising and franchise contracts: evidence from the United States, 2009. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/78347/OSBLJ_V3N2_381.pdf.

⁴ “In contrast, the franchise method of distribution is a contractual method of organizing a large-scale enterprise that evolved out of the traditional practice of selling through agents.” DICKE, Thomas S. Franchising in America: the development of a business method, 1840-1980, p. 2 (1992).

⁵ “Franchise: a right to sell a company’s products in a particular area using the company’s name.” Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/franchise>.

⁶ LAFONTAINE, Francine; D. BLAIR Roger. The evolution of franchising and franchise contracts: evidence from the United States, 2009, p. 385.

⁷ DICKE, Thomas S., Franchising in America: the development of a business method, 1840-1980, p. 2 (1992).

Feitas essas breves considerações históricas acerca do instituto jurídico que são importantes para o conhecimento de sua essência, conclui-se que uma franquia de formato comercial geralmente inclui não apenas o produto, serviço e marca registrada, mas todo o formato de negócio em si – uma estratégia e plano de *marketing*, operação e normas, controle de qualidade e comunicação bidirecional contínua.

2 Desvirtuamento do contrato de franquia e a sua utilização para fins trabalhistas

Durante muitos anos, a Justiça do Trabalho se deparou com ações judiciais de empregados de empresas franquiadas, requerendo a responsabilização da franqueadora. Se já pacífico que esta não deve arcar com dívidas trabalhistas daquelas, a atualidade trouxe novos desafios ao jurista: muitos têm sido os casos em que não o empregado da franqueada, mas o suposto próprio franqueado que tem procurado a Justiça do Trabalho com o objetivo de ser declarada a nulidade do contrato de franquia estabelecido e o reconhecimento de vínculo empregatício entre ele e a suposta franqueadora.

Apesar de sua natureza essencialmente cível, com o passar das décadas, alguns empresários, no afã de evitar contratações com vínculo empregatício, tentaram encontrar no contrato de franquia uma engenharia jurídica. Apesar de ilícita, pois utilizada para fins indevidos, qual seja, a não contratação legal de empregados, o contrato de franquia passou a ser utilizado, muitas vezes, de forma desvirtuada.

Diante do novo perfil de relações de trabalho, muito afeito aos contratos civis e sem os traços claros de vínculo empregatício, até mesmo o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho têm apresentado entendimento de que é preciso admitir outras formas de organização de trabalho.

Nessa perspectiva, destaca-se que o contrato de franquia e o seu desvirtuamento tem se tornado muito mais frequente. Tal movimento ocorre muito pela mudança no perfil do franqueado, no montante a ser investido na franquia, pelo objetivo de expansão de empresas e pela cultura crescente do empreendedorismo.

Se antes as franquias eram poucas e se tornar franqueado exigia um dispêndio financeiro grande, atualmente esse modelo de negócio se ramificou para diversas áreas, permitindo que haja franqueados com investimento inicial baixo. Com capital pequeno e em um mundo em que se valoriza cada vez mais o empreender, muitas pessoas sentem-se atraídas em serem “donas de seus próprios negócios”, mas já com a infraestrutura por trás dos mesmos toda montada, razão pela qual as franquias são modelos altamente procurados por investidores.

Juridicamente, com as modificações legais trazidas pela Lei nº 13.467/17, dita Reforma trabalhista, e a Lei nº 13.966/19, Lei de Franquias, a figura do profissional qualificado que busca mais flexibilidade de jornada e que está cada vez mais distante da subordinação clássica de um contrato de emprego aproximou-se, em diversos aspectos, do empreendedor franqueado.

Diante da zona de convergência dos institutos do empregado hiperssuficiente ou do até mesmo do terceirizado, é necessário se debruçar sobre os pressupostos e as cláusulas essenciais do contrato de franquia.

3 Pressupostos e cláusulas essenciais do contrato de franquia

A Lei nº 13.966/2019, sancionada em 26 de dezembro de 2019, após quase uma década de tramitação no Congresso Nacional, buscou modernizar e aprimorar a legislação relativa ao contrato de franquia empresarial, trazendo maior técnica aos dispositivos e inovações.

Apesar de regulamentada desde 1994, a figura contratual da franquia é extremamente complexa, já que há diversas relações jurídicas que se interligam ao mesmo tempo, o que, em muitos casos, traz dificuldade para a caracterização jurídica dessas relações.

Antes de adentrar nas dúvidas que circulam tal espécie contratual e o seu desvirtuamento, principalmente em termos trabalhistas, faz-se necessário definir o que seria o contrato de franquia que consiste em um acordo formal entre duas pessoas jurídicas independentes, o franqueador e o franqueado, em que necessariamente há uma remuneração do franqueador.

O contrato de franquia é, antes de tudo, um contrato de adesão, pois as cláusulas são pré-apresentadas pelo franqueador para qualquer um de seus franqueados. É raro que o franqueado tenha considerável poder de barganha para modificar termos contratuais e, quando assim o tem, na maioria dos casos, é para cláusulas de conteúdo não monetário.

Fundamentalmente, em troca do uso de sua marca, com obrigação de utilizar os seus métodos e de transferir conhecimentos e técnicas que são, muitas vezes, a base do sucesso e da identidade da rede, o franqueador recebe o pagamento normalmente em duas frentes: (1) o direito de ingresso ou *franchise fee* – um montante fixo, pago no início do contrato; e (2) a taxa de *royalties* e de publicidade – um componente variável, pago periodicamente em função das vendas.

De acordo com a *Federal Trade Commission* (FTC), órgão que tem jurisdição nos Estados Unidos sobre as regras federais de divulgação para franqueadores, três elementos devem estar presentes para que uma relação comercial seja considerado uma franquia.

O primeiro envolve a licença do nome e/ou marca comercial para que o franqueado possa vender produtos ou serviços identificados por esta marca. O segundo elemento é o controle significativo do franqueador sobre a operação do franqueado ou a prestação de assistência significativa ao franqueado. O terceiro envolve o pagamento de um valor pelo franqueado ao franqueador.

Apesar de essa definição ser específica para os Estados Unidos, a maioria de outros países, incluindo Austrália, Canadá e até a União Europeia, também se utilizam de critérios identificadores semelhantes.⁸

Com isso, conclui-se que as principais características do contrato de franquia são a utilização da marca, a delimitação territorial de atuação do franqueado e o pagamento do *royalty* ao franqueador.

4 Zona cinzenta entre o contrato de franquia e o contrato de trabalho

Talvez o leitor esteja se questionando: como há suposta zona de penumbra entre o contrato de franquia e o contrato de trabalho se os critérios do contrato de franquia parecem ser bem diferentes dos critérios de um contrato de trabalho; ou além, como se utilizam do contrato de franquia para esconder uma relação trabalhista?

Para configuração do vínculo empregatício, a doutrina e a jurisprudência fixaram os requisitos da subordinação, onerosidade, não eventualidade, pessoalidade e, mais recentemente, a alteridade.

Portanto, com o objetivo de diferenciar os contratos de franquia e o contrato empregatício, passaremos por tais requisitos e suas diferenças em relação à de cunho apenas empresarial.

a. Fiscalização de operação e uso de marca e nome vs. subordinação

Dentro do escopo de utilização da marca insere-se a fiscalização por parte do franqueador do padrão a ser mantido pelo franqueado. Treinamento, uniforme e até mesmo alguns aspectos da contratação de empregados são ditados pelo franqueador, com o objetivo de se manter o nível de excelência que muitas franquias apresentam há décadas.

Exemplo disso é que o principal fornecedor do franqueado é o próprio franqueador. Quando não assim, o franqueado só pode se utilizar de subsídios de empresas autorizadas pelo franqueador, realizar obras em estabelecimentos com empresas de engenharia que também passam pelo crivo da empresa franqueadora.

⁸ LAFONTAINE, Francine; D. BLAIR Roger. The evolution of franchising and franchise contracts: evidence from the United States, 2005, p. 382-383.

A razão de ser dessa restrição tem a ver em particular com a manutenção da qualidade e uniformidade da imagem da marca, mas também com a possibilidade de obter dessa forma economias de escala.

Como observado, o contrato regular de franquia não se confunde com o contrato de terceirização de serviços, em que o tomador se beneficia diretamente dos empregados da prestadora, nem com o vínculo empregatício formal, já que evidente que tanto franqueado quanto franqueador são pessoas jurídicas independentes e empresárias.

Contudo, interferências do franqueador na operação dos franqueados, visitas frequentes do franqueador e seus representantes para verificação do padrão de qualidade a ser seguido, orientações sobre Recursos Humanos são características que, a depender de como são implementadas, geram dúvidas sobre a real existência de um contrato de franquia, em que fundamentalmente se relacionam duas pessoas jurídicas independentes.

Dessa forma, a jurisprudência pátria já vem determinando parâmetros para caracterizar o contrato de franquia como tal, diferenciando-o de contratações trabalhistas.⁹

⁹ “RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RETORNO DOS AUTOS PARA EVENTUAL EXERCÍCIO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 1.030, INCISO II, DO NOVO CPC (ARTIGO 543-B, §3º, AO CPC/73). CONTRATO DE FRANQUIA – AUSÊNCIA DE FRAUDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA FRANQUEADORA. NÃO CONFIGURAÇÃO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO. O e. TRT confirmou a sentença que reconheceu a existência de desvirtuamento do contrato de franquia firmado entre as reclamadas, concluindo ao final pela responsabilidade solidária da 2ª reclamada. Em que pese a fundamentação contida no acórdão regional, é possível aferir do excerto, que a relação havida entre as reclamadas decorre de um contrato de franquia, tendo inclusive a Corte local transcrito o art. 2º da Lei 8.995/94, o qual dispõe que “Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente também, ao direito de uso de uma tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que no entanto fique caracterizado vínculo empregatício. Vê-se assim, que o objeto final do negócio firmado entre as partes é a venda de produtos e serviços, o que evidencia a natureza meramente mercantil da avença e impossibilita a aplicação do entendimento contido na Súmula nº 331, IV, desta Corte, a qual se destina aos contratos de prestação de serviços. Frise-se, ainda que o controle exercido pelo franqueador sobre o franqueado, tal qual descrito no acórdão recorrido – fiscalização das atividades, cobrança de quantidade de vendas e estipulação de metas – decorre das obrigações civis e comerciais inerentes ao próprio ajuste firmado. Isso porque compete ao franqueador, zelar pela imagem da marca ou patente, bem como orientar o franqueado sobre a dinâmica da gestão empresarial, pois detém o conjunto de conhecimentos-” know how “- e técnicas de operação de negócio, sem que isso caracterize ingerência, subordinação ou desvirtuamento do regimento legal, mas tão somente uma relação de interdependência entre os contratantes. Esta Corte Superior tem firmado entendimento de que é inviável qualquer condenação quando evidenciada a existência de contrato mercantil entre as partes, em que as empresas, em nítido intercâmbio comercial, pactuam a venda de produtos e serviços. Com efeito, o quadro fático delineado no acórdão regional permite concluir que não se trata da hipótese de terceirização prevista na Súmula 331 desta Corte, pois o contrato firmado entre as reclamadas foi para comercialização dos produtos das ora agravantes, ou seja, não houve contratação específica de mão de obra, não sendo as agravantes, portanto, tomadoras diretas dos serviços prestados pelo autor. Recurso de revista conhecido e provido, em juízo de retratação” (TST – RR: 18866620145190009, 5ª Turma, Des. Rel.: Breno Medeiros, j. 27.04.2022).

Fundamentalmente, a jurisprudência vem entendendo que (i) a direção sistemática da prestação de serviços da franqueada, com (ii) estipulação de metas pela franqueadora ou quando essa (iii) elabora ou intervém no regulamento da empresa franqueada, e (iv) “até mesmo expede diretrizes detalhadas quanto às normas de contratação e atuação dos empregados da empresa contratada”¹⁰ são práticas que desvirtuam o contrato de franquia.

Faz parte da própria essência dessa modalidade contratual o acompanhamento da franqueadora no sistema organizacional da franqueada, inclusive com treinamento dos empregados dessa, para fins de adequação ao modelo comercial, mas jamais a condução ativa do negócio: se houver determinação de modelos de contratação trabalhista e ingerência da administração financeira fica claro o desvirtuamento dessa modalidade contratual.¹¹ Vale ressaltar que a análise deve ser

¹⁰ “RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA INEXISTENTE. CONTRATO DE FRANQUIA ENTRE EMPRESAS. LEI 8.955/1994. O contrato de franquia, quando regularmente instituído e executado nos termos legais, não se enquadra como espécie de terceirização de serviços, pois no caso o franqueador não se beneficia dos serviços prestados pelos empregados da empresa franqueada. *O objeto principal do contrato de franquia não é a arrematação de mão-de-obra para execução de determinada atividade, seja ela finalística ou de apoio, do objeto social da franqueadora. O contrato de franquia tem como objetivo precípuo transferir a terceiros os direitos de uso de marca e conhecimentos técnicos e administrativos para o desenvolvimento de empreendimento comercial, não se aplicando, portanto, o entendimento da Súmula nº 331, IV, do TST. Por intermédio do contrato de franquia, o franqueado obtém os direitos de uso da marca do franqueador e empreende negócio próprio, por cujos riscos responde integralmente, conforme preconiza o artigo 2º da CLT. Se a prova dos autos demonstrar que a franqueadora não tinha qualquer ingerência sobre as atividades da franqueada, conclui-se que o contrato de franquia firmado não teve a finalidade de burlar a legislação trabalhista ou de realizar mera intermediação de mão-de-obra, não se cogitando de responsabilidade da franqueadora pelo pagamento dos créditos trabalhistas do autor, seja na modalidade solidária, seja na forma subsidiária. No caso, releva destacar que a interação que surge entre empresas no contrato de franquia é apenas de cunho técnico, voltada a transferir conhecimentos e o uso de marca consagrada em determinado ramo industrial, de prestação serviços, ou comercial. Não obstante, será incontornável a declaração de responsabilidade subsidiária ou mesmo de responsabilidade solidária em casos de evidente fraude trabalhista, situação que pode atrair inclusive a aplicação do art. 9º da CLT e a declaração do vínculo de emprego diretamente com a franqueadora, a depender da forma como foi posta a lide. Ressalto que situações de ilegal desvirtuamento ocorrem quando a franqueadora dirige sistematicamente a prestação de serviços da franqueada, desnaturando o instituto da franquia, contexto em que figuram, por exemplo, quando a franqueadora constantemente estipula metas em face da franqueada; elabora ou intervém no regulamento da empresa franqueada e até mesmo expede diretrizes detalhadas quanto às normas de contratação e atuação dos empregados da empresa contratada. Cabe ao julgador, portanto, cautelosamente avaliar o caso concreto para averiguar como se dava a interação entre as empresas, a fim de que se apliquem corretamente as normas da CLT e da Lei 8.955/1994. No caso, consta dos autos o contrato de credenciamento celebrado entre as réis, assinado em 01.6.2012 e com prazo de validade de 24 meses a contar de sua assinatura, ou seja, até 01.6.2014. Feita a leitura do contrato de franquia, não verifico ingerência a ponto de desnaturar o seu instituto. Diante do exposto, reformo para excluir a responsabilidade subsidiária da terceira reclamada” (TRT-9 – ROT: 00003990220165090872, Relator: Arnor Lima Neto, 6ª Turma, Data de Publicação: 19.10.2020) (grifos nossos).*

¹¹ “CONTRATO DE FRANQUIA. DESVIRTUAMENTO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Nos termos da Lei nº 13.966/2019, o contrato de franquia regular não gera vínculo empregatício entre a empresa franqueadora e o proprietário da empresa franqueada. Todavia, *inobstante não se ignore a influência do franqueador no repasse do treinamento e do sistema de organização empresarial ao franqueado, isto não se confunde com a administração ativa do negócio.* Verificada a ingerência da franqueadora na condução do negócio, inclusive na administração financeira e trabalhista da empresa franqueada, é nulo o contrato de franquia, pois configura fraude no intuito de encobrir contrato de trabalho” (TRT-12 – ROT: 00002828020215120054, Relator: GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE, 4ª Câmara, Data de Publicação: 04.08.2022) (grifos nossos).

feita de forma global, diante de todos os critérios como um bloco, já que na atual conjuntura das relações trabalhistas há contratos empregatícios em que se verifica menor presença de alguns desses critérios.

b. Remuneração variável vs. lucros e obrigatoriedade do pagamento de *royalty*

No que toca ao critério da onerosidade, as remunerações variáveis, típicas de cargos em que há pelo menos parte do pagamento da remuneração por produção, por atingimento de metas, aproximam o contrato empregatício do contrato de franquia.

Importa ressaltar que o perfil dos empregados que estão atuando na figura do franqueado não é, normalmente, aquele de quem recebe um salário mínimo mensal. São pessoas com rendimentos maiores, o que faz com que possa haver confusão entre uma remuneração variável de um contrato empregatício com o valor a ser auferido de lucro por um franqueado.

Fundamentalmente, na prática, a operação é muito parecida: diante da venda de cada produto, um percentual fica para o empregado a título de comissão e o restante vai para o empregador. No caso do franqueado, um percentual é retido pelo franqueador em razão dos *royalties* e o restante fica com o franqueado a título de lucro.

Diante disso, a jurisprudência já aponta para o critério da dependência econômica e financeira para diferenciar relações cíveis de relações empregatícias. O Tribunal Superior do Trabalho,¹² inclusive, ao analisar possível desvirtuamento de

¹² “AGRAVO CONTRATO DE FRANQUIA. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA. POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.955/1994. EQUÍVOCO NO EXAME DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. Em razão de equívoco no exame do agravo de instrumento, dá-se provimento ao agravo. Agravo a que se dá provimento. AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E POR JULGAMENTO EXTRA PETITA. POSSIBILIDADE DE DECIDIR O MÉRITO FAVORAVELMENTE À PARTE RECORRENTE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 282, §2º, DO NCPC. As preliminares suscitadas não ensejam análise no presente apelo, uma vez que, mesmo que se reconhecesse a existência das nulidades apontadas, elas não seriam objeto de pronunciamento, ante a possibilidade de decidir o mérito do recurso favoravelmente à parte recorrente, na forma autorizada pelo artigo 282, §2º, do NCPC 2. CONTRATO DE FRANQUIA. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA. POSSÍVEL VIOLAÇÃO DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.955/1994. PROVIMENTO. Ante possível violação do artigo 2º da Lei nº 8.955/1994, o provimento do agravo de instrumento para o exame do recurso de revista é medida que se impõe. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA CONTRATO DE FRANQUIA. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.955/1994. PROVIMENTO. Nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.955/94, a franquia empresarial se caracteriza pela cessão de direito, do franqueador ao franqueado, de uso da marca ou patente, juntamente com a distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços. No referido sistema, *também poderá haver transmissão do uso da tecnologia ou de sistema operacional pertencente ao franqueador*. Além dessas características, no supracitado negócio, franqueado e franqueador, *apesar de dividirem os mesmos produtos e serviços, não se confundem, dispondo cada um deles personalidade jurídica própria e independência patrimonial e financeira*. Por conseguinte, o franqueado é livre para administrar seu negócio e contratar seus próprios empregados, assumindo os riscos da operação, não configurando o controle realizado pelo franqueador em relação à qualidade do serviço prestado ou do produto fornecido, ingerência direta nos negócios do franqueado, afastando-se, para a espécie, a existência de terceirização de serviço ou de grupo econômico. Precedentes. Na hipótese, é incontroverso nos autos que entre as reclamadas foi estabelecido contrato típico de franquia, nos termos do artigo 2º da Lei nº 8.955/1994. Mesmo assim, o egrégio Tribunal

contrato de franquia para configuração de grupo econômico, identificou tal critério como definidor do vínculo empregatício.

É notório que um empregado, mensalmente, necessita daquela verba que será a ele transferida por seu empregador. Mesmo que trabalhe com reserva de emergência, que tenha ganhos altos em outros meses, o empregado espera receber algum valor, ainda que mínimo. Situação diferente ocorre com o franqueado que, mesmo que tenha prejuízo no mês, continua com a obrigação de pagar o *royalty* ao seu franqueador.

O salário comissionado, por produtividade, mesmo que de forma ilícita seja realizado sem o mínimo legal, fundamenta-se naquele valor em que o empregado irá receber do empregador. O “franqueado”, assim identificado, mas que na realidade é um empregado, ainda que de alto escalão, jamais terá a obrigatoriedade de pagar *royalty* ao seu empregador caso não tenha conseguido auferir nenhum lucro. Já para o franqueado, o pagamento do *royalty* existirá sob qualquer circunstância.

Além disso, se analisa como critério o valor desse *royalty*. Deve ser considerado um valor compatível com o cobrado pelo mercado: um valor muito aquém da prática mercantil, muito provavelmente, esconde uma relação trabalhista.

c. Não eventualidade vs. necessidade de presença física do franqueado nos estabelecimentos

Atualmente, diante do incremento das tecnologias e até mesmo do “boom” do teletrabalho, a jornada acabou se tornando cada vez mais flexível. Com isso, o critério da não eventualidade, típico da relação de emprego, deixou de ser mais facilmente verificado pelo controle da jornada de trabalho e, sim, com a frequência da prestação do serviço.

É possível que em alguns sistemas de franquias haja obrigatoriedade de franqueados cumprirem uma jornada mínima de trabalho para que se tenha como garantia por parte do franqueador de que o responsável por aquela franquia esteja fiscalizando a operação de acordo com os ditames contratuais estabelecidos.

Contudo, um controle muito rígido de presença do franqueado, como a necessidade de assinatura de ponto e o envio de tais folhas para o franqueador de forma mensal, por exemplo, desvirtuaria o contrato, já que, fundamentalmente, o contrato de franquia se baseia na liberdade do franqueado, que, seguindo o padrão esta-

Regional entendeu configurada a existência de grupo econômico, imputando responsabilidade solidária às reclamadas, apenas pelo fato de a empresa franqueadora supervisionar, fiscalizar e regulamentar as atividades da franqueada, concluindo para a espécie que havia controle de uma sobre a outra. Ao assim decidir, violou a letra artigo 2º da Lei nº 8.955/94. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento” (TST – RR: 102026320145150079, 4ª Turma, Min. Rel.: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 06.11.2019). (grifos nossos).

belecido pelo franqueador e pagando, pelo menos, o *royalty* mínimo estabelecido no contrato, já cumpriria o acordado, não sendo necessária sua presença física.

d. Alteridade e a assunção de riscos pelo franqueado

O conceito de alteridade como requisito para configuração do vínculo empregatício fundamenta-se na noção de que os frutos da prestação do serviço são auferidos pelo empregador, o *alter*, o outro da relação de emprego, e nunca pelo empregado. Em razão disso, se os frutos são direcionados ao empregador, também os riscos devem ser por ele respondidos.

Tal requisito é de extrema importância quando se comparam os contratos de franquia com os de trabalho. No primeiro, é óbvio que os riscos são assumidos pelo franqueado, enquanto no contrato de franquia desvirtuado, ou seja, no contrato de trabalho revestido da forma de franquia, os riscos são do franqueador: o aporte financeiro, a última palavra quanto à gestão etc.

Portanto, é imperioso que se verifique quem de fato está assumindo os riscos do negócio, quem investe dinheiro de forma significativa, para diferenciar o franqueado do empregado.

e. O requisito da alteridade como principal diferenciador do empregado hipersuficiente e do franqueado

Diante disso, cabe o comentário acerca da figura do “trabalhador hipersuficiente”, que pode, segundo o parágrafo único do artigo 444 da CLT, negociar individualmente com o empregador matérias que, em geral, só poderiam ser pactuadas por meio de negociação coletiva.

Segundo o dispositivo, considera-se hipersuficiente o empregado que tem diploma de nível superior e que tem salário superior ou igual a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Contudo, uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região¹³ envolvendo um jogador de futebol afastou o requisito do diploma superior, considerando que a relevante influência social do empregado e a disponibilidade de meios de arcar com assessoramento são suficientes para enquadrá-lo como hipersuficiente.

Caso isso seja uma tendência a ser aplicada por toda a jurisprudência pátria, mais próximo ficará a figura do hiperempregado com a do franqueado, já que

¹³ “EMPREGADO HIPERSUFICIENTE. ART. 444, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. ROL EXEMPLIFICATIVO. O art. 444, parágrafo único, da CLT estipula uma categoria de empregado hipersuficiente, mas não exclui outras formas de hipersuficiência, como se interpreta de seu próprio texto. No caso, a parte autora é atleta de relevante influência social, tendo tido plena condição de ser assessorado, por ocasião da celebração do contrato. Assim, mesmo que não seja portador de diploma de nível superior, ele será hipersuficiente quando caracterizada a mitigação significativa da subordinação jurídica. Por consequência, é válida a celebração da cláusula que afasta a aplicação da multa do art. 477, §8º, da CLT” (TRT – 3, RO nº 0010636-07.2019.5.03.0113, Des. Rel. Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo, j. 13.10.2020).

presentes a maior liberdade e, na maioria das vezes, a remuneração elevada, sem haver necessidade da realização do ensino superior.

É mais notadamente o requisito da alteridade que faz distinguir o hipersuficiente do franqueado. Apesar da flexibilidade de jornada e da subordinação elástica, aquele não deixa de ser empregado, ou seja, não assume os riscos do negócio.

Portanto, vislumbra-se o despontar de um requisito de verificação do não desvirtuamento do contrato de franquia: a independência financeira entre o franqueado e o franqueador. O franqueado assume os riscos de seu negócio, enquanto o empregado, ainda que seja ele hipersuficiente, não o faz.

Importante destacar, por fim, que o critério da pessoalidade não foi tratado de forma separada neste artigo já que tanto no contrato de franquia quanto em contrato empregatício tal requisito é encontrado em sua essência.

5 Utilização indevida do contrato de franquia para se desviar da configuração de grupo econômico

Em 2019, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu sobre o caso em que a rede de perfumaria e cosméticos Boticário tinha sido responsabilizada por dívidas de uma de suas franqueadas; ou seja, integraria, na realidade, grupo econômico com a mesma.

A Quarta Turma¹⁴ concluiu que os fatores levados em conta pelo Tribunal Regional do Trabalho do Paraná para condenar a empresa, como a obrigatoriedade

¹⁴ “(...) 2. CONTRATO REGULAR DE FRANQUIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO FRANQUEADOR. DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO NÃO DEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE INEXISTENTE. PROVIMENTO. I. O contrato de franquia visa a promover a cooperação entre empresas, proporcionando ao franqueador maior participação no mercado e ao franqueado o direito de uso da marca, da tecnologia e do sistema de gestão. Conquanto o franqueador e o franqueado somem esforços para alcançar objetivos comuns, o contrato regular de franquia caracteriza-se pela autonomia da personalidade e do patrimônio dos contratantes. Em face das características específicas expressamente previstas em lei, o contrato regular de franquia não se confunde com o contrato de terceirização de serviços, em que o 2. CONTRATO REGULAR DE FRANQUIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO FRANQUEADOR. DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO NÃO DEMONSTRADO. RESPONSABILIDADE INEXISTENTE. PROVIMENTO. I. O contrato de franquia visa a promover a cooperação entre empresas, proporcionando ao franqueador maior participação no mercado e ao franqueado o direito de uso da marca, da tecnologia e do sistema de gestão. Conquanto o franqueador e o franqueado somem esforços para alcançar objetivos comuns, o contrato regular de franquia caracteriza-se pela autonomia da personalidade e do patrimônio dos contratantes. Em face das características específicas expressamente previstas em lei, o contrato regular de franquia não se confunde com o contrato de terceirização de serviços, em que o tomador beneficia-se diretamente da mão-de-obra dos empregados da prestadora. Não integra, pois, o objeto do contrato regular de franquia a simples arrematação de mão-de-obra, mas a cessão de direito de uso de marca ou patente que, em regra, integram a atividade-fim do franqueador. II. No caso, a Corte Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária da franqueadora sob o fundamento de que “o contrato de franquia firmado entre as rés determina a ingerência da 2ª ré (O Boticário) na 1ª ré, interferindo diretamente nas atividades pela Reclamada O Boticário e a garantir a participação destes, bem como a permitir a visitação periódica dos supervisores, consultores e auditores das franqueadoras nas unidades da franqueada, além de estipular que a pessoa indicada pela franqueada para a operacionalização da loja

de inscrição dos empregados da franqueada em programas de treinamento e a visitação periódica de supervisores, consultores e auditores, são obrigações contratuais condizentes com a natureza do contrato de franquia empresarial e que não o desvirtua.

Para a jurisprudência, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho,¹⁵ não basta que a franqueadora supervisione, fiscalize e regule as atividades da franqueada para que seja configurada o grupo econômico; o controle, ainda que de forma mínima, é típico do contrato de franquia, principalmente quanto ao padrão de produtos e serviços. O que não é permitido é que haja personalidade jurídica única e dependência patrimonial e financeira entre franqueado e franqueador.

É necessário, portanto, para o regular contrato de franquia e, consequentemente, não configuração de grupo econômico, a liberdade para administrar o negócio do franqueado e contratação de seus próprios empregados, ainda que haja alguma orientação para tanto vinda do franqueador.

6 Competência da Justiça do Trabalho para análise de desvirtuamento de contrato de franquia em vínculo empregatício

Sendo o contrato de franquia de natureza cível, muito se debateu quanto à Justiça competente para análise de desvirtuamento do mesmo em vínculo empregatício.

Para declaração de nulidade de um contrato cível, naturalmente seria competência da Justiça Comum; contudo, de acordo com o artigo 114 da Constituição

será submetida ao exame e prévia aprovação da franqueadora". III. Tais obrigações contratuais, contudo, são condizentes com a natureza do contrato de franquia empresarial. IV. Revela má aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST, acórdão regional que reconhece a responsabilidade subsidiária da empresa franqueadora sem a demonstração efetiva de ingerência direta do franqueador nos negócios do franqueado, de modo a caracterizar o desvirtuamento do contrato de franquia. V. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento, por má aplicação da Súmula nº 331, IV, do TST, para determinar o processamento do recurso de revista.es desta, obrigando-a a inscrever os empregados nos Programas de Treinamento oferecidos" (TST-RR-1669-70.2014.5.09.0245, Quarta Turma, Min. Rel. Alexandre Luiz Ramos, j. 07.08.2019).

¹⁵ "CONTRATO DE FRANQUIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FRANQUEADOR. De acordo com o art. 2º da Lei nº 8.955/94, o contrato de franquia empresarial é o "sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia, implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta, sem que, no entanto, fique caracterizado o vínculo emprego". A formalização do contrato, por si só, não basta para que se exclua a responsabilidade solidária da franqueadora, impondo-se afirmá-la quando se constata que ela tem ingerência direta nas atividades desenvolvidas pela franqueada. No caso em tela, houve prova robusta de que as franqueadoras tinham ingerência direta na empresa empregadora e, por consequência, no labor da reclamante, o que demonstra que houve desvirtuamento do contrato de franquia e, via de consequência, caracterizou-se o grupo econômico, sendo a segunda, terceira e quarta réis responsáveis solidárias" (TRT-1 – RO: 01005362220185010006 RJ, Relator: SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Data de Julgamento: 11.09.2019, Sétima Turma, Data de Publicação: 28.09.2019).

Federal, é competência da Justiça do Trabalho decidir sobre relações de trabalho e, portanto, para se verificar se há relação de emprego, a competência não poderia ser de outra Justiça que não a trabalhista.

Caso o objetivo fosse a declaração de nulidade do contrato de franquia não por desvirtuamento, mas, por exemplo, algum vício como assinatura do contrato por agente absolutamente incapaz, a competência seria da Justiça Comum.

O caso chegou ao STJ que, no Conflito de competência nº 184495 – SP,¹⁶ indicou que era a Vara do Trabalho competente para julgar a ação que requereu o reconhecimento do vínculo empregatício, ainda que já tivesse procedimento arbitral instaurado cujo objeto era a validade da rescisão do contrato de franquia por justa causa da franqueada.

7 Conclusão: parâmetros de caracterização do contrato de franquia e de sua utilização dissimulada

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal Superior do Trabalho têm fortalecido o entendimento de que é preciso admitir outras formas de organização de trabalho. Contudo, não é plausível que se utilize de formas cíveis de contratações, tipicamente empresariais, para se contratar a força laborativa de pessoas físicas.

Com isso, conforme tratado neste artigo, apontam-se alguns parâmetros diferenciadores entre um contrato de franquia propriamente dito e um contrato de trabalho revestido da forma desse contrato empresarial.

¹⁶ “CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO TRABALHISTA E JUÍZO ARBITRAL. CONTRATO DE FRANQUIA. EXISTÊNCIA OU NÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. NECESSIDADE. ART. 313, V, DO CPC/2015. 1. Resume-se a controvérsia a definir a competência para o julgamento de demandas distintas, a primeira instaurada perante juízo arbitral e a segunda ajuizada na Justiça trabalhista, envolvendo relação jurídica anterior e posterior à celebração de contrato de franquia no qual se estabeleceu a arbitragem como forma de composição de litígios. 2. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento. 3. Hipótese em que a franqueadora busca, por meio de procedimento arbitral, o reconhecimento de que a rescisão do contrato foi motivada por justa causa, por culpa da franqueada, e o pagamento da respectiva multa contratual, ao passo que a representante técnica da franqueada, por meio de reclamatória trabalhista, busca o reconhecimento de vínculo empregatício em todo o período de relacionamento, antes e depois da celebração do contrato de franquia. 4. Verificada a impossibilidade de reunião dos processos em um mesmo juízo e havendo inegável vínculo de prejudicialidade entre eles, a questão deve ser resolvida mediante aplicação da regra prevista no art. 313, V, do Código de Processo Civil de 2015, que determina a suspensão do processo quando a sentença de mérito depender da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO DA 83ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO para decidir acerca da existência ou não de relação de emprego em todo o período reclamado, mantida a suspensão do procedimento arbitral por ele já determinada. Embargos de declaração prejudicados” (STJ, CC, Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 22.06.2022).

Primeiro, não há subordinação no contrato de franquia. A ingerência na operação do franqueado deve-se limitar à fiscalização quanto ao bom uso da marca e do nome. Para isso, é possível que se realizem visitas, apontem-se erros, estabeleçam-se prazos para alteração nos moldes estabelecidos pela franqueadora, mas jamais uma subordinação.

Quem decide quem se contrata e quem se dispensa no quadro de pessoal do franqueado é ele mesmo, jamais um representante do franqueador pode impeli-lo a isso.

Quando o franqueado necessita de autorização do franqueador para tomada de decisões que não se relacionam o uso da marca é grande o indício de desvirtuamento do contrato de franquia.

Outro critério identificador de tal prática é auferido através de robusta investigação acerca do dinheiro envolvido. A gestão financeira deve ser realizada pelo franqueado e não basta que o aporte inicial exista, se o valor for irrisório frente aos custos de se abrir o empreendimento.

Além disso, a atividade empresária necessita de investimento contínuo e é nessa procura pelo caminho percorrido pelo dinheiro que se terá mais facilidade em descobrir se o contrato é realmente de franquia ou não. Em processos judiciais, cabe a realização de perícia contábil nos documentos e contas do suposto franqueado que requerer o reconhecimento do vínculo empregatício, para se confirmar as transações.

Em um contrato de franquia, todas as transações financeiras são geridas pelo franqueado, que repassa parte do valor para a franqueadora, a título de *royalties*. Em um contrato de franquia desvirtuado, a conta bancária movimentada pela atividade empresária dificilmente terá apenas o “franqueado” como titular. Mesmo que assim seja, é mais costumeiro que as transações sejam realizadas com mais frequência do que a mensal, realizada entre franqueado e franqueador.

Mais um elemento a ser considerado, em eventual análise judicial, é a contratação de profissionais liberais de confiança do franqueado: contador, advogado etc. O mesmo corpo contábil e jurídico para todos os eventuais franqueados de uma rede é indicativo de ingerência para além do natural em um contrato de franquia, já que são profissionais que fundamentam sua prestação de serviços em relações de confiança.

Portanto, o que não for necessário para seguir o padrão da marca franqueadora e sofrer interferência dela é indicativo de desvirtuamento do contrato de franquia, já que a característica principal desse é a concessão do direito de uso de nome e marca, e não de dependência total e irrestrita para toda e qualquer decisão a ser tomada pelo “franqueado”.

Abstract: The franchise contract, of a civil nature, presents assumptions and essential clauses that always differentiate it, above all, from the employment contract. However, the flexibility of the employment contract models presented in recent years has made the franchise contract model closer, in some respects, to labor contracts. With this, this article aims to indicate and guarantee the essential requirements of the franchise agreement and its differentiating criteria from the employment contract, in order to avoid distortion and the consequent wrong treatment of the worker's rights.

Keywords: Franchise Agreement. Distortion. Labor Consequences.

Referências

MARTINS, Sérgio Pinto. O franchising como forma de terceirização. *Revista de direito do trabalho*, São Paulo, v. 25, n. 95, p. 33-42, jul./set. 1996.

LAFONTAINE, Francine; D. BLAIR Roger, The evolution of franchising and franchise contracts: evidence from the United States, 2005. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/78347/OSBLJ_V3N2_381.pdf.

THOMAS S. DICKE, Franchising in America: the development of a business method, 1840-1980,2 (1992). Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=GdEA1ILsgQUC&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 05.07.2023.

<https://veja.abril.com.br/coluna/radar/tst-descarta-vinculo-trabalhista-em-contrato-de-franquia/>. Acesso em: 02 maio 2023.

<https://www.tst.jus.br/-/contrato-regular-de-franquia-afasta-responsabilidade-do-boticario-por-dividas-de-franquea-1>. Acesso em: 02 maio 2023.

<https://www.conjur.com.br/2021-dez-25/trt-empregado-nao-diploma-hipersuficiente>. Acesso em: 04 maio 2023.

<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/franchise>. Acesso em: 05 jul. 2023.

<https://www.linguee.com/frances-portugues/traducao/franche.html>. Acesso em: 05 jul. 2023.

<https://www.ahdictionary.com/word/search.html?q=franchise>. Acesso em: 05 jul. 2023.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GENTILE, Isabela Reimão. Contrato de franquia: parâmetros para fins trabalhistas e critérios para determinação de seu desvirtuamento. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 12, n. 51, p. 29-43, out./dez. 2023.
