XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO EMPRESARIAL II

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

VERONICA LAGASSI

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito empresarial II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Maria De Fatima Ribeiro

Veronica Lagassi – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-824-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO EMPRESARIAL II

Apresentação

A busca pelo desenvolvimento econômico sustentável é algo indubitável em qualquer país, quiçá no contexto em que a sua sociedade é preponderantemente desigual. Assim, o agente econômico torna-se peça fundamental para uma politica de inclusão social com vistas ao desenvolvimento econômico sustentável. Neste sentido, faz-se necessário e presente o papel da academia não só como fomentador ou meio propagador do conhecimento, mas também na função de análise das crises econômicas ou politicas pelas quais atravessa o país. Tal análise é essencial para a criação de caminhos ou diretrizes para a superação dessas crises. Foi a partir deste cenário que realizou-se em Goiânia – GO, entre os dias 19 a 21 de junho de 2019, o XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, com o tema "Constitucionalismo Critico, Politicas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo".

O evento foi possível a partir da participação ativa de professores, pesquisadores, mestres ou doutores de todo o país, os quais contribuíram significativa e democraticamente para a exposição dos trabalhos e para o desenvolvimento de debates acadêmicos consubstanciados nos resultados apresentados nas pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito do Brasil.

Os artigos científicos apresentados relativos ao Grupo de Trabalho de Direito Empresarial durante o XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, demonstraram não apenas o comprometimento dos pesquisadores brasileiros com o desenvolvimento do pensamento jurídico estratégico nas empresas para superação da crise, mas também com o fortalecimento da própria disciplina de Direito Empresarial ou o seu papel regulador de novas realidades sociais como, por exemplo, a criação de um contrato de namoro na família empresária. Assim, no âmbito do GT de Direito Empresarial foram apresentados e debatidos temas absolutamente relevantes ao contexto atual e indispensáveis para o desenvolvimento do Direito no Brasil, abordou-se assim desde um questionamento sobre a necessidade efetiva de um novo Código Comercial até a análise do desenvolvimento da regulamentação da EIRELI pelo DREI, perpassando por questões atinentes aos contratos empresariais, inclusive de franquia, construção ajustada ao de namoro na família empresária, bem como por questões sempre em voga como é o caso da desconsideração da personalidade jurídica, do nome empresarial como direito da personalidade ou de compliance como instituto indispensável à política pública. Mas, apesar da riqueza no que tange as apresentações e na abordagem destes temas, o GT de Direito Empresarial não se descuidou do mote que deu nome ao XXVIII

Encontro Nacional do Conpedi e também abordou temas correlacionados à superação da crise abordando temas correlatos à recuperação judicial e a falência, como foi o caso da legitimidade do rural na propositura do pedido de recuperação judicial ou da consolidação do ato revogável com vistas à Ação Revocatória ou ainda, uma preocupação com o conceito de mercado eficiente.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Profa Dra. Veronica Lagassi – UFRJ / IBMEC-RJ / FACHA

Profa Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS DE FRANQUIA: FORÇA VINCULANTE DOS ANEXOS APÓS ALTERAÇÕES UNILATERAIS SUPERVENIENTES

OBJECTIVE GOOD FAITH IN FRANCHISE AGREEMENTS: ANNEXES BIDING FORCE AFTER UNILATERAL SUPERVENIENT CHANGES

Bruno de Souza Almeida [1]
Joao Lucas Arcanjo Carneiro

Resumo

O presente estudo demonstra inicialmente os mais variados conceitos sobre a modalidade de franquias, bem como demonstra brevemente seu histórico. Na sequência é analisada a boa-fé objetiva no Código Civil brasileiro, bem como suas funções integrativa, interpretativa e limitadora. Segue analisando que as condições meramente potestativas, no entendimento do artigo 122 do Código Civil, devem ter sua abrangência mitigada, considerando, em última análise, a boa-fé objetiva e a finalidade do ato que gerou a condição. Ainda, demonstra-se que os contratos de franquia devem guardar em sua elaboração e execução um aspecto pleno de cooperatividade, fundado na boa-fé objetiva.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva, Contratos de franquia, Anexos

Abstract/Resumen/Résumé

This study initially demonstrates the most varied concepts regarding franchising agreements, as well demonstrates its history. It follows analyzing the objective good faith in the Brazilian Civil Code, as well as its integrative, interpretative and limiting functions. It goes on and analyze that the merely optional conditions, in the understanding of Article 122 of the Civil Code, should be mitigated, considering, ultimately, the objective good faith and the purpose of the act that generated the condition. Moreover, it is shows that franchise contracts must retain in their elaboration and execution a full aspect of co-operability, based on objective good faith.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Objective good faith, Franchise agreements, Annexes

[1] Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus - Unichristus e bacharel em Direito (2011) pela Universidade de Fortaleza - Unifor. Advogado.

INTRODUÇÃO

Atribuída ao icônico músico Antônio Carlos Jobim, um jargão comum em *terrae brasilis* é: "O Brasil não é para iniciantes". Quando refletimos sobre empreendedorismo no mercado brasileiro, esta frase toma contornos de plena veracidade. Uma carga tributária entre as maiores do mundo, uma excessiva regulamentação da atividade empresarial por parte das agências estatais, um sistema trabalhista que evidentemente privilegia o trabalhador em face ao empreendedor e uma malha de infraestrutura completamente debilitada. Todos estes fatores estão aliados à inúmeros escândalos de corrupção e a uma moeda cada vez mais desvalorizada.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em sua pesquisa Demografia das Empresas[1], verificou que cerca de 60% das empresas já encerraram suas atividades em até 5 anos após a sua criação. De acordo com o estudo, "do total de 733,6 mil empresas que nasceram em 2010, 551,2 mil (75,1%) sobreviveram em 2011; 461,5 mil (62,9%), até 2012; 395,4 mil (53,9%), até 2013; 326,8 mil (44,6%), até 2014; e 277,2 mil (37,8%) sobreviveram até 2015". Outro aspecto importante da pesquisa é evidenciar que as maiores taxas de mortalidade empresarial são diretamente ligadas à taxa de pessoal ocupado. Quanto mais pessoas, maior o risco.

Lançado no ano de 2016, uma pesquisa elaborada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Sebrae, denominada Sobrevivência das Empresas no Brasil[2], demonstra quais os fatores causadores da mortalidade empresarial. O estudo, que foi elaborado sob a metodologia de pesquisa ativa, teve como estrutura um questionário aplicado à empresários de empresas ativas e inativas. As perguntas foram divididas entre três tópicos: situação antes da abertura, planejamento, gestão do negocio. Questionou-se também se o empresário realizou algum curso para melhorar o conhecimento sobre como administrar um negócio, enquanto tinha a empresa.

A maior parte dos resultados apresentados possuem uma variação média de 10% entre os empresários de empresas ativas e inativas. Por exemplo, a proporção de pessoas com experiência anterior no mesmo ramo de atividade da empresa foi de 71% para empresas ativas e 64% para empresas inativas. As exceções para esta regra foram o investimento na capacitação da mão de obra e dos sócios (69% para as ativas e 52% para as inativas) e a realização de algum

[1] Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101151.pdf. Acesso em novembro de 2018.

[2] Disponível em: http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-relatorio-2016.pdf. Acesso em novembro de 2018.

curso para melhorar o conhecimento sobre como administrar um negócio enquanto tinha a empresa (51% para as ativas e 34% para as inativas).

Considerando os estudos apresentados, tanto o do IBGE quanto o da FGV/Sebrae, temos que o modelo de franquia pode minimizar as maiores causas de mortalidade das empresas. Por ser um método de expansão, as franquias empresariais contam já – via de regra – com marcas consolidadas de fácil captura de novos públicos, bem como com processos internos bem definidos. De tal modo, contam com uma significativa taxa de pessoal ocupado. Ainda, por ser de sua essência a transferência de *know-how*, a franquia empresarial supre constantemente o aperfeiçoamento na administração do negócio.

Dadas as características do modelo de *franchising*, podemos afirmar superficialmente que esta relação está bem além de uma sociedade entre empresas, mas também não está plenamente dissociada deste conceito. O relacionamento entre Franqueador e Franqueado deve ser comunitário, de forma que ambos caminham para os mesmos propósitos: a expansão do negócio de uma forma mais segura e o lucro. Assim, tem-se que é inevitável que os processos internos se modernizem para buscar não só uma maior integridade entre as unidades e a marca em si, como também em busca da eficiência – que pode ser aprimorada diariamente com a vivência do negócio e os aprimoramentos tecnológicos.

Objetivando justamente esta homogeneidade da marca entre todas as unidades franqueadas que fazem parte do mesmo sistema, a grande maioria dos contratos de franquias preveem a obrigatoriedade de cumprimento, por parte dos Franqueados, dos manuais de marcas e procedimentos internos. Contudo, por vezes, estes procedimentos precisam ser alterados para que cada unidade ganhe maior eficiência ou para que se adapte as novas nuances do mercado na qual atuam. Estas eventuais alterações – posteriores à assinatura dos contratos de franquia, empregadas cirurgicamente aos manuais internos, são realizadas unilateralmente por parte do Franqueador e geralmente criam obrigações antes não previstas na época de celebração do contrato de franquia.

Diante do contexto apresentado, este estudo busca definir se, apesar da existência de uma previsão contratual, até qual ponto é lícito ao Franqueador modificar unilateralmente os documentos referenciados no contrato de franquia que são de cumprimento obrigatório pelo Franqueado, tudo sob a perspectiva da boa-fé objetiva. Assim, primeiramente será abordado o contexto geral das franquias no mundo e no Brasil, seguindo pela teorização da boa-fé objetiva nas relações contratuais e, por fim, uma análise sobre a vedação ao comportamento contraditório e a cooperação como instrumento executório contratual aplicado às franquias.

No que concerne à metodologia, este estudo foi realizado sob fundamentos bibliográficos, mediante argumentos e teorias constantes em trabalhos científicos que abordam direta ou indiretamente o tema em análise. Em se tratando da tipologia, este artigo é puro, visto ser realizado com o fim de aumentar o conhecimento para uma tomada de posição. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, buscando descrever fenômenos, descobrir a frequência com que os fatos acontecem, a sua natureza e suas características; e exploratória, procurando aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema em foco.

A primeira parte do artigo abordará aspectos generalistas do sistema de franquias, como, por exemplo, a conceituação de *franchising* no mundo e no Brasil, tomando como referência os conceitos da Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994, os conceitos desenvolvidos pela doutrina jurídica nacional e o conceito da *Federal Trade Commission* americana, sendo traçado um breve paralelo entre algumas previsões constantes nas normas nacionais e internacionais sobre o assunto. Na sequência do tema, será abordado a evolução histórica do sistema de franquias empresariais no mundo e, principalmente, no mercado brasileiro.

A segunda parte do presente estudo tem a finalidade de abordar a teoria da boa-fé aplicada aos contratos em geral. Inicialmente será abordada a conceituação da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua função. Será analisada a função interpretativa, constante no artigo 113 do Código Civil; a integracionista, inserta no artigo 422 do mesmo *codex*; e a limitadora de direitos potestativos, prevista no artigo 187, também do código civilista. Em complementação, trataremos da importância do comportamento na execução contratual, traçando algumas considerações sobre intenção, declaração e comportamento.

Na seção final, considerando a abordagem demonstrada nas duas primeiras partes do estudo, será abordado o problema que é objeto central deste estudo. O enfoque será, primeiramente, através da função limitadora de direitos potestativos da boa-fé contratual aplicada aos contratos de franquia, associando-o com o princípio da vedação ao comportamento contraditório. Posteriormente, a questão em debate será abordada sob o viés da cooperação como instrumento de execução do contrato, buscando evidenciar que, nos casos de contratos de *franchising*, existe um verdadeiro comensalismo entre Franqueador e Franqueado.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS SISTEMAS DE FRANQUIAS

1.1. Definições: O que é uma Franquia Empresarial

O ordenamento jurídico brasileiro possui um conceito formal de franquia empresarial no artigo 2º da Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994[3]. Esta definição, que é complexa e extensa, traz uma série de características para que se possa definir, com plena exatidão, o que é a relação de franquia empresarial. O primeiro destes conceitos – e seguramente um dos mais significativos – é o de que a franquia é um sistema entre Franqueador e Franqueado. Le Moigne (1990, p. 76-77 *apud* GRECO, 2008, p. 24) afirma que "sistema é um objeto que (i) está inserido em um determinado meio, (ii) está voltado para uma finalidade, e, para tanto, (iii) faz ou desempenha uma atividade, (iv) por intermédio de uma estrutura, (v) que se transforma com o tempo".

Duas grandes ideias que surgem de tal conceito. A primeira destas é no sentido de que a estrutura do sistema é tida como meio para que o sistema possa atingir as suas finalidades. Do mesmo modo, tem-se que a estrutura do sistema é, com o passar do tempo, alterada em face das transformações implicadas pelo meio circundante. A espinha dorsal do *franchising* – ou, a sua estrutura básica – é composta, de um lado, na cessão, pelo franqueado ao franqueador, do direito de uso de marca ou de patente, associado ao direito de distribuição de produtos ou de serviços. A estrutura se complementa com a contraprestação, pelo franqueado ao franqueador, de remuneração que pode ser atrelada ao desempenho da unidade franqueada.

De tal modo, é fácil perceber a necessária simbiose que deve haver entre o franqueador e o franqueado. Todavia, apesar de transparecer que nesta relação os interesses de cada uma das partes são distintos, de modo que o franqueador buscaria expandir seu negócio como um todo, enquanto o franqueado buscaria uma oportunidade de estabelecer uma empresa sem as agruras de iniciar todo um empreendimento *per si*, seus interesses sempre convergirão par a o cerne do capitalismo moderno: o lucro. Portanto, em linhas gerais, a relação existente entre um franqueador e seu franqueado deve ser considerada como uma parceria empresarial, a união de forças que desaguam em um mesmo objetivo.

[3] Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

A doutrina jurídica se manifestou amplamente sobre a conceituação de franquias empresariais. Nos termos da lição de Arnaldo Rizzardo (2017, p. 1418), "através do contrato de franquia ou *franchising*, desenvolve-se um sistema de distribuição de bens e serviços", de modo que o empresário titular de um produto, imbuído em sua marca devidamente registrada, cede a outro empresário, de uma forma contínua, a licença de exploração de tal produto com o objetivo de expandir sua atividade. Trata-se de um conceito também sistêmico, que ressalta a simbiose que deve haver entre o franqueador e o seu franqueado.

Nélson Abrão (1984, p. 13) traz, da mesma forma, um conceito sistemático do modelo de *franchising*, defendendo que se trata de uma relação contratual através do qual o titular de uma marca concede seu uso a um empresário em nível de distribuição. Segue, o supracitado autor, notando que, no *franchising*, o Franqueador deve proporcionar "assistência no que concerne aos meios e métodos para viabilizar a exploração dessa concessão, mediante o pagamento de uma entrada e um percentual sobre o volume dos negócios realizados ao franqueado". Como se facilmente percebe, é impossível desassociar a conceituação de franquias empresariais de uma relação coesa e dependente entre dois empresários.

No âmbito da legislação comparada, a *Federal Trade Commission* (FTC), órgão de regulação do governo americano, regulamentou o conceito de franchising no mercado dos Estados Unidos. A regra da FTC define uma franquia como qualquer relação comercial ou acordo contínuo em que os termos da oferta ou contrato especificam, ou o franqueador promete ou representa, oralmente ou por escrito, que:

(i) o Franqueador exercerá, ou terá autoridade para exercer, o direito de operar uma empresa identificada ou associada à marca registrada do franqueador ou de oferecer, vender ou distribuir bens, serviços ou mercadorias identificadas ou associados com a marca registrada do Franqueador;

(ii) o Franqueador irá exercer, ou tem a autoridade para exercer, um grau significante de controle sobre o método de operação do Franqueado, ou prover uma significativa assistência neste; e,

(iii) como condição de iniciar as operações da franquia, o Franqueado realiza um pagamento ou se compromete a realizar um pagamento ao Franqueador.

O atendimento a todos os itens expostos é fundamental para que, no ordenamento americano, um negócio seja considerado uma franquia empresarial. Vale lembrar, contudo, que muitos estados americanos possuem regulamentações próprias sobre *disclosure* (que pode ser

equiparado à Circular de Oferta de Franquia em nosso ordenamento jurídico), trazendo algumas variações deste conceito. O fato é que, assim como a conceituação brasileira, a relação entre Franqueador e Franqueado é tida como transferência sistemática de conhecimento com a finalidade de retorno financeiro em face deste *know-how*.

Em síntese, podemos afirmar com segurança que o *franchising* é um modelo de negócio composto por um sistema entre dois empresários que tem como foco central a transferência de conhecimentos técnicos e de uma marca em troca de participação na atividade da unidade franqueada. Por óbvio, os interesses na relação franqueador-franqueado são diversos. Como já afirmado, o franqueador busca expandir sua rede empresarial, enquanto o franqueado busca o conforto e a tranquilidade de um novo negócio já estruturado e com uma marca sólida no mercado.

1.2. Breve Histórico sobre os Sistemas de Franquia Empresarial

As raízes do sistema de franquias no mundo não têm um nascedouro definido. Fato é, no entanto, que John S. Pemberton, um farmacêutico americano, empreendeu uma das primeiras operações de franquia empresarial que se tem notícia. Em abril de 1865, Pemberton sofreu uma ferida de sabre no peito durante a Batalha de Colombo – ocorrida durante a Guerra Civil Americana, tornando-se, em decorrência disto, viciado em morfina, usada para aliviar sua dor. Buscando uma cura para o vício após o período de guerra, começou a experimentar analgésicos que serviriam como alternativas livres de morfina.

Pemberton desenvolveu uma preparação que continha vinho e cocaína, que acabou por ser denominada *Pemberton's French Wine Coca*. Contudo, em 1886, um movimento social que criticava a intoxicação por álcool e promovia a abstinência total de álcool e drogas obteve sucesso na promulgação de normas que baniam o comercio de bebidas alcoólicas. De tal modo, a *Pemberton's French Wine Coca* precisava ser reformulada, agora sem um valor etílico ou drogas, foi quando, então, o xarope de base foi misturado com água gaseificada. O resultado agradou Pemberton, que decidiu vender a preparação como refrigerante ao invés de um remédio.

Esta é a história, ou parte da lenda, sobre como nasceu a Coca-Cola Company, uma das maiores industrias de bebidas do mundo. O interesse desta história para as franquias empresariais se justifica porque, em determinado momento, Pemberton licenciou algumas pessoas para engarrafar e vender a sua preparação, método que distribuiu seu produto por boa parte do território americano. Fato é, entretanto, que a expansão do conceito de franquias

empresariais nesta época foi freada porque o modelo repartia as responsabilidades entre o Franqueador e o Franqueado, o que acabou por limitar a popularização do modelo de negócios.

O modelo de *franchising* moderno evoluiu durante a década de 1950 com a expansão da economia americana depois da Segunda Guerra Mundial, o crescimento do sistema de rodovias interestaduais, o desenvolvimento de subúrbios e o aumento da propriedade de automóveis. Boa parte da população dos Estados Unidos passava a realizar viagens mais distantes e buscava nomes familiares com serviços padronizados. O *franchising* surgiu como uma força econômica poderosa no pós-guerra, aproveitando a demanda reprimida do consumidor, franqueados disponíveis, as ideias dos veteranos que retornavam e o capital abundante.

O sistema de franquias no Brasil teve seu nascedouro ainda na década de 60. Empresa de ramos como o alimentício e de educação já se configuravam nesta formatação. Já na década de 70, a proliferação dos shopping centers se tornou terreno mais que fértil para o desenvolvimento do setor de Franquias no Brasil. Nos anos 80, especificamente no ano de 1987, surge a Associação Brasileira de Franchising (ABF), entidade setorial formada por empresários atuante neste modelo de negócio, que passou a reunir Franqueadores e Franqueados para a promoção deste novo mercado brasileiro.

2. BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

2.1. Conceito e função da boa-fé objetiva

No âmbito da teoria do Direito Civil, a doutrina é uníssona ao ressoar que a boa-fé é uma ferramenta conjugada à autonomia da vontade. Esta, em que pese ser considerada um dos próprios pilares do Direito civilista, precisa ser revestida de uma característica delimitadora. Se assim não o fosse, a liberdade contratual poderia adentrar prejudicialmente ao campo da equidade. Ora, com base na autonomia da vontade, se esta fosse completamente irrestrita, poderíamos contratar não só a completa gama de ilegalidades previstas no âmbito do Direito, mas, do mesmo modo, poderíamos contratar toda e qualquer situação de amoralidade.

Ressalte-se, contudo, que o conceito de boa-fé possui duas facetas distintas: uma objetiva e outra subjetiva. O objeto do presente estudo volta-se para a análise do caráter objetivo da boa-fé, de modo que este pode ser definido como uma expectativa que as partes se comportem nos parâmetros de razoabilidade que é exigido pela comunidade. Neste sentido, Farias e Rosenvald (2017, p. 175) conceituam tal instituto como uma "confiança adjetivada", uma crença efetiva

no comportamento alheio “de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte”.

Assim, diante de tal finalidade, tem-se que boa-fé objetiva deve ser considerada através de três funções características, notadamente uma interpretativa, outra integrativa e também uma de controle específico. Neste sentido:

> A profícua sistematização da boa-fé requer a sua divisão em três setores operativos aptos a expor a sua multifuncionalidade: (a) função interpretativa; (b) função integrativa;(c) função de controle. No Código Civil, a boa-fé na esfera dos negócios jurídicos poderá ser vislumbrada em cada uma das referidas acepções. De qualquer jeito, temos em mira que, em qualquer das três funções concedidas à boa-fé, residirá um confronto entre a atividade judicial de aplicação do princípio e o direito positivado na norma. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 181)

As três facetas da boa-fé objetiva do Direito Civil devem ser analisadas de forma sistêmica. Seguindo toda a evolução da própria Teoria do Direito, a função interpretativa, inicialmente, restringe um suposto poder de interpretação amplo e irrestrito das condições negociadas entre as partes. De acordo com referido princípio, haja vista a possibilidade de indeterminação de uma eventual clausula contratual, dentre as possíveis interpretações cabíveis de acordo com o ordenamento jurídico, deve ser adotada aquela que guarda maior consonância com o princípio da boa-fé objetiva. Este é o amplo entendimento doutrinário, como, por exemplo:

> No plano hermenêutico da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento ao ordenamento jurídico, o art. 113 do Código Civil dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. O magistrado não apelará a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente à s convenções sociais ao analisar a relação obrigacional que lhe é submetida. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 181)

De tal modo, observa-se que a primeira das funções conceituais da boa-fé diz respeito à alguns deveres que se impõem às partes, independente da sua vontade declarada. Estes deveres, inerentes aos negócios celebrados sob a tutela da ordem civil brasileira, acabam por ampliar o conteúdo que foi contratado pelas partes. Estes deveres são os chamados “deveres de conduta”, que objetivam, para qualquer das partes contratantes, a imposição do fiel cumprimento do contrato, traçado com base em uma ética pré-determinada pela ordem jurídica.

Tem-se que a função integrativa da boa-fé objetiva seja uma das características mais relevantes de tal princípio. Neste atributo, guarda-se toda a ideia de cooperação entre as partes contratantes, buscando-se, de tal modo, ultrapassar a ideia que os polos contratuais são *corners* em um ringue de boxe. O *affectio contractus*, ou a intenção de contratar, deve ser tida como uma declaração de parceria entre as partes contratuais, pois, se um contrato foi celebrado é porque houve um alinhamento de intenção entre as partes e este alinhamento deve ser preservado como demonstração de pacificidade. Vejamos:

> Adiante, como estabelecido no art. 422, as partes devem guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, o princípio da boa-fé. Aqui prosperam os deveres de proteção e cooperação com os interesses da outra parte - deveres anexos ou laterais -, o que propicia a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte, estendendo-se às fases pré e pós-contratual. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 181)

A função integrativa da boa-fé objetiva pode ser bem compreendida com um exemplo o adimplemento substancial do contrato. Imaginemos que certa empresa adquire, através de um contrato, certo tempo de televisionamento para a veiculação de sua propaganda. O contrato tem como condição, por parte da emissora de televisão, que a publicidade da empresa seja veiculada por dez vezes ao dia, sem determinar especificamente quais os horários e em qual situação seria veiculada a propaganda. A emissora, haja vista a omissão, veicula o vídeo promocional da empresa durante a madrugada, por dez vezes em sequência.

O exemplo supra demonstra claramente como as situações fáticas vivenciadas através de um acordo, que eventualmente poderá ser omisso, deverá ter sempre a boa-fé objetiva como o principio norteador da execução de suas lacunas. A boa-fé, como já afirmado, deverá prover uma resposta que guarde consonância com um padrão ético social, deverá ter como premissa o que seria considerado "natural" por toda a comunidade, sem intencionalmente favorecer qualquer das partes envolvidas no negocio contratado. No caso-exemplo, por óbvio a emissora de televisão não preservou a boa-fé ao executar o contrato, executando a lacuna contratual como lhe bem aprouvesse.

Por fim, temos a função limitadora da boa-fé objetiva. Como já afirmado, por mais que a autonomia da vontade seja pilar do Direito civilista, a doutrina já superou em muito a ausência de limitação deste instituto. Analogicamente, a função interpretativa da boa-fé objetiva pode ser tida como um subsistema do sistema ordenamento jurídico, de modo que qualquer situação fática que envolva pactos negociais deverá obrigatoriamente ressoar nestes dos filtros. A boa-

fé surge como guia para solucionar qualquer imprecisão ou lacuna na vontade declarada das partes contratantes. Assim,

> Relativamente à chamada "função de limite" ao exercício de direitos subjetivos, declara o art. 187 do novo Código Civil que comete ato ilícito quem, ao exercer o seu direito, exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé. O princípio atua como máxima de conduta ético-jurídica. O problema aqui posto é o do abuso do direito. O juiz poderá decidir além da lei, observando os limites sociais dos direitos subjetivos privados em contraposição ao problema intersubjetivo dos limites da pretensão perante o sujeito passivo desta. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 181)

Sintetiza-se, assim, que a boa-fé objetiva surge como um norte magnético para solucionar as variações morais entre a intenção, a declaração e o comportamento dos contratantes. As partes devem guardar o mínimo de moralidade em suas intenções (função integrativa), devem ter as lacunas de suas intenções e declarações sanadas e também limitadas de acordo com a moral social (função interpretativa e função limitadora). Considerando tais institutos, passamos a analisar sua aplicação ao caso concreto objeto deste estudo, notadamente o contrato de franquia.

3. OBRIGATORIEDADE DOS ANEXOS AO CONTRATO DE FRANQUIA ALTERADOS SUPERVENIENTEMENTE DE FORMA UNILATERAL

O questionamento proposto no presente estudo é simples. Imaginemos que certo contrato de franquia prevê, em uma de suas cláusulas, que é parte integrante de tal instrumento todos os manuais relativos à operação da franquia, sendo o cumprimento pelo Franqueador destes manuais estritamente exigíveis para a operação do negócio. Supomos, ainda, que tal cláusula seja complementada por outras que preveem que a Franqueadora poderá revisar ou alterar o conteúdo dos manuais a qualquer momento ou, ainda, criar novos manuais, de forma que a exigibilidade destes por parte do Franqueado será imediata. Seriam tais modificações ou novos manuais realmente exigíveis?

Pra compreender amplamente as fundamentações para o questionamento suscitado precisamos ter como certo, sempre, as características peculiares do modelo de contratação de *franchising*. Como já demonstrado na primeira parte deste estudo, a franquia empresarial tem como seu objetivo a cessão de uso de marca e a transferência de conhecimento técnico em operação e gestão do negócio. De tal modo, tendo como fundamento principalmente o

compartilhamento de uma marca e consequentemente de produtos ou serviços característicos, esta relação acaba por se perfazer como um sistema que deve funcionar em harmonia.

Em suma, o produto de uma marca deve ser o mesmo em qualquer unidade da rede franqueada. Principalmente em sistemas de franquia alimentícia ~~que contam com produção~~, ao cliente deve ser garantido que, a título de exemplo, um sanduíche comprado em uma unidade na cidade de São Paulo tenha o mesmo tamanho, sabor e preço que o mesmo sanduiche, da mesma rede, comprado em Fortaleza. Teoricamente é simples atingir este nível de padronização através de um procedimento padrão a ser seguido por todas as unidades que irão produzir aquele determinado produto.

O grande paradoxo reside no fato que vivemos em uma era de plena evolução. Seja por meio de novas tecnologias empregadas à sua atividade ou até mesmo nas técnicas de gestão, as empresas tornaram-se orgânicas. O que hoje é procedimento padrão para determinado fim~~,~~ amanhã pode se tornar completamente obsoleto através de instrumentos mais tecnológicos ou técnicas mais eficientes. Sem a menor sombra de dúvidas, esta evolução pode ser de muito proveito para qualquer atividade empresarial. No caso das franquias, o grande desafio é coordenar essa evolução, fazendo com que toda a rede franqueada cresça como um conjunto coeso, transpassando um suposto engessamento contratual.

3.1. Condições Puramente Potestativas nos Contratos de Franquia

Seguramente, o maior entrava ao exemplo proposto anteriormente é a previsão constante no artigo 122 do Código Civil de 10 de janeiro de 2002[4]. A aludida previsão legal afirma expressamente que são ilícitas as condições que se sujeitam ao puro arbítrio de uma das partes. Doutrinariamente, tais condições são tidas como puramente potestativas. Em uma análise rasa, certamente a previsão contratual que permita a alteração superveniente e unilateral de um anexo contratual que é obrigatório poderia ser caracterizada como uma condição puramente potestativa. No caso dos contratos de franquia esta lógica precisa ser refinada.

A doutrina nacional é completamente uníssona ao condenar as cláusulas puramente potestativas. Não poderia ser diferente, uma vez a previsão expressa da regra supracitada. Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 120), por exemplo, ressalta a ilicitude das cláusulas em tela "por sujeitarem todo o efeito do ato 'a puro arbítrio de uma das partes', sem a influência de

[4] Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

qualquer fator externo". Silvio Rodrigues (2002, p. 245), evidencia serem as condições puramente potestativas aquelas onde "a eficácia do negócio fica ao inteiro arbítrio de uma das partes sem a interferência de qualquer fator externo; é a cláusula 'si voluero', ou seja, se me aprouver".

Como já afirmado, a premissa básica do contrato de franquia é criar um sistema bidirecional, com vantagens finais para ambas as partes da relação: franqueador e franqueado. Não se pode esquecer, do mesmo modo, que, por ser um sistema, este deve ser coeso. E, por fim, tem-se como premissa fundamental que a evolução e aprimoramento da técnica empresarial é basilar para a saúde e perpetuação do empreendimento. Neste sentido, no modelo específico de *franchising*, tem-se que o franqueador é o responsável por ditar os rumos do sistema neste caminho evolutivo deste sistema bilateral.

Seria completamente surreal, na prática, permitir que o franqueado – ou os inúmeros franqueados, no caso de redes nacionais e internacionais – pudessem determinar, em igualdade com o franqueador, as condições de evolução de todo o sistema. Esta impossibilidade é facilmente verificada. Fundamenta-se, primeiramente, no fato do franqueador ser o criador e detentor da marca e do conceito por trás negocio, ou seja, pelo menos em tese, ele estaria em maior sintonia com os propósitos da empresa e com os interesses do seu público. Outro fundamento relevante é o que o contrato de franquia gera uma relação pontual dentro de um sistema e não uma sociedade entre franqueador e franqueado nos propósitos da rede.

Considerando o exposto, tem-se que, nos contratos de franquia, a interpretação do artigo 122 do Código Civil deve ser realizado à luz da boa-fé objetiva contratual em sentido amplo. O livre arbítrio, mencionado no comando normativo, deve ser interpretado como uma condição que garante a uma das partes uma decisão vinculativa sem a necessidade de fundamentação ou até propósito. Ou seja, na clássica puramente potestativa "darei cem reais se eu quiser", tem-se que a sua "potestatividade" é totalmente minimizada quando os motivos do querer do agente são consonantes com a boa-fé objetiva que envolvem o negócio celebrado.

Na prática, inúmeros exemplos demonstram esta situação no mundo do *franchising*. Certa rede de sorvetes, por exemplo, conta com *self-service* de produtos adicionais para que o cliente complemente o seu pedido. São os chamados *mixes*, como castanhas, chocolate, caldas em geral, etc. A referida rede de franquia sempre utilizou o sistema de *buffet* em linha, onde todos os mixes ficam disponíveis em pequenos compartimentos para que o cliente se sirva em um balcão. Todavia, um modelo de *dispenser* foi desenvolvido. São diversos pequenos

compartimentos instalados em um nível superior, acionados por alavanca, liberando os mixes por gravidade.

Os *dispensers* contam com duas vantagens em face ao sistema de *buffet* em linha. A primeira delas é subjetiva e relativa a marketing, os mixes ficam completamente expostos ao cliente, tornando-os mais atrativos. A outra vantagem é de produção. Por ser um sistema de alavanca que dispensa os *mixes* por gravidade, naturalmente o cliente acaba por se servir com uma quantidade maior do que seria servido no sistema de *buffet* em linha. Alguns estudos internos, realizados por empresas que contam com este sistema de *dispensers* demonstraram um aumento natural na venda dos *mixes*.

A rede ora em tela optou, então, por passar a utilizar em todas as suas lojas o modelo de *dispensers*. Objetivando a uniformidade entre todas as unidades da rede, os manuais foram alterados para que as lojas, inclusive as franqueadas, passassem a utilizar os novos sistemas. Poderia o Franqueador desta rede, consubstanciado em um principio de homogeneidade inerente ao modelo de negócio da franquia empresarial, realizar uma alteração nos seus manuais e impor que os Franqueados que adotem o mesmo sistema de *dispensers*? Esta obrigatoriedade, seria fundamentada de acordo com o contrato de franquia?

Ora, analisando o caso tão-somente no enfoque da mudança de *buffet* em linha para *dispensers*, tem-se, por razões evidentes, que se trata do exercício do livre arbítrio do franqueador. No entanto, há de ser ressaltado que a opção do franqueador em executar tal mudança guarda o seu fundamento finalístico no próprio objeto do contrato de franquia. Esta associação, entre ato e a finalidade da atividade demonstra de forma clara e evidente a boa-fé do franqueador. Tem-se, de tal modo, que, no caso dos contratos de franquia, a alteração superveniente de obrigações acessórias pode não guardar, a depender do caso concreto, uma condição puramente potestativa.

3.2. Cooperação como Instrumento de Execução do acordo de *franchising*

Como bem asseveram Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 177), “o direito privado possui dois alicerces: a autonomia privada e a confiança”. O primeiro destes pilares traz em seu propósito a liberdade de condução dos seus próprios interesses, enquanto a confiança, por sua vez, pugna pela conservação de uma crença reciproca, de uma “dimensão solidária do Direito”. Justamente da confiança surge a força que transforma o contrato em uma relação que tem proposito uníssono a cooperação e o respeito ao próximo. Esta ideia guarda plena relação com a função integrativa da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

Partindo da ideia que um contrato não é celebrado por inimigos, mas sim por pessoas com interesses convergentes, que, justamente por terem um alinhamento de intenção celebraram tal contrato, temos que o contrato de franquia, pelo seu próprio objeto, eleva este conceito ao seu máximo. Nossa premissa neste estudo foi a que a relação de franquia é uma relação sistêmica, que possui *inputs* e *outputs* recíprocos. Enquanto o franqueador cede sua marca – e consequentemente sua credibilidade com o mercado – e também o *know-how* do seu negócio, o franqueado investe em uma nova unidade com a obrigação de manter a qualidade original da marca e também cede parte do retorno financeiro ao franqueador.

Percebe-se, de tal modo, que não se trata de uma mera relação pontual, mas sim altamente simbiótica entre o franqueador e o franqueado, devendo existir completa cooperação durante a execução do contrato de franquia. Para esta estrita relação, imaginemos que determinado franqueado se torne inadimplente em face ao franqueador por decorrência do não pagamento dos insumos adquiridos – os quais, por determinação contratual, somente podem ser adquiridos do franqueador. Com o passar do tempo, a situação do franqueado em face do franqueador permanece inerte, mas, haja vista a suspensão do fornecimento, o estoque da unidade franqueada resta completamente nulo. Sem insumos para sua produção, a unidade, apesar de aberta ao público, não possui produtos para oferecer ao seu público.

A situação exposta, supra, exemplifica bem a relação simbiótica que existe entre o franqueador e suas unidades franqueadas. Considerando que a inadimplemento do franqueado seja totalmente lícita, apesar do franqueador possuir pelo direito de extinguir o contrato e demandar o fechamento imediato da unidade, tal ato poderá causar um impacto reverso na credibilidade da marca ante ao mercado. Existe um conceito altamente subjetivo para o público consumidor que infere a lógica de que quando uma determinada unidade encerra suas atividades, por mais que seja uma única unidade em uma rede de inúmeras, transparece o enfraquecimento da marca, podendo refletir em outras unidades.

CONCLUSÃO

Demonstrou-se no presente artigo que o método de *franchising* consiste em uma metodologia sistemática de expansão de negócios, onde o franqueador cede ao franqueado a sua marca – e consequentemente sua credibilidade com o mercado, bem como *know-how* para a operação da atividade. Em contraprestação, o franqueado compromete-se a guardar unidade com todo o sistema, bem como remunera o franqueador com uma parcela do faturamento. A

doutrina jurídica nacional tem tal conceito como uníssono, não verificando-se qualquer divergência entre as fontes consultadas.

O conceito apresentado guarda conformidade ainda com o conceito utilizado no âmbito do mercado norte americano, para onde a franquia empresarial tem uma conotação mais ampla, porém altamente técnica e pontual. Em qualquer dos casos, no entanto, a franquia empresarial guarda uma correlação com o conceito de sistema, notando a necessidade de uma grande simbiose entre o franqueado e o franqueador. Não se trata de mera relação pontual, mas um negócio de trato continuo e – até certo ponto – de dependência bilateral.

Verificou-se que a boa-fé é uma ferramenta conjugada à autonomia da vontade, de modo que apresenta três funções basilares: uma integrativa, uma interpretativa e uma limitadora. No primeiro caso, a boa-fé age como sustentáculo da cooperação entre as partes, no sentido que os contratantes devem guardar uma moralidade média na sua relação com a outra parte. A função interpretativa guarda nesta mesma moral o norte para guiar a solução de lacunas interpretativas no âmbito da relação contratual. O caráter limitador, por fim, delimita o campo de abrangência da autonomia da vontade, traçando na moral comum o limite para o exercício da autonomia.

O estudo termina por tratar especificamente a obrigatoriedade dos anexos ao contrato de franquia alterados supervenientemente de forma unilateral. O tema é abordado sob dois aspectos: a proibição das condições meramente potestativas, assim como à luz da cooperação como um instrumento de relação contratual.

Verificou-se que, nos exatos termos do artigo 122 do Código Civil, são vedadas as condições que se sujeitam ao puro arbítrio de uma das partes. Referidas condições, que são doutrinariamente denominadas como puramente potestativas, acabam por conceder a uma das partes toda a possibilidade discricionária do contrato. A alteração superveniente dos anexos contratuais obrigatórios de forma unilateral, ao menos que com uma análise superficial, pode guardar uma característica de potestatividade. Todavia, ao analisar o contrato de franquia em tal situação, este entendimento merece refino.

Conforme o caso prático apresentada no escopo do presente artigo, nos casos onde a liberdade de decisão do franqueador guarde plena sintonia não só com a boa-fé objetiva em sentido amplo, mas, do mesmo modo, tenha amparo em uma necessidade de evolução do sistema de franquias como um todo, principalmente buscando manter a unidade da marca, tais condições não podem ser consideradas como puramente potestativas. Não pode um franqueado

crer que, ao receber a concessão de uso, terá liberdade em tal aspecto, uma vez que, ao aceitar tal concessão, deverá já prever que estará suscetível à batuta do franqueador.

Demonstra-se o problema ora em debate, igualmente, sob o aspecto da cooperação. Não restam dúvidas, como amplamente demonstrado, que a relação contratual não é formada por partes em polos opostos, mas há, na realidade, uma convergência de intenções para um fim em comum, de modo que os contratantes não devem nunca serem confundidos com litigantes. Assim, especificamente nos contratos de franquia, tal característica se ressalta, uma vez que deve haver uma estrita cooperação entre partes, fundamentando-se precipuamente no caráter integrador da boa-fé objetiva.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Nelson. Da Franquia Comercial – "Franchising". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil** – Contratos. Salvador: JusPodium, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil** – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005

GRECO, Rodrigo Azevedo. **Direito e Entropia** (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.