



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

VICTOR ROCHA COSTA

**TERRA DI MEZZO: UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DOS
CONTRATOS DE FRANQUIA À LUZ DA DOCTRINA ITALIANA DO IL TERZO
CONTRATTO**

**JOÃO PESSOA
2022**

VICTOR ROCHA COSTA

**TERRA DI MEZZO: UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DOS
CONTRATOS DE FRANQUIA À LUZ DA DOUTRINA ITALIANA DO IL TERZO
CONTRATTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ms. Caroline Sátiro de Holanda

JOÃO PESSOA
2022

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C838t Costa, Victor Rocha.

Terra de mezzo: uma análise da natureza jurídica dos contratos de franquia à luz da doutrina italiana do il terzo contratto / Victor Rocha Costa. - João Pessoa, 2022.

51 f.

Orientação: Caroline Sátiro de Holanda.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Contrato de franquia. 2. Terceiro contrato. 3. Vulnerabilidade. I. Holanda, Caroline Sátiro de. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

VICTOR ROCHA COSTA

**TERRA DI MEZZO: UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DOS
CONTRATOS DE FRANQUIA À LUZ DA DOCTRINA ITALIANA DO IL TERZO
CONTRATTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ms. Caroline Sátiro de Holanda

DATA DA APROVAÇÃO: 14 DE JUNHO DE 2022.

BANCA EXAMINADORA:

**Prof.^a Ms. CAROLINE SÁTIRO DE HOLANDA
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dra. ALESSANDRA MACEDO ASFORA
(AVALIADORA)**

**Prof. Dra. MARÍLIA MARQUES RÊGO VILHENA
(AVALIADORA)**

Para Dona Nita e Zé Leão.

AGRADECIMENTOS

Minha graduação sempre foi sonhada conjuntamente, de modo que eu não poderia deixar de agradecer àqueles que de alguma forma contribuíram para fazer dela uma realidade.

Agradeço à minha mãe, Gilda, por representar em minha vida a mais pura expressão de amor, por ser esse exemplo de mãe zelosa e combativa em tempo integral, mas, principalmente, por ter me ensinado como a educação pode ser libertadora. Sem você eu não chegaria a lugar nenhum, porque me faltariam motivos para chegar a algum lugar.

Agradeço ao meu pai, Mauro, pela certeza de que posso encontrar em ti um porto-seguro, um braço forte, o apoio tão necessário para enfrentar as dificuldades da vida; e por ser uma referência de caráter, honestidade, proatividade e firmeza, valores tão caros à profissão que escolhi seguir.

Agradeço à minha madrinha e tia, Ailla, por ter me incentivado desde cedo a estudar e por não ter poupado esforços para que isso fosse possível, a começar pela orientação na escolha do curso e, depois, estando sempre de prontidão para me ajudar a trilhar os melhores caminhos.

Agradeço ao meu padrasto, Silvano, que em tantos momentos foi um segundo pai; e à minha madrasta, Poliana, pelo carinho, atenção e cuidado sempre demonstrados.

Agradeço à minha irmã Lívia, que me inspira o mais genuíno dever de proteção; à minha irmã Mariana, que mesmo de longe, sempre foi motivo de alegria; ao meu irmão Lucca, por recarregar-me de energia nos dias ruins; e ao meu irmão Lorrان, por me ensinar a não desistir.

Agradeço a Franklin, que de amigo improvável se tornou um irmão, cuja ausência do mesmo sangue é apenas um detalhe diante da relação de irmandade que construímos. A você, meu amigo, sou grato não somente por poder dividir as dificuldades de hoje, mas também por saber que colheremos juntos os louros de amanhã.

Agradeço aos meus avós, Beto e Nice, que sempre me deram amor incondicional sem pedir nada em troca e que, provavelmente, são as pessoas que mais se alegram a cada uma das minhas vitórias, por mais singelas que sejam.

Agradeço ao meu padrinho, Paulo Henrique, pelo incentivo à leitura e por ser um exemplo de retidão e devoção à pesquisa.

Agradeço a Rogério, por me mostrar como o Direito deve oferecer, acima de tudo, soluções que sejam verdadeiramente pragmáticas.

Agradeço às minhas 3 famílias, Rocha, Costa e Saraiva, que por serem muitos não citarei nominalmente, mas que sabem da importância que cada um possui em minha trajetória.

Agradeço aos meus amigos, Lauro, Nathan, Luana, Raica, Ana Júlia, Débora, Ícaro e Dayane, por serem sempre ótimos motivos para voltar à Rubim e por compreenderem as minhas ausências quando necessárias, sem as quais este trabalho não seria possível.

Agradeço aos fiéis amigos, Toscano, Caio, Brunão, Lucão, Juninho, Luna e João pelas boas risadas, pelos inúmeros trabalhos apresentados em conjunto, pelas palavras de apoio e por todos os demais momentos inesquecíveis que vivemos juntos nestes últimos 5 anos de graduação.

Agradeço aos meus amigos pernambucanos, Glória e Neudo, por me oferecerem o suporte das suas famílias enquanto as minhas estavam geograficamente tão distantes, e por serem sempre tão carinhosos.

Agradeço aos meus eternos professores da Escola Estadual Cardeal Leme e do Instituto Federal do Norte de Minas Gerais – Campus Almenara, por me impulsionarem rumo à trajetória acadêmica trilhada até aqui. Sem a pretensão de citar todos, gostaria apenas de mencionar os professores Edimilson Barbosa, Luiz Henrique, Igor Oliveira, Tânia Mares, Paulo Sérgio, Thiago Machado e Stefania Santiago, cujas lembranças se encontram mais vívidas neste momento.

Agradeço a todos os professores do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, pelos impagáveis ensinamentos que generosamente me foram ofertados. Agradeço, ainda, aos profissionais do corpo técnico-administrativo e aos terceirizados da limpeza, cada um de vocês também foi fundamental em tornar a graduação um sonho real.

Agradeço à Candeeiro, por ter me permitido antecipar a prática profissional ainda na graduação e por me dar o meio fértil para desenvolver as habilidades de empreendedorismo e gestão de negócios. Sou grato por ter a certeza de que minha contribuição com o projeto foi ínfima quando comparada à revolução que ser empresário júnior provocou em mim e que, certamente, se manifesta em cada palavra aqui escrita.

Agradeço à professora Carol, por ter sido uma orientadora tão perspicaz e presente ao longo do processo de escrita e por, ainda no quinto período da graduação, ter me apresentado pela primeira vez a doutrina do “*il terzo contratto*”, durante o curso da disciplina de Direito Civil III. Nascia ali a fagulha do questionamento que viria ser o principal fio condutor desta obra.

Agradeço às minhas avaliadoras, professoras Marília Vilhena e Alessandra Asfora, as quais trouxeram valiosos apontamentos para a pesquisa.

Agradeço a todo o time do CMRD Advogados, especialmente aos sócios Caio, Hector, Bruno e Juliana, que certamente foram responsáveis por injetar o ânimo final no processo de elaboração do TCC e por serem verdadeiras referências a serem seguidas no exercício da advocacia.

Agradeço a todos os profissionais brilhantes que tive o contato de ladear enquanto estagiário no Paulo Maia – Advocacia, no Ministério Público do Trabalho e no Carlos Henrique Cruz – Advocacia, por meio dos quais obtive a maturidade suficiente para que pudesse escrever e, sobretudo, defender este trabalho.

Agradeço, por fim, à cidade de João Pessoa, por ter sido o melhor cenário possível para tantas histórias especiais, por cuidar de me apresentar pessoas acolhedoras e por me conceder o privilégio de chama-la de casa.

RESUMO

O sistema tradicional de classificação contratual costuma ser dividido em duas grandes categorias: os contratos de direito comum (primeiro contrato) e os contratos de consumo (segundo contrato). Pretensiosamente, esse modelo assume que tais categorias são suficientes para orientar adequadamente o tratamento jurídico de todas as relações contratuais existentes. O contrato de franquia, no entanto, rompe com essa lógica ao demonstrar que possui características que o afastam da referida classificação binária, sobretudo, em função do desequilíbrio contratual presente entre as partes. Se por um lado o franqueado não pode ser submetido ao contrato de consumo porque há razões para não ser considerado um consumidor; por outro, a vulnerabilidade econômica que esse sujeito suporta em relação ao franqueador também o descredibiliza para a norma geral, em que impera a autonomia da vontade. Nada obstante a isso, tanto a doutrina quanto os tribunais se esforçam para enquadrar artificialmente os contratos de franquia nessas categorias, sendo que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de que o franqueado não é considerado um consumidor. Surge daí uma alternativa: *il terzo contratto*. Cunhado pela doutrina italiana, o termo sugere uma terceira categoria de contratos, cujas peculiaridades não se adequam ao modelo binário, condição que se verifica não somente com os contratos de franquia, mas também com outros tipos de contratos, a exemplo dos contratos relacionais, bancários, de distribuição, entre outros. Levando isso em consideração, é possível estabelecer alguns critérios mínimos para a caracterização do *il terzo contratto*: 1) vulnerabilidade; 2) negociações assimétricas; e 3) subordinação de uma das partes à outra. Esses critérios caem como uma luva para a *franchising*, razão pela qual é necessário considerar que a verdadeira natureza jurídica do instituto reside no enquadramento a estes critérios. Tomando isso como parâmetro, é possível estabelecer, finalmente, que o mais adequado ao contrato de franquia seria uma nova reforma na Lei de Franquias (lei n.º 13.966/2019) para dispor de maneira pormenorizada sobre como a relação entre franqueado e franqueador será constituída após a assinatura do contrato, coisa que atualmente o diploma não faz.

Palavras-chave: Contrato de franquia. Terceiro contrato. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The traditional contractual classification system is usually divided into two major categories: regular civil contracts (first contract) and consumer contracts (second contract). Pretentiously, this model assumes that such categories are sufficient to properly guide the legal treatment of all existing contractual relations. The franchising contract, however, breaks with this logic when it demonstrates that it owns characteristics that separate it from the aforementioned binary classification, above all, due to the contractual imbalance present between the parties. If on the one hand the franchisee cannot be subject to the contract of consumption because there are reasons not to be considered a consumer; on the other hand, the economic vulnerability that this subject bears in relation to the franchisor also discredits him for the general rule, in which the autonomy of the will prevails. Notwithstanding this, both the doctrine and the courts strive to artificially fit the franchise contracts into these categories, and the Superior Tribunal de Justiça (STJ) has already ruled that the franchisee is not considered a consumer. An alternative arises: *il terzo contratto*. Coined by Italian doctrine, the term suggests a third category of contracts, whose peculiarities do not fit the binary model, a condition that is true not only with franchise contracts, but also with other kinds of contracts, such as relational contracts, banking contracts, distribution contracts, among others. Taking this into consideration, it is possible to establish some minimum criteria for the characterization of *il terzo contratto*: 1) vulnerability; 2) asymmetrical negotiations; and 3) subordination of one of the parties to the other. These criteria fits perfectly for franchising, which is why it is necessary to consider that the true legal nature of the institute lies in the framework to these criteria. Taking this as a parameter, it is possible to establish, finally, that the most appropriate thing for the franchising contract would be a new reform in the Franchising Law (Law No. 13.966/2019) to provide in detail about how the relationship between franchisee and franchisor will be constituted after the signing of the contract, something that currently the diploma does not do.

Key-words: Franchising contract. vulnerability. third contract.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA E TRATAMENTO JURÍDICO DADO PELA LEI N.º 13.966/2019	14
2.1 CONHECENDO O CONTRATO DE FRANQUIA OU <i>FRANCHISING</i>	14
2.2 DO REGIME JURÍDICO ESPECÍFICO: APONTAMENTOS SOBRE A LEI N.º 13.966/2019	18
2.3 DO DESEQUILÍBRIO DE FORÇAS PRESENTE NO CONTRATO DE FRANQUIA ..	20
3 DAS PRETENSAS SOLUÇÕES: COMO A DOCTRINA E OS TRIBUNAIS SE ESFORÇAM PARA ENQUADRAR O CONTRATO DE FRANQUIA NO SISTEMA CONTRATUAL BINÁRIO	27
3.1 DO SISTEMA DE CLASSIFICAÇÃO CONTRATUAL DUALISTA.	27
3.2 DA DISCUSSÃO SOBRE A NORMA SUPLETIVA A SER APLICADA AOS CONTRATOS DE FRANQUIA	29
3.3 O COMPORTAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO PROBLEMA	33
4 CONTRATO DE FRANQUIA ENQUANTO TERCEIRO CONTRATO	36
4.1 DOCTRINA DO IL TERZO CONTRATTO	36
4.2 DAS RAZÕES QUE DISTANCIAM O CONTRATO DE FRANQUIA DO PRIMEIRO E DO SEGUNDO CONTRATO	38
4.3 CRITÉRIOS APRIORÍSTICOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DOS TERCEIROS CONTRATOS	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Franquia é, sobretudo, um modelo de negócio. A doutrina costuma dedicar-se assiduamente a definir um conceito pormenorizado para essa atividade empresarial – o qual será apresentado, quando oportuno – mas o essencial para compreendê-la, inicialmente, é entender que esse modelo se organiza a partir da união de duas pessoas, que se submetem a um arranjo negocial específico e organizado, para o fornecimento de produtos ou serviços à população, tendo como objetivo a obtenção de lucro. Não coincidentemente, a franquia – ou *franchising* – é exercida pela figura de dois empresários, que assumem as alcunhas de franqueado e franqueador.

Existe, por um lado, aquele que já possui um modelo de negócios estabelecido e que quer se expandir no mercado por meio da criação de novas unidades do seu empreendimento, mas não quer ou não pode investir os valores necessários para isso (franqueador). Por outro, há também o empresário que pretende empreender em um determinado nicho de atividade econômica, dispondo do capital necessário a isso, mas prostrando-se relutante em ter que enfrentar do “zero” os desafios do mercado (franqueado). A partir dessas premissas, surge a franquia como uma forma de unir os interesses dos referidos sujeitos, que mutuamente encontram na outra parte a solução para o ônus que não estava disposto a se submeter.

Na prática, o franqueador cede ao franqueado o direito de replicar integralmente ou parcialmente o seu negócio, enquanto o franqueado se compromete a arcar com os custos daí decorrentes. Esse movimento, quando replicado em diversos franqueados e unidades, acaba formando uma rede de estabelecimentos sob a tutela do franqueador.

Sobre o contexto ao qual está inserida a figura da *franchising*, é digna de ser lembrada a Associação Brasileira de Franquias (ABF), que é constituída sob a forma de associação civil sem fins lucrativos e desenvolve um trabalho de assistência a esse sistema de negócios desde 1987¹. A instituição divulga periodicamente resultados trimestrais e anuais da rede, cujos números ajudam a entender a dimensão do sistema.

¹ Numa perspectiva global, também prestam um papel relevante ao ecossistema de *franchising* a International Franchise Association (IFA) e a World Franchise Council (WFC), entidade que reúne as principais associações de franquias do mundo, da qual, inclusive, a ABF é membra-fundadora. A nível regional, são notórias as atuações da Federação Ibero-Americana de franquias (FIAF) e da Federação Europeia de *Franchising*.

Neste tocante, o último estudo anual divulgado pela instituição em fevereiro de 2022, referente aos dados do ano anterior, revelou que o faturamento do setor em 2021 superou a casa dos 185 bilhões de reais, gerando mais de 1,4 milhões de empregos diretos².

Outro aspecto importante da *franchising* é o movimento de internacionalização. Na verdade, sabe-se que as características desse modelo de negócio mostram-se extremamente convenientes à expansão territorial, chegando a ser algo inerente à franquia enquanto “fenômeno”. É quase sempre mais sedutor tentar trazer para uma zona territorial ainda não explorada uma marca cujo renome já havia alcançado o local, mas a presença física ainda não. Além disso, muitos modelos de franquias concedem aos seus franqueados a exclusividade de atuação em um determinado território, o que força as novas unidades a se instalarem em áreas virgens.

Basta ver as diversas marcas estrangeiras com forte atuação no Brasil, como é o caso das gigantescas McDonald’s e Subway (3º e 7º maiores franquias em número de unidades no país em 2021, respectivamente). Aliás, também já é possível identificar o movimento inverso. De acordo com o relatório anual da ABF divulgado em 2021 e que leva em conta os dados de 2020³, 163 marcas de franquias brasileiras haviam expandido suas atividades para o exterior, número considerado um tanto expressivo para os padrões brasileiros.

É de se notar que os resultados acima são expressivos o suficiente para demonstrar a relevância do setor. Todavia, um olhar mais próximo para a relação contratual franqueado-franqueador tem suscitado alguns questionamentos sobre a que custo esses números vêm sendo alcançados.

A raiz do problema é o patente desequilíbrio contratual existente entre as partes. Isso porque não é segredo para ninguém que a figura do franqueador costuma ser imensamente mais forte, do ponto de vista econômico, do que o franqueado. Há de ser ponderado, no entanto, como bem destaca Roberto Garbi (2018, online), que o desequilíbrio em si não é um problema, porque faz parte do próprio modelo de negócios, mas ele se torna patológico no momento em que é utilizado para fulminar o livre exercício da autonomia da vontade de uma das partes.

² Segundo a ABF, o levantamento reuniu 223 marcas de um universo de 2.882 redes e foi auditado por empresa independente, destacando-se que “os números do desempenho do setor de franchising são apurados em pesquisa por amostragem, cruzados com levantamentos feitos por entidades representantes de setores correlatos ao sistema de franquias, órgãos de governo, instituições parceiras e de ensino”. Para outras informações, consultar o site: <https://www.abf.com.br/franchising-fatura-r-185-bilhoes-em-2021/>.

³ A pesquisa anual mais recente (2022) não avaliou o aspecto da internacionalização, por isso a referência ao estudo divulgado no ano anterior (2021), último em que tais informações foram analisadas pela ABF.

Basta notar que, em sua grande maioria, os contratos de franquia são firmados em um regime de adesividade, já que ao franqueado só resta aceitar um modelo de contrato previamente estabelecido pelo franqueador, cuja possibilidade de discussão acerca dos termos lhe é furtada. É por isso que cada vez mais vem sendo reconhecida – por parte da doutrina, ao menos – a vulnerabilidade do franqueado.

Nada obstante a isso, a realidade enfrentada pela *franchising* no Brasil lhe impõe o obstáculo de não ter um tratamento jurídico que discipline especificamente as nuances da vulnerabilidade econômica suportada pela parte fraca do contrato, já que a Lei de Franquias não se dedica a essa tarefa. A consequência para o impasse é ter que recorrer à legislação suplementar.

Antes, contudo, é preciso definir o que os contratos de franquia são para o Direito e somente depois disso estabelecer qual o regramento adequado. É como o médico que precisa fazer o diagnóstico adequado da doença antes de dizer qual o remédio que melhor combate a enfermidade.

Para aqueles que defendem a classificação dualista dos contratos, o diagnóstico nesse tipo de situação encontra apenas duas possibilidades: ou trata-se de um contrato de direito comum, regido pelo Código Civil; ou de um contrato de consumo, disciplinado pelo Código do Consumidor. Sendo essas as opções, o desafio é identificar se a *franchising* se enquadra a algum dos dois modelos.

A partir desse contexto, o problema de pesquisa consubstancia-se na seguinte pergunta-guia: a forma como o contrato de franquia é tradicionalmente classificado pela doutrina e jurisprudência majoritária tem conduzido ao tratamento jurídico mais adequado à natureza jurídica do instituto?

Acredita-se que para respondê-la será necessário identificar qual a verdadeira natureza jurídica do contrato de franquia e, conseqüentemente, indicar qual o tratamento mais adequado para a disciplina desse modelo de negócio.

Para tanto, o caminho a ser percorrido perpassa pela satisfação de alguns objetivos específicos, que se consubstanciam na execução das seguintes ações: 1) delimitar conceitualmente o contrato de franquia e apresentar as principais disposições da Lei n.º 13.966/2019; 2) identificar a forma como essa modalidade de contrato tem sido tratada pela doutrina e jurisprudência majoritárias, considerando a classificação dualista dos contratos em geral (primeiro e segundo contrato); 3) verificar quais são os motivos que afastam o contrato de franquia desse modelo binário, a partir da análise da natureza jurídica do instituto; e 4)

avaliar a pertinência de uma terceira classificação (terceiro contrato), buscando definir, se for o caso, critérios apriorísticos para identificação dessas relações contratuais.

Considerando o caráter teórico e doutrinário do tema, a metodologia de pesquisa adotada no trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica das obras que dialogam com os objetivos desta pesquisa. Buscou-se, por meio do mapeamento do estado da arte, identificar não somente como a melhor doutrina vem abordando a classificação do contrato de franquia, mas, sobretudo, verificar as lacunas deixadas pela maior parte da produção científica que se dedica a esse tema.

Sobretudo na parte final do trabalho, foram citadas e transcritas obras redigidas no idioma italiano, oportunidades em que este autor tratou de disponibilizar, em forma de nota de rodapé, as respectivas traduções livres dos textos, conforme se verifica doravante.

O capítulo inaugural deste trabalho dedica-se a apresentar de uma maneira holística a *franchising* (atividade empresarial), o contrato de franquia (instrumento) e as principais disposições legais contidas no regime jurídico especial (lei n.º 13.966/2019). Em seguida, discorre-se sobre o desequilíbrio de forças presente no contrato de franquia, evidenciando a vulnerabilidade do franqueado em relação ao franqueador.

No segundo capítulo, por sua vez, o trabalho inclina-se a avaliar se a vulnerabilidade do franqueado tem sido verdadeiramente considerada pela doutrina majoritária e pelos tribunais na hora de determinar qual a solução jurídica mais adequada para suplementar as lacunas da Lei de Franquias. Para isso, remete-se à divisão dualista dos contratos – que aparenta reger a forma como atualmente se lida com o tema – descrevendo o que se convencionou chamar de primeiro e segundo contrato. Logo em seguida, declara-se a inaplicabilidade de tal classificação ao contrato de franquia.

Daí em diante, o último capítulo dedica-se a oferecer uma alternativa ao mundo contratual, apresentando uma terceira categoria de contratos em que, simultaneamente, não há o exercício pleno da autonomia da vontade, tampouco a presunção de vulnerabilidade aos moldes consumeristas. Para tanto, apresenta-se a doutrina italiana do *il terzo contratto*, responsável por defender o rompimento com o modelo binário, usando dela para seguidamente apontar quais são os motivos que afastam o contrato de franquia dos primeiros e segundos contratos.

Ao fim, debate-se a fixação de critérios mínimos para a caracterização dessa categoria, buscando investigar se estar-se-ia diante de um grupo de contratos com identidade entre si ou cuja única semelhança é o fato de não se enquadrarem no modelo de classificação binária.

2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO CONTRATO DE FRANQUIA E TRATAMENTO JURÍDICO DADO PELA LEI N.º 13.966/2019

Conforme anunciado, o presente capítulo dedica-se, num primeiro momento, a introduzir a definição doutrinária e legal de contrato de franquia ou *franchising*, buscando caracterizá-lo para, com isso, identificar qual o tipo de relação interpessoal empírica esse instrumento contratual regula. Uma vez delimitado o objeto de estudo, analisa-se como o regime jurídico especial consubstanciado na Lei n.º 13.966/2019, nova Lei de Franquias, aborda e disciplina a realidade negocial que justifica a existência do mencionado tipo contratual.

Somente de posse da definição do que se trata o contrato de *franchising*, enquanto manifestação do mundo negocial e também enquanto instrumento formal, somada à avaliação do que o regime especial efetivamente dispõe sobre o tema, é que se pode almejar identificar a existência ou não de gargalos na forma como a legislação brasileira tem tratado essa temática. Para isso, toma-se como plano de fundo a vulnerabilidade do franqueador, objetivando, ao final deste capítulo, ter respondido às seguintes perguntas: estamos diante de qual problema e qual a sua dimensão?

2.1 CONHECENDO O CONTRATO DE FRANQUIA OU *FRANCHISING*

Em que pese a existência de alguns ensaios e modelos embrionários anteriores⁴, a figura da franquia como se conhece atualmente surge essencialmente nos Estados Unidos da América em meados do ano de 1860⁵, mediante a expansão da indústria de costura Siger Sewing Machine. De acordo com ALMEIDA (2014, p. 2353), a empresa resolveu criar uma rede de lojas por meio das quais comerciantes independentes comercializavam os produtos da marca em estabelecimentos custeados pelos próprios vendedores, mas que seguiam um padrão uniforme de arquitetura interior, devendo utilizar a logomarca da Siger. Em troca, os produtos a serem comercializados eram adquiridos pelo franqueado diretamente da indústria franqueadora.

⁴ Para mais informações, ver as lições de ALMEIDA (2014), disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02349_02447.pdf/; e de BARROSO (2002), no livro *Franchising e Direito*, referenciado ao final da presente obra.

⁵ Há certa divergência na doutrina quanto a data de surgimento do sistema de franquias da empresa Singer. Alguns doutrinadores, como CHERTO e col. (2006), indicam os anos de 1851 e 1852 para o início do sistema; outros, como é o caso de NEGRÃO (2017), relatam que isso somente teria ocorrido em 1892.

A origem das franquias no Brasil, por sua vez, também é alvo de desencontros entre boa parte dos doutrinadores. Por um lado, há quem defenda que a vanguarda desse modelo negocial teria sido protagonizada pela empresa de calçados Stella, a partir do ano de 1910 e sob a tutela do Sr. Arthur de Almeida Sampaio. Segundo Barroso (2002, p. 960), a marca teria se expandido através da seleção de representantes comerciais que investiam, eles próprios, na montagem da nova loja e na comercialização dos produtos. Em contrapartida, recebiam uma placa padronizada com a inscrição da marca a ser fixada no ambiente do estabelecimento. Os contratos produzidos nessa relação eram firmados oralmente, coisa que, hodiernamente, encontra vedação legal.

Lado outro, parcela dos estudiosos, conforme ressalta Sister (2020, p. 11-12), consideram que o surgimento do sistema de franchising no país somente teria ocorrido posteriormente, ao longo das décadas de 1960 e 1970, com a adoção do modelo de negócio por empresas de ramos variados. Destacam-se as educacionais Yázigi e CCAA; as redes de perfumaria “O Boticário” e “Água de Cheiro”; bem como as *fast-foods* “Gordon”, “Mister Pizza” e “McDonald’s”⁶.

Apesar do sistema de franquias modernamente conhecido ter se desenvolvido nos Estados Unidos, etimologicamente, o vocábulo inglês *franchising* tem origem no verbo francês *francher*, derivado do medieval *franc*, que estava ligado à concessão de um privilégio, abandono de servidão ou autorização para a prática de determinado ato, conforme indica Almeida (2014, p. 2351-2352). Segundo Venosa (2021, p. 750), esses termos evoluíram para que o mundo jurídico lhes atribuísse o sentido de conceder a alguém um determinado direito.

O estabelecimento de um conceito para o contrato de franquia, enquanto instituto jurídico, tem se mostrado uma tarefa árdua a ser transposta pela doutrina. Muito disso em função das várias transformações que o modelo de negócio sofreu e vem sofrendo desde sua origem. Talvez essa também seja a causa para a idêntica dificuldade em fixar uma data para o surgimento da *franchising*. Isso porque é difícil estabelecer com exatidão a partir de qual momento histórico estavam reunidos em uma determinada candidata à franquia os elementos suficientes para caracterizá-la, na medida em que a definição acerca de quais seriam esses elementos é fruto de uma evolução gradativa, esparsa e não linear do conceito de franchising.

Para além disso, outra dificuldade advém da abrangência de situações englobadas pelo sistema de franquias, daí porque é preciso condensar em único conceito muitas

⁶ Segundo (BARROSO, 2002), o McDonald’s não implantou de imediato o seu bem sucedido sistema de franquias, preferindo, em função das restrições legais e regulamentares existente à época, abrir apenas lojas próprias no Brasil. O sistema de gestão do negócio, no entanto, era o mesmo disponibilizado aos seus franqueados mundo afora, razão pela qual seu caso merece nota.

informações elementares para a definição do instituto, coisa que desafia a criatividade até mesmo dos doutrinadores hodiernos. Sobre isso, mostram-se relevantes os ensinamentos de Sílvio Venosa ao destacar parte das inúmeras negociações específicas compreendidas pela *franchising*, senão, vejamos:

[...] o contrato de franquia se apresenta como um complexo negocial muito amplo, possuindo em seu bojo clara aproximação e conteúdo de vários outros contratos típicos e atípicos, como compra e venda, locação, licenciamento de marcas, cessão de know-how, assistência técnica, mandato, comissão, prestação de serviços etc. (VENOSA, 2021, p. 751)

Dentre as muitas definições apresentadas pela doutrina, revela-se bastante lúcida a abordagem empregada por José Cretela Neto:

O contrato de natureza mercantil, firmado entre franqueador e franqueado, que tem por objeto a cessão temporária e onerosa de um conjunto de direitos materiais e intelectuais, de propriedade exclusiva do franqueador, para o franqueado, que se obriga à comercialização de produtos e/ou serviços, consoante um sistema próprio e único de rede de marketing e distribuição, estabelecido conforme as determinações e padrões do franqueador, remunerando-o, de forma única ou periódica, pela cessão dos referidos direitos e/ou pela transferência de know-how técnico, comercial e operacional, e também pela assistência técnica e mercadológica que prestará, pelo período do contrato (CRETELLA NETO, 2002, p. 41).

Definição mais abrangente, contudo, é a formulada por Ana Paula Redecker, na medida em que a autora adiciona ao conceito a ausência de subordinação entre franqueador e franqueado, ainda que este último deva se submeter ao controle de qualidade exercido por aquele em relação às atividades desempenhadas:

O conceito de franquia empresarial, sob nosso enfoque, pode ser assim formulado: é uma forma de colaboração comercial entre empreendedores independentes, regulada por um contrato, no qual uma parte — franqueador — concede a uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas — franqueados — o direito de utilizar da sua marca, produto, serviço e/ou tecnologia, para a venda de produtos ou prestação de serviços, sobre a base de um conceito previamente desenvolvido e consolidado no mercado, sem vínculo de subordinação, mediante determinada remuneração, ficando o franqueado obrigado a seguir as regras estabelecidas pelo franqueador com o fim de garantir uma prestação uniforme ao público e uma qualidade constante dos produtos e/ou serviços oferecidos (REDECKER, 2020, p.33).

Alguns estudiosos, como é o caso de Almeida (2014, p. 2365-2366), colocam a exclusividade territorial como um dos elementos componentes do contrato de franquia. Todavia, esta não nos parece a melhor opção. Isso porque, embora tenhamos de reconhecer que a *franchising* admite a exclusividade de atuação do franqueado em uma parcela de território (bairro, cidade, estado, país, etc.), não se trata de um elemento essencial ao contrato

de franquia. Por essa razão, a mencionada delimitação geográfica não merece menção no conceito, a não ser que se faça como Jorge Lobo (1996, p. 26), que a coloca apenas como uma possibilidade.

É exatamente esse o posicionamento assumido pela definição legal de franquia prevista no art. 1º da Lei n.º 13.966/2019, o qual se colaciona a seguir:

Art. 1º Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao **direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços** e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento (grifamos).

Havendo dúvida quanto a que tipo de exclusividade o dispositivo se referia, vale antecipar a menção ao art. 2º, XI, “a” da lei supra, que impõe ao franqueador o dever se informar ao então potencial franqueado se, uma vez firmado, o contrato irá ou não lhe garantir exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, neste caso, sob quais condições.

Uma das características proeminentes desse tipo de contrato é a adesão, cujas implicações ainda serão exaustivamente discutidas no presente trabalho. Segundo Almeida (2014, p. 2370), tal classificação é possível à medida que “cada franqueador costuma utilizar-se de uma forma padrão própria e inflexível [na elaboração do seu sistema particular de franquias], não se admitindo por parte do franqueado qualquer alteração ou adaptação de cláusulas”. O autor ainda acrescenta que, nesse tipo de situação, estão presentes a rigidez, predeterminação e uniformidade das condições impostas por uma das partes, razão pela qual se faz presente a adesividade do contrato.

À bem da verdade, classificar um tipo de contrato como sendo de adesão é dizer que normalmente ele é de adesão, não de forma absoluta. O conceito é essencialmente generalista. Não existe um tipo de contrato cujos termos aprioristicamente não possam ser debatidos pelas partes. Sob uma perspectiva abstrata, o conteúdo de todo contrato é potencialmente discutível, muito embora a prática possa eventualmente revelar uma impossibilidade de negociação irrestrita quanto ao conteúdo do instrumento contratual.

Veja bem, daí nascem os contratos de adesão, que são como são não porque assim teriam de ser, mas apenas porque, considerando as características do tipo de relação contratual

e, sobretudo, a incapacidade prática de negociação das partes, os usos e costumes daquela determinada modalidade de contrato vão no sentido da adesividade.

É por isso que VENOSA (2021, p. 751) não precisaria ter tido a cautela de utilizar o termo “geralmente” ao classificar a franchising como um contrato que é “geralmente de adesão”, porque, sempre que assim classificamos um contrato, já estamos falando da forma como ele costuma se manifestar. Por isso, o emprego do mencionado termo é redundante. Não obstante, o autor tem razão ao atentar-se para o fato de que em alguns casos – ainda que poucos – os contratos de franquia se manifestam de forma paritária, como pode acontecer com franqueadoras ainda não consolidadas.

Na mesma esteira, também não erram aqueles que atribuem sem titubear essa classificação aos contratos de franquia, já que em regra eles são mesmo firmados sem que o franqueado tenha margem para discutir com o franqueador as cláusulas do instrumento contratual. Dada a recorrência desse tipo de situação, a classificação é perfeitamente cabível, porquanto o próprio conceito de adesão requer apenas que essa seja a condição costumeiramente experimentada.

Além disso, em apertada síntese, a doutrina também caracteriza o contrato de franchising como bilateral/sinalagmático, oneroso, comutativo, consensual, solene, *intuito personae*, de trato sucessivo ou duração continuada⁷.

2.2 DO REGIME JURÍDICO ESPECÍFICO: APONTAMENTOS SOBRE A LEI N.º 13.966/2019

Além do conceito legal de franquia articulado no tópico anterior, a Lei n.º 13.966/2019 tratou de trazer algumas novidades para o sistema, mas sem promover grandes alterações na forma como o legislador já tratava o instituto na agora revogada Lei n.º 8.965/1994. Nesse sentido, Sister (2020, p.46) assiste-se de razão ao dizer que a nova lei de franquia é mais uma atualização do que uma revolução propriamente, acrescentando que a norma “aproveitou a oportunidade legislativa para aprimorar conceitos, aclarar dispositivos legais e introduzir inovações com o intuito de pacificar questões controvertidas”.

Na perspectiva da temática compreendida no presente trabalho, talvez a principal introdução inserida tenha sido a menção expressa à inexistência de relação de consumo entre franqueado e franqueador (art. 1º da Lei 13.966/2019), cuja discussão acerca da pertinência de tal disposição ainda será debatida no capítulo oportuno.

⁷ Para mais informações, consultar Almeida (2014), Barroso (2002) e Redecker (2002).

Noutro giro, em se tratando da possibilidade de responsabilização por questão consumerista, destaca-se que, segundo o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, tanto o franqueado quanto o franqueador podem ser responsabilizados por eventuais problemas suportados pelo consumidor final. Logo, “prejuízos causados na relação de consumo podem colocar no polo passivo tanto o franqueado como o franqueador, não importando a amplitude e a natureza da relação interna entre eles” (VENOSA, 2021, p. 755).

Quanto à responsabilização trabalhista, o legislador concedeu ao franqueador o benefício de não ser responsabilizado pelo inadimplemento de obrigações do franqueado perante seus funcionários. Apesar disso, não é raro notar nos tribunais do trabalho a ampliação da responsabilidade para atingir também o franqueador, sob a justificativa de oferecer maior proteção aos obreiros. É esse, inclusive, o entendimento exarado pelo TST quando da edição do inciso IV da súmula 331:

Súmula 331

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, **implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços** quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.(grifamos)

Ainda sobre esse tipo de responsabilização, cumpre destacar que o sobredito artigo 1º também tratou de afastar o vínculo trabalhista entre franqueado e franqueador, exceto quando presentes todas as características típicas de uma relação de emprego, quais sejam, continuidade, exclusividade, pessoalidade, remuneração e subordinação.

Ademais, não há dúvidas quanto ao fato de que o principal conteúdo contemplado pela lei supra diz respeito às disposições sobre o Circular de Oferta de Franquia, que é um documento por meio do qual o franqueador é obrigado a fornecer ao futuro franqueado uma gama de informações acerca do empreendimento. Trata-se, assim, de clara manifestação do princípio chamado de *disclosure*, que, de acordo com Barroso (2002, p.49), tem origem francesa no termo *déclare* e significa abrir, divulgar, tornar público. Almeida (2014, p. 2405) destaca que esse princípio “visa a uma transparência no mercado, possibilitando ao investidor ter informações essenciais sobre as empresas nas quais pretende investir. Trata-se da revelação sincera e total dos dados empresariais no mercado de capitais e no de franquias empresariais”.

Segundo o art. 4º da Lei nº 13.966/2019, a omissão ou o emprego de informações inverídicas no documento enseja a anulação do contrato e ainda submete o franqueador ao

dever de arcar com indenização por eventuais pagamentos realizados em razão da filiação ou de royalties, sem prejuízo das sanções penais decorrentes da fraude.

O Circular de Franquia possui 23 especificações de conteúdo que devem necessariamente estar contempladas no documento, atentando-se não somente para a veracidade como também para a clareza do ali disposto. Dentre as informações requisitadas pelo art. 2 da Lei n.º 13.966/2019, ressaltam-se os seguintes itens: histórico resumido do negócio; balanços e demonstrações financeiras; perfil do franqueado ideal; requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio; valores a serem despendidos pelo franqueado; relação completa de todos os franqueados, subfranqueados ou subfranqueadores da rede e, também, dos que se desligaram nos últimos 24 meses; entre outros dados.

2.3 DO DESEQUILÍBRIO DE FORÇAS PRESENTE NO CONTRATO DE FRANQUIA

No âmago de todo contrato há sempre uma razão de existir que encontra fundamento no plano fático e que, na esmagadora maioria das vezes, é anterior a própria criação do tipo contratual. O primeiro contrato de franquia somente veio a existir porque em um determinado momento pessoas distintas resolveram unir-se para criar um modelo de negócios sob condições e finalidades específicas e, a partir disso, valeram-se de um contrato para delinear a relação. Trata-se, portanto, de uma lógica utilitária pautada no reflexo do que anseia a sociedade, condição que se repete em qualquer que seja o instrumento jurídico contratual.

O contrato, em acepção geral, trata-se de instrumento jurídico que reflete uma realidade econômico-social que lhe é exterior, figurando como importante mecanismo de alocação de recursos e gestão de riscos. Como tal, responde às exigências advindas das relações econômicas e dos processos de produção, e, nisto, reflete as necessidades sociais (MENDES, 2019, p. 15).

Nesse sentido, se os contratos surgem como fruto de uma realidade econômico-social e com o fito de regular um determinado negócio – que antes de ser jurídico é empírico – mais importante que os elementos que constituem um instrumento contratual são os fatores sociais que justificam as sua existência.

Dessa forma, não é uma opção ignorar o fato de que os tipos contratuais são apenas ficções jurídicas que servem à conjugação de interesses cujo conteúdo em si extrapola o próprio instrumento. Daí porque a atuação do legislador e do julgador na edição e aplicação

das leis, respectivamente, não pode se apegar meramente aos elementos formais ou no uso de palavras ou fórmulas sacramentais, mas, sim, na função econômica de cada contrato (ASCARELLI, 1947, p. 62-63).

Quanto a isso, vale dizer que o sistema de franquias cumpre também uma função social que, no caso particular do instituto, supera o quase clichê de que toda atividade empresarial gera empregos, fornece bens e serviços à sociedade e movimenta a economia. Embora tudo isso seja verdade e perfeitamente aplicável ao sistema de *franchising*, o “ponto primordial do instituto é permitir a sociabilização de uma estrutura empresarial que seria impossível, se relegada exclusivamente a seu criador ou a um pequeno empresário” (VENOSA, 2021, p. 754). Na medida em que o faz, atua diretamente na concretização em grande escala do princípio constitucional da livre iniciativa, aumentando as chances de êxito de um negócio que, se de outro modo fosse, teria de enfrentar sozinho os desafios inerentes ao ato de empreender⁸.

Consequência importante do contrato [de franquia] é permitir a livre-iniciativa em grande escala, gerando atividade negocial e circulação de riquezas, paralelamente à permanência e solidificação de grandes corporações. O negócio apresenta vantagens e riscos como em qualquer negócio. O franqueador dinamiza e estende seu negócio, em um universo empresarial mais ou menos amplo; o franqueado recebe toda uma estrutura pronta para implantar a venda de produtos ou serviços (VENOSA, 2021, p. 754).

Ocorre que a relação acima delineada somente se mostra “saudável” na medida em que se verifica o equilíbrio contratual entre as partes. Não há como deixar de dizer que os interesses envolvidos à situação normalmente são múltiplos, complexos e, por vezes, podem ser conflitantes. Franqueador e franqueado, por mais urbanos e colaborativos que sejam no tratamento um com o outro e na forma de pensar o negócio, se pudessem escolher, gostariam de ver os seus interesses elevados ao máximo.

Daí porque, para que isso não desemboque num desequilíbrio patológico, é que se faz necessária a regulação legal, até porque nos contratos de *franchising* uma das partes tende a possuir maior poder de barganha que a outra. Ghersi (1994, p. 45) reconhece essa fragilidade do franqueado ante ao franqueador e a caracteriza a partir da noção de dependência tecnológica e de iminente transferência de risco econômico:

⁸ Acredito que uma ressalva seja necessária: o contrato de franquia sociabiliza o acesso à uma expertise, mas não a democratiza. Não é necessariamente mais barato abrir uma franquia do que uma empresa avulsa. Pelo contrário, o franqueado paga para poder utilizar-se de um modelo de negócio que, em tese, já foi consolidado e/ou para fazer parte dessa rede de proteção criada pelo sistema de franquias. Isso acaba, na maior parte das vezes, deixando mais cara a atividade de empreender.

O contrato implica colaboração constante entre franqueador e franqueado, tanto no campo tecnológico, como no econômico, mantendo ambos sua independência jurídica. Com essa colaboração, produz-se um crescimento acelerado de ambas as empresas. No entanto, há relevante dependência tecnológica do franqueado em relação ao franqueador, sendo este o ponto mais débil do instituto, em desfavor do franqueado. A franquia no sistema capitalista tem a função de transferência de risco econômico (Gherzi, 1994, p. 45).

Ainda nesse espeque, Sílvio Venosa é salutar ao descrever os encargos que normalmente devem ser suportados pelo franqueado no sistema de *franchising*, os quais, quando submetidos a uma relação de abusividade, são intensificados a tal ponto que deixam de serem meros elementos inerentes ao instituto para constituírem-se como ferramentas de dominação de uma das partes. Deve ser levado em consideração, da mesma forma, o reconhecimento de que o franqueado não tem grande autonomia empresarial nesse tipo de contrato, haja vista se submeter aos desígnios do franqueador sob a promessa de uma pretensa segurança que pode revelar-se custosa demais.

O franqueado, por sua vez, fica jungido ao cumprimento das estritas normas e padrões do franqueador, pois ambos devem zelar pelo conceito de mercado e excelência da marca. O contrato pode autorizar ao franqueador intervir direta ou indiretamente na franquia sempre que houver transgressão dos preceitos. Como percebemos, o franqueado não tem grande autonomia empresarial, da qual abre mão em prol da segurança que o negócio lhe oferece. Correm por sua conta e risco a instalação e a manutenção do estabelecimento. Deve aceitar o sistema contábil imposto pelo franqueador, fornecendo, conforme solicitado, informações financeiras e mercadológicas. Além de pagar a taxa inicial, pagará também um preço periódico, além de outras taxas contratadas. (VENOSA, 2021, p. 759)

Além disso, é de fundamental relevância destacar que o contrato de franquia é um contrato de adesão, já que, em regra, não há discussão e negociação sobre as suas cláusulas. O franqueador costuma utilizar, para todos os seus franqueados, os mesmos termos de um modelo de contrato previamente elaborado à medida de seus interesses e, por ser economicamente prevalente, acaba impondo aos franqueados essas condições genéricas. Negreiros (2006, p. 373-374) ressalta que em resposta a esse desequilíbrio presente nos contratos de adesão “abre-se espaço para a imposição de valores que antes não penetravam no âmbito contratual, hermeticamente protegido sob a couraça da soberania da vontade individual e da igualdade formal entre as partes”. Como consequência disso, a autora desenvolve a linha de raciocínio pra então concluir que:

O contrato de adesão é, portanto, um símbolo de atuação que a ordem jurídica passa então a ter na declarada tentativa de impedir a realização de certos resultados tidos como indesejáveis, instituindo medidas compensadoras, orientadas à proteção do

aderente. Trata-se, sob esta perspectiva, de uma classificação que não apenas reconhece a desigualdade entre os contratantes, mas que, mais além, identifica aí a sua razão de ser, operando como um instrumento de proteção à parte fraca (NEGREIROS, 2006, p. 373-374).

Ocorre que, na contramão do acima consignado, a lei de franquias não cumpre a contento com a missão de prevenir e corrigir os abusos que eventualmente possam surgir – e na prática surgem. Na verdade, o mencionado diploma dedica-se a definir uma série de obrigações ao franqueador que se concentram no dever do informar ao franqueado antes do fechamento do contrato quais são os termos do negócio a ser fechado, em apreço ao princípio norte-americano do *disclosure*.

A Lei n. 13.966/2019 – à semelhança da lei sobre franquias que lhe antecedeu – ocupa-se, na sua maior parte, de regulamentar a Circular de Oferta de Franquia. Como já explicitado, esta Circular é um documento anterior à celebração do contrato de franquia, no qual o franqueador deve apresentar diversas características e informações sobre seu negócio e o sistema de franquias por si desenvolvido, a forma de execução, os investimentos necessários, os riscos e as perspectivas previstas e uma minuta do contrato de franquia padrão (ou pré-contrato padrão, se for o caso) (SISTER, 2020, p. 49).

Nesse sentido, é evidente que com a exigência do Circular de Oferta o legislador tratou de admitir que o franqueado é manifestamente vulnerável quando comparado ao franqueador, tanto o é, que fez-se necessário um dispositivo legal para garantir aquilo que numa relação paritária facilmente poderia ser exigido pela parte interessada, sem que fosse necessária a intervenção da lei para isso. Como não é esse o caso, a supracitada determinação mostra-se como uma das principais ferramentas – senão a única – que garantem o acesso e a veracidade das informações que chega ao candidato a franqueado, prevendo formas de punição por eventual fraude.

Nada obstante, há de se destacar que a Lei de Franquias não impõe limite algum aos termos que compõem o contrato de *franchising*, presando – vale repisar mais uma vez – apenas pelo dever do franqueador em informar. Dessa forma, o conteúdo do contrato teoricamente seria definido pelas próprias partes, no âmbito do exercício da autonomia da vontade, fato, este, que acaba permitindo uma série de distorções na forma como tal relação comercial é desenhada em concreto. A consequência direta disso é o ambiente ideal para a produção de cláusulas abusivas, tema sobre o qual merecem os seguintes esclarecimentos:

Podem ser conceituadas como sendo aquelas em que uma parte se aproveita da sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual (cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas),

escondendo-se muitas vezes atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé (cláusulas-surpresa). O resultado final será sempre uma situação de grave desequilíbrio entre os direitos e as obrigações de uma e outra parte. [...] Mesmo em contratos que não sejam de consumo, a cláusula abusiva poderá ver questionada a sua validade se figurar em contratos padronizados e de adesão, porque, não existindo prévia negociação sobre o conteúdo contratual ou sendo ela ineficaz, não se pode presumir a relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação, que é pressuposta pela justiça formal (NORONHA, 1994, p. 248-249).

Nesta toada, também se assiste de razão Claudia Lima Marques ao tecer os seguintes comentários sobre a compreensão que a autora tem quanto a tal abusividade:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (Machtposition). A abusividade é, assim, abstrata, potencial ou atual, porque ataca direitos essenciais àquele tipo de contrato, porque impõe excessivas e surpreendentes obrigações, porque leva à lesão do cocontratante (MARQUES, 2011, p. 158).

São exemplos de cláusulas abusivas no âmbito do contrato de franquia, como acertadamente indica Fábio Konder Comparato, as que concedem exclusividade para a comercialização de produtos; impõem a vinculação de venda, cessão de direito ou prestação de serviços à aquisição de outro bem, direito ou prestação de serviço e permitem excessivo controle externo do franqueado pelo franqueador.

Nessa mesma esteira, Thomaz Saavedra acrescenta as seguintes formas de abusividade que normalmente aparecem nas relações de *franchising*:

cláusulas que transferem ao franqueado a obrigação de pagamento de tributos, embora o franqueador seja o contribuinte legal; permitem ao franqueador tomar posse do negócio do franqueado no caso de eventual cometimento de infração ao negócio jurídico; repassem ao franqueado custos de assistência técnica já efetivamente remunerados pelo pagamento de royalties, implicando cobrança em duplicidade; atribuem ao franqueado o direito exclusivo à denúncia do contrato; permitem ao franqueador, a qualquer tempo, examinar os livros contábeis e dados em computadores da contraparte; obrigam a pessoa física do franqueado ou seu cônjuge a serem fiadores de todas as obrigações assumidas no contrato, acentuada pela renúncia ao benefício de ordem e atribuem eleição do foro com o intuito de dificultar a discussão judicial de aspectos atinentes ao negócio jurídico (SAAVEDRA apud SILVEIRA, 2018, p.49).

Diante desse quadro, é natural questionar a própria sinalagmaticidade do contrato de franquia, na medida em que este, quando eivado pela abusividade referida, desagua na

constituição de um negócio jurídico em que não há correspectividade e interdependência das prestações, conforme é possível concluir do trecho que segue:

Quando as obrigações geradas no contrato bilateral são correspectivas e interdependentes entre si, de forma que uma é “a razão de ser da outra”, há sinalagmaticidade.

A bilateralidade só sugere a ideia (insuficiente) de prestação e contraprestação, enquanto o sinalagma inclui também a ideia de interdependência destas prestações, característica que conforma o contrato e acompanha dinamicamente o seu desenvolvimento e a sua eficácia. Daí afirmar-se que a valorização do sinalagma é decorrente da visão globalizante da relação obrigacional, que encerra não só a ideia de débito e crédito, mas um encadeamento de atos com vistas a um objetivo comum das partes contratantes, que é o adimplemento. Por isso as prestações se interrelacionam, dependem umas das outras, e se entrelaçam, fato que os franceses denominam muito ilustrativamente de “enchevêtement”.

A justiça comutativa do novo direito contratual – de conotação aparentemente aristotélica, pode-se dizer – prega que o contrato bilateral e sinalagmático deve preservar, desde seu nascimento e durante toda a sua execução, a correspectividade entre as prestações, na falta do que a lei permitirá a justa correção através do poder judiciário ou até mesmo sua anulação (DRUCK, 2005, p. 55-56).

De mais a mais, Cristiano Schmitt (1999, p. 59) destaca que a promulgação da Lei 8.955/94 “teve por objetivo justamente instituir normas que possibilitassem a proteção do franqueado e a obtenção de maior equilíbrio na relação contratual, bem como que coibissem eventual abuso de direito do franqueador em relação à contraparte”. O autor acrescenta, ainda, que para alcançar esse fim foram estabelecidos critérios para a “elaboração da circular de oferta de franquia, permitindo uma escolha consciente do candidato a franqueado ao aderir à rede”.

Embora esse raciocínio até pudesse ser aplicado à lei atualmente em vigência (lei n.º 13.966/2019) – porque também se restringe a estabelecer o dever de informar – é evidente que nem ela, nem sua antecessora, de fato protegem plenamente o franqueado. A bem da verdade, a tutela é deveras incipiente. Isso porque a natureza do desequilíbrio das partes nesse tipo de negócio decorre notadamente da discrepância na capacidade econômica que goza o franqueador em relação ao franqueado; e não exatamente da falta de informação, embora se reconheça a importância disso. O fato é que a legislação especial nada versa sobre essa vulnerabilidade decorrente do status de superioridade econômica.

Diante desse quadro de ineficiência da lei específica, não há outro caminho se não recorrer à legislação suplementar. De acordo com o a tradição doutrinária e jurisprudencial, fincada num modelo de sistema contratual binário (contratos negociados e não negociados), o regime jurídico a ser aplicado nesse tipo de situação é o disciplinado pelo Código Civil, enquanto norma matriz; e não os dispositivos reservados às relações tipicamente

consumeristas, previstas no Código do Consumidor, pelo que indica o art. 1º da Lei n.º 13.966.

A dúvida, contudo, é se as respostas para a solução do problema inerente ao desequilíbrio de forças entre franqueador e franqueado podem ser encontradas no Código Civil; bem como até que ponto elas se mostram adequadas quando diante da natureza jurídica do contrato de franquia. Mais do que isso, é preciso saber se essas respostas são hábeis a promover justiça contratual, em atendimento ao princípio do equilíbrio contratual e no sentido de efetivar a livre iniciativa em consonância com os valores constitucionais.

3 DAS PRETENSAS SOLUÇÕES: COMO A DOUTRINA E OS TRIBUNAIS SE ESFORÇAM PARA ENQUADRAR O CONTRATO DE FRANQUIA NO SISTEMA CONTRATUAL BINÁRIO

O objetivo principal do capítulo inaugural foi apresentar o contrato de franquia em suas particularidades, notadamente em relação ao problema do desequilíbrio de forças suportado pela figura do franqueado em relação ao franqueador. Neste segundo capítulo, por sua vez, mostrar-se-á como essas características influenciam na construção da natureza jurídica majoritariamente atribuída a esses contratos pela doutrina e pelos tribunais, repercutindo, assim, na definição da norma supletiva a ser aplicada nessas avenças.

Para tanto, dedica-se, num primeiro momento, a introduzir o que aqui se denomina de sistema contratual binário, que é a lógica dualista por detrás da classificação em contratos de direito comum e contratos consumeristas.

Somente de posse disso é que se pode pretender identificar qual deve ser a norma supletiva a ser aplicada sobre a franchising, já que, conforme articulado anteriormente, a legislação especial não disciplina a matéria de maneira satisfatória. A discussão perpassa, no entanto, pelo desafio de classificar os contratos de franchising em uma das categorias referidas acima, o que vem motivando calorosos debates jurídicos e que, inclusive, é a principal justificativa para o presente trabalho, conforme se destaca doravante.

Nesta senda, será avaliado o comportamento jurisprudencial acerca do mencionado problema e, sucessivamente, serão apresentadas algumas das inúmeras tentativas formuladas por parte da doutrina – equivocadas, diga-se de passagem – de oferecer uma solução para a divergência.

Espera-se que, ao final deste capítulo, tenha-se demonstrado que as soluções postas sobre a mesa, esculpidas e referendadas pela doutrina majoritária e pelos tribunais, não respondem satisfatoriamente à problemática. Isso porque o contrato de franquia, por si só, reúne particularidades que tornam inorgânico o enquadramento deste tipo contratual ao paradigma clássico de primeiro e segundo contrato.

3.1 DO SISTEMA DE CLASSIFICAÇÃO CONTRATUAL DUALISTA.

A doutrina moderna costuma dividir os contratos em duas categorias: 1) os contratos de direito comum, dos quais fazem parte os contratos empresariais; e 2) os contratos de consumo. Como bem lembra Garbi (2018, online), existe uma evidente variação

designativa nos termos utilizados para os contratos que não se enquadram como uma relação de consumo, como, por exemplo: contratos negociados, contratos paritários, contratação negociada, business-to-business (B2B) e etc. Todas essas terminologias exprimem, na verdade, a mesma ideia, que é a da preponderância da autonomia da vontade privada; e poderão ser usadas ao longo do trabalho. De todo modo, a designação genérica “contratos de direito comum” mostra-se como a que melhor contempla a generalidade dos tipos de contratos que não fazem parte da exceção consumerista.

Conforme adiantado acima, dentre os contratos de direito comum estão os contratos empresariais – ou comerciais, como prefere parte da doutrina. Mais do que apenas uma operação econômica, esse tipo de instrumento contratual é guiado pelo propósito de viabilizar a obtenção de lucro, característica que lhe é indispensável e que influi diretamente na forma como as partes exprimem a manifestação de vontade no âmbito de um negócio, como muito bem destaca Paula Forgioni no trecho a seguir:

O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua vontade comum e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar. Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados. Dizemos que a “natureza e o espírito do contrato” comercial são condicionados pela “vontade comum” das partes, direcionada que é pelo escopo de lucro que grava cada uma delas (FORGIONI, 2015, p. 37-38).

Por outro lado, os contratos de consumo são classificados a partir da análise de quem são os sujeitos envolvidos. Para os defensores da teoria maximalista, o regime jurídico instituído pelo CDC não deve ser reservado somente aos consumidores finais, devendo ser utilizado para disciplinar todo e qualquer relação de consumo, num sentido amplo.

O CDC seria um código geral sobre o consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, que podem ser fornecedores ou consumidores. O art. 2º, para os maximalistas, deve ser interpretado extensivamente. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem, ou não, fim de lucrar quando da aquisição de um produto ou da utilização de um serviço. Final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza. Assim sendo, é irrelevante a destinação final do produto ou serviço. Para os maximalistas é consumidora, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para reutilizar (FERNANDES, s.d., p. 15)

A teoria acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça, contudo, é a chamada teoria finalista, que nada mais é senão a interpretação mais fidedigna à literalidade do art. 2º da Lei

n.º 8.078/1990, já que o dispositivo é claro ao definir consumidor como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Os finalistas propõem que se interprete a expressão “destinatário final” de maneira restrita. Trata-se de uma noção subjetiva, pois atribui relevância extrema à parte mais fraca da relação de consumo, ou seja, o vulnerável. Para os adeptos da teoria finalista, destinatário final seria aquele fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Assim sendo, não basta essa interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência. Faz-se imprescindível, para essa corrente, ser o sujeito destinatário econômico do bem, não adquiri-lo para revenda ou uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção, cujo valor será incluído no preço final do profissional que o adquiriu (FERNANDES, s.d., p. 15).

Existem, ainda, uma terceira teoria denominada de finalismo aprofundado ou mitigado, que prever a possibilidade de aplicação do CDC nas ocasiões em que se verifique a vulnerabilidade de uma das partes e à submissão desta às cláusulas abusivas. Vale destacar que essa teoria encontra guaridas nos tribunais, sendo referendada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Feitas essas considerações, recorre-se à clareza de Garbi (2018, online) para resumir exatamente do que se trata a dualidade de tratamento da tutela contratual que mencionávamos há pouco:

Esse dualismo, entre contrato de consumo e contrato de direito comum, revela que a lei labora: (i) de um lado, com um modelo de contrato inteiramente negociado, entre partes que se encontram em condição de igualdade, e que reclama o máximo de liberdade e o mínimo de intervenção do legislador e do juiz, em favor da autonomia privada; (ii) de outro lado, com um contrato (de consumo) no qual se verifica uma disparidade de instrumentos e de informações, não negociado plenamente e marcado pela assimetria de forças, que reclama o máximo de controle do legislador, especialmente no momento formativo, e admite em grau maior a intervenção judicial.

Ou seja, com o perdão da redundância estritamente metodológica – porque o trecho acima já era claro – a doutrina divide o mundo dos contratos, por um lado, em aqueles que merecem tratamento especial em função da vulnerabilidade (e, à vezes, hipossuficiência) do consumidor; por outro, todo o restante. Sendo estas as opções, a pergunta fundamental é: em qual dos dois grupos (consumo e contrato empresarial de direito comum) está situado a *franchising*? Há algumas formas de respondê-la, conforme veremos doravante.

3.2 DA DISCUSSÃO SOBRE A NORMA SUPLETIVA A SER APLICADA AOS CONTRATOS DE FRANQUIA

No tópico imediatamente anterior demonstrou-se que, para a doutrina tradicional, existem apenas dois caminhos a serem trilhados pelos mais diversos tipos de instrumentos contratuais. O fato é que essa lógica binária que rege a sistemática contratual tem conduzido a esmagadora maioria dos operadores do Direito à divergência, ora para defender o enquadramento da *franchising* como um contrato empresarial de direito comum, ora para classificá-los como um contrato de consumo à depender da situação. Ambos, todavia, não trazem consigo a melhor concepção acerca da natureza jurídica desse tipo de contrato, o que será objeto do próximo capítulo.

A consequência jurídica direta dessa discussão é a incerteza acerca da norma supletiva a ser aplicada aos contratos de *franchising*. Isso porque, em retrospectiva ao articulado nos tópicos iniciais da presente obra, o regramento especial consubstanciado na Lei n.º 13.966/2019 (Lei de Franquia) é extremamente falto em dispor adequadamente dos mecanismos necessários ao controle das matérias e, sobretudo, dos limites a serem delineados em concreto num contrato de franquia. Vale dizer que o problema da lei mencionada não é a disposição equivocada, mas a ausência de disposições quanto ao tema.

Apesar disso, embora intelectualmente desonesto, não é exatamente equivocado defender que a omissão sobre a imposição de limites ao franqueador foi deliberada, já que o art. 1º da Lei n.º 13.966/2019 apresenta o que segue:

Art. 1º Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, **sem caracterizar relação de consumo** ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento (grifamos).

Com isso, quer-se se dizer que se para a lei supra o negócio jurídico firmado entre franqueado e franqueador não caracteriza relação de consumo, é porque então esse tipo de contrato estaria situado no âmbito das relações civis gerais e, portanto, sob a égide do Código Civil naquilo que faltar a Lei de Franquias. Todavia, em nada isso desmerece as críticas ao último diploma, já que, no mínimo, perdeu uma ótima oportunidade de disciplinar, de maneira especial, esse tipo de contrato que guarda características dramaticamente particulares, ao ponto, inclusive, de suscitar discussões sobre a própria adequação da classificação binária (contratos negociados e não negociados), como é o caso do presente trabalho.

Nada obstante à determinação expressa do art. 1º, há muita discussão sobre a existência ou não de relação de consumo no *franchising*, já que, se por um lado ninguém nega haver ali uma relação voltada à obtenção de lucro intencionada pelas partes, por outro, é cada vez mais cediço que o franqueado ocupa um espaço de vulnerabilidade ante ao franqueador.

Àqueles que insistem em enxergar o sistema dualista como sendo o único modelo possível para a classificação dos contratos de uma maneira geral, não restou alternativa senão se esforçarem, ao máximo, para tentar construir arranjos jurídicos nos quais o problema do não enquadramento às categorias é resolvido de maneira artificial.

Nesse tocante, há quem defenda uma espécie de aplicação complementar do Código Civil com o Código do Consumidor, posicionamento adotado por Gustavo Tapedino em relação aos contratos de adesão, conforme pode ser visto a seguir:

O Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais. [...] Em uma palavra, os confins interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos que se pretende tutelar (TEPEDINO e col., 2006, p.27)

Interpretação que comunga dessa linha de pensamento é a formulada por Silvia Machado, que defende a aplicação primária do Código Civil, naquilo que o regramento sobre contratos de adesão der conta de dispor. Somente num segundo momento, caso insuficiente o tratamento anterior, desde que avaliado sempre no âmbito de uma situação concreta em que o empresário esteja na condição de ser equiparado ao consumidor, é que se procederia à aplicação do CDC, conforme se depreende do cunhado a seguir pela autora:

A vulnerabilidade detectada terá como consequência a apreciação de forma protetiva. Mas, conforme mencionamos, a detecção desta vulnerabilidade, por si só, não autoriza que se migre ao sistema consumerista. O Código Civil deve ser o instrumento primeiro a regular as relações interempresariais por adesão, nenhum esforço artificial deve ser feito para migrar ao CDC. A sistemática do Código Civil de 2002 tem plenas condições de conceder a eventualmente necessária proteção ao contratante aderente vulnerável. É inegável o impacto que teve o CDC nos princípios de direito contratual e na criação de modelos jurídicos. Devem ser adotados os conceitos de vulnerabilidade e de abusividade, desenvolvidos no âmbito do Direito do Consumidor, mas a elas devem ser dados novos contornos peculiares à sistemática do Código Civil, como regramento para o empresário e não para a figura de consumidor vulnerável que centraliza o CDC. O mérito do Código de Defesa do Consumidor é ter identificado este sujeito de direitos, o consumidor, e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos. Quando se conclua que o empresário esteja na condição de ser equiparado a consumidor, aplicar-se-á o CDC. Mas o esforço artificial para aplicar o Código de Consumo deve ser combatido. Transpor conceitos sim, desde que adequadamente,

para situações similares, e não para situações axiológicas e estruturalmente diversas (MACHADO, 2007, p. 113).

Também é possível referenciar Silvio Venosa (2021, p. 753) e Irineu Mariani (2007, p. 390-391), que defendem a aplicação do CDC para os contratos de franquia quando assim a situação demandar, ou seja, desde que verificada, na prática, os contornos de uma relação de consumo.

Noutro giro, Alberto Lopes da Rosa (2012, p. 5468) aponta para dois obstáculos que impediriam a aplicação do Código do Consumidor, um de ordem subjetiva, outro de razão objetiva. Em se tratando do aspecto subjetivo, o autor destaca que o franqueado não atua como destinatário final de produtos ou serviços do franqueador, mas, sim, como um elo de ligação entre este último e o verdadeiro consumidor. Lado outro, no âmbito objetivo a inaplicabilidade residiria na impossibilidade jurídica de dar preponderância a apenas um dos ângulos do contrato de franquia, conforme o doutrinador explica:

[...] vale rememorar que a franquia é um contrato complexo e autônomo, e que envolve diferentes ângulos, e não apenas o fornecimento de mercadorias, a franquia é um sistema de negócio, e o contrato que rege a relação entre as partes não pode ser desmembrado em vários outros contratos, sob pena de inviabilização da atividade empresária (ROSA, 2012, p. 5468).

Destaca-se que, apesar de reconhecer a vulnerabilidade, alguns doutrinadores entendem que ela não é suficiente para colocar o franqueado sobre a proteção do Código do Consumidor e, por isso, costumam oferecer soluções que passam pelo estabelecimento de uma atividade interpretativa que seja favorável ao franqueado. Ou seja, tal corrente doutrinária estabelece parâmetros para que o julgador corrija eventuais abusos decorrentes da mencionada relação de hipossuficiência no caso concreto. Sobre isso, Sister (2020, p. 41) destaca que a omissão dos diplomas que regulam os contratos de franquia “ratifica a importância dos termos e condições do contrato celebrado entre franqueador e franqueado, que deve ser interpretado à luz das suas disposições, da vontade das partes, da sua função social e do princípio da boa-fé, dentre outros”.

Na mesma esteira, Takeshita (2022, online) defende que não somente o Poder Judiciário, mas também a sociedade deva assumir as rédeas e lançar novos olhares às relações de *franchising* “exigindo e viabilizando mudanças de padrão, de comportamento e revisões em suas cláusulas adesivas e proporcionando uma execução justa e equilibrada desses contratos, de forma que cumpram uma função social, e outros princípios básicos de toda sociedade [...]”. Ainda sobre isso, a autora destaca expressamente a dignidade da pessoa

humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a equidade; a solidariedade e a produção de riquezas.

Ninguém há de negar o valor que os princípios possuem como normas que orientam todo o ordenamento jurídico. Todavia, as soluções pautadas apenas em princípios quedam-se abstratas e generalizadas em demasia, sem afirmar de maneira pragmática o “como” e, assim, resolvendo o problema à semelhança dos escritores que recorrem ao *deus ex machina*.⁹ Para ser justo, Machado traz consigo uma maior riqueza de detalhes ao defender a centralidade da boa-fé objetiva na atividade interpretativa pró-franqueado:

Dentre as funções da boa-fé objetiva está a de cânone hermenêutico e integrativo, ou seja, servirá ao magistrado que verifique a incompletude do contrato a regular determinada situação e não conte com apoio no texto contratual, na consideração literal, na reconstrução da intenção das partes, tomando em conta o valor na declaração ou mesmo através dos usos do tráfico. Permite que se resolvam pelo juiz as situações não previstas pelas partes no momento de conclusão do negócio. O primeiro passo desta técnica incluirá a consideração do conjunto significativo que abrange demais disposições que passaram a integrar o contrato em razão do trato sucessivo e da execução diferida e, ainda, as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual. A busca é pelo sentido total do conjunto contratual concretamente considerado (MACHADO, 2007, p. 84).

Definição mais abrangente é a que Redecker (2002, p. 90) faz sobre o princípio da boa-fé objetiva, ressaltando-o enquanto artifício hábil a solucionar casos conflituosos, reestabelecendo o equilíbrio contratual. Na concepção do autor, a análise do conteúdo dos comportamentos devidos e exigíveis pelas partes é elementar, de modo que a boa-fé objetiva deve estar presente “tanto na vigência das relações contratuais (fase de execução), como também no seu momento de elaboração (tratativas) e no seu momento pós-contratual”.

3.3 O COMPORTAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO PROBLEMA

Desequilíbrio de forças num contrato não é exatamente uma novidade para o mundo do Direito, tampouco trata-se de uma particularidade reservada aos contratos de franquia. Nesse sentido, o Poder Judiciário já foi instado a se manifestar em algumas ocasiões para decidir sobre a possibilidade de utilização do Código do Consumidor para dirimir

⁹ Definição encontrada no site da SP Escola de Teatro: “Artifício usado por alguns escritores ou dramaturgos, o *deus ex machina* é uma expressão latina, de origem grega, que significa literalmente ‘deus surgido da máquina’ e é utilizada para indicar uma solução inesperada, improvável e mirabolante para terminar uma obra ficcional”. Vale a leitura completa através do link: <https://www.spescoladeteatro.org.br/noticia/ponto-afinal-o-que-e-o-deus-ex-machina>.

conflitos que tratam de abusos praticados no âmbito de relações outras que não o modelo típico de consumo.

Conforme articulado em tópico anterior, o Superior Tribunal de Justiça tem se filiado à teoria finalista acerca do conceito de consumidor. É em função disso, por exemplo, que a Corte tem entendimento firmado no sentido da inaplicabilidade do CDC aos contratos de franquia, nos termos em que se verifica do Resp. n.º 2004/0022012-9, conforme colacionado a seguir:

O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n.º 8078/1990, eis **que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais.** (Recurso especial n.º 2004/0022012-9, Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgamento: 04/03/2010. Brasília: Dju, 2010. Disponível no site do STJ.) (grifamos).

Ademais, a decisão proferida no Recurso Especial n.º 687.322 pela 3ª Turma do STJ vai um pouco além ao destacar também o que, na visão dos julgadores, impediria a aplicação do CDC, que é justamente a condição do diploma ser considerado norma especial, logo, hierarquicamente no mesmo patamar da Lei de Franquias. Confira tal raciocínio:

[...] Não enxergo fundamento suficiente para pôr o franqueado na cobertura do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor. Embora o pressuposto da equiparação seja a mera exposição às práticas comerciais previstas, o contrato de franquia obedece ao disposto em legislação especial que regula estritamente a formação do contrato e regula as sanções possíveis. Em tal cenário, o que se deve aplicar subsidiariamente não é o Código de Defesa do Consumidor que também é lei especial sobre relações de consumo, mas, sim, o Código Civil que é a legislação matriz da disciplina contratual. Transplantar para o Código de Defesa do Consumidor um contrato regulado por lei especial e que contém regras jurídicas próprias sobre a formação do contrato, com sanções específicas, não me parece da melhor técnica. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 687.322/RJ. 3ª Turma. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito. 21 de setembro de 2006).

Ainda sobre este julgado, merece nota que o eminente relator ministro Carlos Alberto Menezes chegou a cogitar a aplicação do regime consumerista no caso específico das franquias de serviços de assistência técnica do franqueador ao franqueado, mas imediatamente descarta a ideia sob a seguinte justificativa:

[...] Poder-se-ia cogitar de separar no contrato de franquia algumas modalidades obrigacionais que dariam azo a que se introduzisse a figura do consumidor à luz do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, no caso da franquia de serviços de assistência técnica do franqueador ao franqueado. Mas não creio que se possa chegar a tanto pela natureza do próprio contrato de franquia, que põe o uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição e de tecnologia ao alcance do franqueado com vistas ao mercado consumidor, embora deva ser considerado que embaixo outros contratos possam existir como o de locação de imóvel e de cessão de direitos.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 687.322/RJ. 3ª Turma. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito. 21 de setembro de 2006.

A bem da verdade, o STJ tem mitigado a teoria finalista, dando origem ao que convencionou-se chamar de finalismo aprofundado. A partir desta corrente interpretativa, estende-se o conceito de consumidor para contemplar situações em que pessoas são submetidas a contratos nos quais se verifica a vulnerabilidade técnica, jurídica, fática ou informacional, ainda que não se trate de um destinatário final. Uma empresa que compra matéria prima de um fornecedor para processar e revender, desde que diante de uma relação de vulnerabilidade, pode conseguir se desvencilhar de um contrato abusivo por meio das disposições do CDC. A seguir, dois julgados em que a essa teoria é aplicada:

Nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078/90, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, tendo prevalecido na jurisprudência a adoção da teoria finalista mitigada a qual estabelece que relação de consumo decorre da vulnerabilidade de uma das partes e não em função da pessoa física ou jurídica. (Agravo de Instrumento 1.0194.13.000.910-4/001, Relator: Desembargador Amorim Siqueira, julgamento: 05/11/2013. Disponível no site do STJ.)

A atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se assentado no sentido de ser aplicável a denominada Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada que alarga o conceito de consumidor, abordando todo aquele (pessoa física e jurídica) que possui vulnerabilidade face ao consumidor, seja ela técnica, jurídica, fática ou informacional. (Ap. Cível nº 1.0112.05.055831-4/001, Relatora: Desembargadora Mariangela Meyer, julgamento: 26/11/2013. Disponível no site do STJ.)

Por um lado, pode parecer contraditório que o STJ exclua o contrato de franchising do “guarda-chuva” protetivo da Teoria Finalista Aprofundada, já que esta essencialmente alarga o conceito de consumidor a quem, em tese, não poderia sê-lo se considerado estritamente o critério subjetivo manifestado no status de destinatário final. Lado outro, nos moldes outrora debatidos, é verdade que essa modalidade de contrato é considerada complexa, por não ser apenas um negócio jurídico, mas vários, que se reúnem numa relação de *franchising*. Esse impasse é mais um indício de que os contratos de franquia não se encaixam no sistema contratual binário, questão, esta, que será debatida no terceiro e último capítulo.

4 CONTRATO DE FRANQUIA ENQUANTO TERCEIRO CONTRATO

O objetivo desse capítulo é consolidar a ideia de que os contratos de franquia possuem características que são particulares e que, em via de consequência, não se submetem (ou não deveriam se submeter) ao sistema contratual binário.

Em função disso é que se apresenta, num primeiro momento, a doutrina italiana denominada de *il terzo contratto*, responsável por introduzir uma alternativa ao sistema de classificação que divide os contratos em apenas dois grandes grupos, os de direito comum e os de direito do consumidor. Em direção oposta, a mencionada corrente de pensamento acrescenta mais uma opção ao “cardápio” de classificações, repercutindo no que convencionou-se chamar de terceiro contrato.

Em seguida, mostra-se como os contratos de franchising se amoldam perfeitamente ao que indica a doutrina do *il terzo contratto*, ressaltando quais são as características que os distanciam dos contratos de direito comum, bem como os fatores que os impedem de serem vistos como um contrato de consumo.

Ao fim, debate-se a fixação de critérios mínimos para a caracterização dessa categoria, buscando investigar se estar-se-ia diante de um grupo de contratos com identidade entre si ou cuja única semelhança é o fato de não se enquadrarem no modelo de classificação binária.

4.1 DOCTRINA DO IL TERZO CONTRATTO

Cunhada pelo italiano Roberto Pardolesi, a expressão *il terzo contratto* – em português, terceiro contrato – inaugura um novo olhar sobre a forma como o Direito Civil enxerga a classificação dos contratos de uma maneira geral. Sabe-se que os mais diversos instrumentos contratuais não são outra coisa senão servos das relações socioeconômicas que eles próprios regulam, de modo que essa característica deve guiar a forma como os operadores do Direito compreendem os contratos enquanto instituto jurídico, como bem anota Roberto Garbi no trecho a seguir:

Deve o jurista saber que o objeto da sua análise não pode ser simplesmente uma biblioteca de textos normativos, mas deve abraçar o panorama de um contexto de fatos e de realidade empírica utilizando as categorias como instrumento operativo, assim como é o bisturi para o cirurgião (GARBI, 2018, online).

Se o contrato (figura abstrata) encontra lastro num contexto de fatos e na realidade empírica do mundo negocial, há de ser admitido, portanto, que eles estão sujeitos a mutações como qualquer outro fato social. Atenta a esse fenômeno e às mudanças que dele decorre, a doutrina do terceiro contrato passou a questionar a classificação tradicional dos contratos, notadamente, no que tange a sua capacidade de compreender a parcela de negócios jurídicos que são frutos mais recentes da evolução do direito contratual.

Esiste una Pangea del contratto? Ha senso, ancora oggi, coltivare il mito di un approccio monolitico, di una teoria onnicomprensiva, che permetta di trattare il tema al singolare e con la lettera minuscola?

[...]

Dipende da molti fattori. Primo fra tutti, la 'distanza' del punto di osservazione. Se si guarda, da molto lontano –e, quindi, in termini di estrema generalità--, alla galassia dei contratti, viene spontaneo individuare un nucleo primigenio di principi chiamati a fornire le coordinate complessive del progetto di autonomia privata per eccellenza. La risposta, dettata dal livello prescelto di astrazione, sarà positiva. Nei limiti, beninteso, dei suoi presupposti.

[...]

Se, infatti, far leva su un calco unitario aiuta a tenere la rotta quando i punti di riferimento mancano (o, peggio ancora, vengono meno), la risposta diventa ineluttabilmente negativa quando la galassia cessa di essere un'immagine indistinta, rivelando una pluralità di sottoinsiemi che, per la loro specificità, postulano regole dedicate e si candidano come 'ontologie regionali autonome' (PARDOLESI, 2004 apud COLANGELO, p. 1-3)¹⁰.

O que o autor chama atenção no texto acima é para a compreensão do que Eros Roberto Grau e Paula Forgioni (2005, p. 16) também explicam, isto é, “o contrato não é um instituto único, porém um feixe de institutos jurídicos”. Daí porque, quanto mais próximo dos contratos, na direção das relações negociais que eles regulam em concreto, mais evidentes ficam as suas especificidades, de modo que a categorização do direito nem sempre consegue abarcar perfeitamente essas particularidades. Quando consegue, não há nenhuma certeza de que isso não mudará à medida que a sociedade também muda.

Nesse sentido, o *il terzo contratto* surge da noção de que alguns tipos contratuais, modernamente concebidos, não se amoldam a nenhuma das duas macrocategorias que há muito norteiam a referida classificação, quais sejam, os contratos de direito comum e os

¹⁰ Em tradução livre: Existe uma Pangeia do contrato? Faz sentido ainda hoje cultivar o mito de uma abordagem monolítica, de uma teoria abrangente, que nos permite tratar o tema no singular e com a letra minúscula? [...] Depende de muitos fatores [a resposta para tais perguntas]. Em primeiro lugar, a 'distância' do ponto de observação. Se olharmos de longe a galáxia de contratos - e, portanto, em termos de extrema generalidade -, é natural identificar um núcleo primitivo de princípios chamados a fornecer as coordenadas globais do projeto de autonomia privada por excelência. A resposta, ditada pelo nível de abstração escolhido, será positiva. Dentro dos limites, é claro, de seus pressupostos. [...] Se, de fato, alavancar um elenco unitário ajuda a manter o rumo quando os pontos de referência estão ausentes (ou, pior ainda, falham), a resposta inevitavelmente se torna negativa quando a galáxia deixa de ser uma imagem indistinta, revelando uma pluralidade de subconjuntos que, por sua especificidade, postulam regras dedicadas e se configuram como 'ontologias regionais autônomas'.

contratos de consumo. De acordo com Rita Marsico (2010, *online*), o problema do não enquadramento a essas categorias revela “l’esigenza di coprire uno iatus ordinamentale caratterizzato dalla mancanza di una disciplina che consenta di tutelare l’imprenditore coinvolto in un rapporto contrattuale squilibrato”¹¹.

Em se tratando do referido sistema de classificação binário, Garbi (2018, *online*) explica que o primeiro contrato, ou contrato clássico, é “aquele caracterizado pela presença de partes igualmente informadas e com livre capacidade de escolha”. Lado outro, o segundo contrato seria aquele que disciplina as relações de consumo, que é marcada pela “presumida vulnerabilidade de uma das partes em razão essencialmente da deficiência de informação”. Já o terceiro contrato, por sua vez, retira sua razão de existir da contraposição aos outros dois contratos, de modo que sustenta:

[...] a existência de uma “terra do meio” entre o contrato clássico liberal e o contrato da relação de consumo, passando-se a observar que a contratação entre duas empresas, quando uma delas é dependente economicamente da outra, reflete uma categoria de contrato que não se identifica com o contrato clássico (primeiro contrato), aquele caracterizado pela presença de partes igualmente informadas e com livre capacidade de escolha. Essa contratação também não se identifica com o contrato de consumo (segundo contrato), que é marcado pela presumida vulnerabilidade de uma das partes em razão essencialmente da deficiência de informação. Cuida-se, de acordo com Pardolesi, de uma realidade diversa - um terceiro contrato (il terzo contratto) -, para a qual o regime dualista apontado não oferece resposta adequada. É um novo personagem, afirma, que surge no horizonte e que deve ser visto muito proximamente, como parte da fenomenologia e disciplina atual dos contratos entre empresas (GARBI, 2020, *online*).

Há quem questione a categoria do terceiro contrato sob a justificativa de que a sua criação implicaria na mácula ao princípio da livre concorrência, já que se estaria a prever a possibilidade de uma proteção especial para os empresários eventualmente em situação de vulnerabilidade. Apesar disso, é possível contra-argumentar, com base nas lições de Marsico (2010, *online*), que, se por um lado o princípio da livre concorrência pressupõe que o jogo das relações econômicas se desenvolva de forma natural, por outro, este mesmo princípio exige que tal liberdade não seja interferida pela presença de abusos decorrentes da condição de vulnerabilidade de uma das partes.

4.2 DAS RAZÕES QUE DISTANCIAM O CONTRATO DE FRANQUIA DO PRIMEIRO E DO SEGUNDO CONTRATO

¹¹ Em tradução livre: a necessidade de abranger um hiato jurídico caracterizado pela inexistência de uma disciplina que permita proteger o empresário envolvido numa relação contratual desequilibrada

Mais do que caracterizar o contrato de franquia enquanto terceiro contrato, importa esclarecer os porquês dele não se enquadrar perfeitamente ao modelo de classificação dualista do qual há menção nesta obra em diversos momentos.

Conceitualmente, o primeiro contrato contempla os chamados contratos de direito comum, cuja autonomia da vontade dos particulares é responsável por autorregular os interesses das partes. Nesse tipo de contrato, presume-se que os sujeitos envolvidos na avença tiveram condições de negociar livremente para que se pudesse, a partir de um processo de equalização de vontades, chegar a comum acordo quanto ao conteúdo do negócio.

A despeito disso, é de se notar que no contrato de franquia essa presumida paridade de armas não se revela na prática. Sabe-se que os contratos de franquia são normalmente firmados sobre o modelo de adesão, que, conforme debatido anteriormente, significa dizer que uma das partes normalmente aceita se vincular a um modelo de contrato previamente estabelecido pela outra contratante, havendo pouca ou nenhuma margem para discussão dos termos.

Esse quadro de submissão ocorre porque a figura do franqueador é, na esmagadora maioria dos casos, imensamente mais poderosa economicamente do que o franqueado, uma vez que enquanto aquele já é um empresário de sucesso, consolidado o suficiente para tentar reproduzir o seu modelo de negócio, este ainda pretende alcançar tal patamar de êxito. A vulnerabilidade, portanto, é patente; e isso acaba sendo usado para a imposição de cláusulas evidentemente desfavoráveis ao fraqueado, consoante articulado no primeiro capítulo.

A aceitação, nesse sentido, se dá porque a etapa de negociação presumida pela autonomia da vontade é sabotada pelas desvantagens que cada uma das partes teria com a não concretização do acordo. Por um lado, uma grande franquia, cujo número de pretendentes seduzidos pelo seu negócio de sucesso é gigantesco; por outro, o empreendedor que quer entrar no mercado, mas não goza das competências técnicas para isso, nem da rede de fornecedores, tampouco da marca ou dos produtos. Diante desse contexto, quem teria mais a perder caso o contrato não fosse firmado? É evidente que seria o franqueado.

No que tange ao distanciamento da *franchising* em relação ao segundo contrato, decerto não está equivocado dizer que os contratos de franquia não revelam uma relação de consumo pelo simples fato de que a Lei de Franquia assim dispõe em seu art. 1º. Embora aos olhos de algumas pessoas possa parecer que esse dispositivo não passa de mais uma “carteirada” legislativa, a verdade é que existem motivos para que o franqueado não seja considerado um consumidor.

O primeiro deles é de ordem subjetiva, já que a Teoria Finalista – detalhada no capítulo anterior – entende que o franqueado não se enquadra na definição de consumidor, conforme têm, inclusive, decidido os tribunais. O art. 2º da Lei n.º 8.078/1990 é claro ao definir que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Isso fica evidente na medida em que o franqueado não atua como destinatário final de produtos ou serviços do franqueador, mas, sim, como um elo de ligação entre este último e o verdadeiro consumidor, em consonância com o que leciona Alberto Lopes da Rosa (2012, p. 5468).

O segundo motivo, também destacado pelo mencionado autor, é de ordem objetiva. Isso porque o contrato de franquia compreende vários negócios jurídicos que não apenas o fornecimento de bens ou serviços. Logo, não há como reduzir o contrato de franquia a apenas um de seus ângulos, sob pena de inviabilização da atividade empresária.

Além disso, também é pertinente destacar que, por mais que o franqueado e o consumidor tenham em comum o fato de serem vulneráveis perante a outra parte do negócio, é inegável que esses sujeitos experimentam situações em que tal vulnerabilidade assume contornos distintos. Quanto a isso, merece nota os esclarecimentos de Rita Marsico no que diz respeito à carência de informações que cada um desses sujeitos suporta (ou não) em suas respectivas relações contratuais:

Il soggetto debole del rapporto contrattuale, infatti, nel caso del consumatore, è inesperto e disinformato, con ciò risultando stringente l’obbligo da parte del professionista del dovere d’informazione in merito alle condizioni contrattuali. Al contrario, nei contratti asimmetrici conclusi tra imprese, l’imprenditore debole è comunque un soggetto contrattuale esperto, con ciò risultando meno pregnante il dovere d’informazione alla controparte avente maggiore potere contrattuale (MARSICO, 2010, *online*)¹².

Nesta senda, verifica-se que na relação de *franchising*, diferentemente do que se tem nos contratos consumeristas, presume-se que o franqueado é alguém minimamente habituado com a dinâmica do mundo empresarial. Ainda que a prática possa eventualmente revelar outra coisa, a regra é que no contrato de franquia as partes compreendem ou pelo menos possuem capacidade técnica para compreender integralmente o negócio jurídico firmado, bastando que o franqueador lhe forneça as informações da franquia a ser contratada.

¹² Em tradução livre: O sujeito fraco da relação contratual, de fato, no caso do consumidor, é inexperiente e desinformado, resultando, assim, na obrigação do profissional de informar sobre as condições contratuais. Pelo contrário, nos contratos assimétricos celebrados entre empresas, o empresário fraco é, em todo o caso, um sujeito contratual especializado, tornando menos significativo o dever de informação à contraparte com maior poder contratual.

Mesmo que se possa reconhecer que entre o franqueado e o consumidor realmente existe uma identidade, é evidente que essa semelhança não chega a desembocar numa comparação verdadeiramente equitativa. Embora ambos sejam vulneráveis, as semelhanças param por aí. Enquanto isso, a diferença é implacável: um é vulnerável porque dele não se pode exigir o domínio de todas as informações do negócio; o outro é vulnerável porque está submetido a uma relação de dependência econômica que lhe impede de negociar. Em outras palavras, pode-se dizer que:

[...] a assimetria nas relações de consumo é de natureza informativa, porque nesse ponto reside fundamentalmente a vulnerabilidade do consumidor, enquanto nos contratos empresariais, nas situações de dependência entre empresas, a assimetria decorre, não da incapacidade de negociar, mas da falta de alternativa (GARBI, 2018, online).

Dessa forma, considerando que 1) o franqueado não é o destinatário final dos produtos do franqueador; 2) que o fornecimento de bens e serviços é apenas um dos ângulos do contrato de franquia, que, por ser complexo, compreende vários negócios jurídicos em seu bojo; e 3) que a vulnerabilidade presente nos contratos de *franchising* tem natureza distinta da presente nas relações de consumo; não há outra conclusão possível senão admitir que franqueado não é consumidor e, conseqüentemente, contrato de franquia não é um segundo contrato.

4.3 CRITÉRIOS APRIORÍSTICOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DOS TERCEIROS CONTRATOS

Dizer que o contrato de franquia é um terceiro contrato, a princípio, é dizer também que ele não se encaixa no modelo contratual binário. Apesar disso, parece ser prudente destacar que essa não é uma condição exclusiva da *franchising*. Existem outros tipos de relações negociais que, assim como a franquia, não se adequam perfeitamente à referida classificação dualista. Segundo Garbi (2018, online), a doutrina costuma citar como outros exemplos desse fenômeno o contrato relacional, o contrato financeiro (bancários), o contrato de distribuição e os contratos de rede de empresas.

Daí porque o seguinte questionamento é inevitável: esses contratos guardam entre si semelhanças suficientes para formar conceitualmente uma nova categoria de contratos ou a única característica que os une é não se enquadrarem no modelo binário? Quanto a isso, a ninguém interessa uma categoria de contratos cujo único porquê de existir seja o fato deles

não se adequarem a nenhuma outra, afinal, assim não se estaria de fato a classificar nada. Por isso é que aqui se busca o estabelecimento de critérios apriorísticos para a caracterização dos terceiros contratos a partir de elementos de identidade entre si.

Há de se ressaltar, contudo, que o presente trabalho não se apega à sanha por uma categorização engessada do direito, tampouco se envaidece com o que propõe. Sabe-se que a definição de critérios apriorísticos definitivos é delicada, pois não raramente os casos práticos exigem flexibilização. Portanto, que sejam muito bem-vindas todas as teses que eventualmente proponham um quarto, quinto, sexto contrato ou quantos foram necessários para compreender todas as realidades contratuais. Este, sim, é o real compromisso do qual não se abre mão.

De todo modo, é possível afirmar que os terceiros contratos possuem algumas características mínimas que se repetem: 1) vulnerabilidade; 2) negociações assimétricas; e 3) subordinação de uma das partes à outra. A seguir trabalhados.

Todo “terceiro contrato” tem por característica o fato de ser firmado entre duas partes que atuam no mundo dos negócios, sendo que uma delas é vulnerável perante a outra. Quando se fala de vulnerabilidade, está-se falando de desigualdade e, no caso, desigualdade econômica. A vulnerabilidade é pressuposto das demais características.

Noutro giro, o que caracterizaria uma negociação assimétrica é o parco ou o inexistente poder de barganha de uma das partes, no caso, o franqueado, o que é constatado pelo uso recorrente do contrato de adesão para criação de franquias. Sobre o contrato de adesão, José de Oliveira Ascensão dispõe que:

“Contrato de adesão” é a designação, aliás defeituosa, que se dá ao contrato que contiver cláusulas pré-formuladas por uma das partes, em termos que a outra parte fica constituída perante a alternativa de se submeter ou não contratar. É um contrato em que há por natureza uma vulnerabilidade da outra parte, que se vê impedida de debater o conteúdo e se tem de subordinar à vontade e maior força da outra. (ASCENSÃO, 2008, p.26)

Tomando como exemplo para ilustrar a assimetria nas negociações o contrato de franquia, é bem verdade que, nem toda franquia é firmada via contrato de adesão, mas é extremamente comum que tal ocorra, sendo o exemplo máximo de tal assimetria. Mesmo que não tenha sido adotado o “contrato de adesão”, não se pode, por outro lado, falar-se na existência de um contrato paritário, já que este pressupõe minimamente a igualdade entre as partes e plena negociação, o que não ocorre na franquia. Em verdade, compete ao franqueador impor suas condições de realização de negócio, exercendo um forte poder de controle e de

fiscalização perante o franqueado. Não raro, as imposições impostas pelo franqueador levam à impossibilidade de manutenção da franquia.

Chama-se atenção para a forma como os critérios se comunicam. A negociação dos terceiros contratos normalmente é assimétrica em razão da vulnerabilidade do franqueado, que subordina-se, desde o início das tratativas, à figura do contratante forte. Essa vulnerabilidade gera a assimetria nas negociações que, por seu turno, faz com que o franqueador imponha no contrato cláusulas abusivas. Daiana S. Takeshita cita um exemplo da assimetria das relações negociais entre as partes que tem como resultado cláusulas e atos abusivos, pelo franqueador:

A título de exemplo podemos citar caso que tomou notoriedade em 09 de abril de 2000 por intermédio de matéria publicada pelo site Folha de São Paulo contendo a seguinte chamada: "Big Mac perde 'sabor' para franqueados". Segundo a matéria veiculada pelo referido jornal, em 1999 um franqueado do McDonald's enviou relato de grande repercussão contando sua história.

Americano radicado na Capital paulista, John Rowell adquiriu duas franquias da marca entre 1994 e 1997. Já naquela época, John sofreu com atos de canibalização dentro da própria rede, quando uma franquia devora os clientes da outra. Conforme relato daquele franqueado, antes mesmo de inaugurar sua primeira franquia a franqueadora teria aberto outra unidade a menos de dois km do local onde pretendia instalar a sua, e mais outras unidades pouco tempo depois.

Além disso, o custo de ocupação do ponto comercial era altíssimo para os franqueados, eis que já naquela época a franqueadora praticava a sublocação do ponto aos franqueados com valor de aluguel acima da locação original.

Tais práticas, além de não respeitarem o território dos franqueados, os levava à falência.

Ao tentar se socorrer do auxílio da franqueadora, o presidente mundial da McDonald's na época teria respondido da seguinte forma: "queremos operadores de restaurantes, não investidores" e que "o acordo de sublocação é voluntário e acertado em linha com o franqueado; que se este não estiver satisfeito, que procure outro negócio".

Se o relato daquele franqueado lhe parece uma história triste e absurda de alguém que teve uma experiência ruim com franquias entre meados de 1994 a 1999, sinto lhe dizer: o ano é 2022, mas nada mudou.

Franquias engolindo outras através do canibalismo, como no notório caso McDonald's, por exemplo, descumprem inequivocadamente sua função social junto à sociedade, tanto quanto franqueadoras que vendem capacidade técnica que de fato não ostentam (TAKESHITA, 2022, online).

O exemplo citado ilustra como ocorre a assimetria nas negociais. Essa assimetria faz com que uma das partes abuse de seu poder – geralmente, poder econômico – para impor arbitrariedades que não atendem aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Todo terceiro contrato tem por característica essa assimetria.

Ademais, no “terceiro contrato” existe dependência/sujeição de uma parte quanto à outra. Em outras palavras, o negócio de um só existe porque existe o negócio do outro. Por exemplo, no contrato de franquia, a existência do franqueado depende da existência do franqueador. No contrato de compra – exemplo que se dá sobre a subordinação, não sobre o

terceiro contrato – firmado entre uma gráfica e uma multinacional, cujo objeto é uma máquina de impressão de formados gigantes, o serviço e o produto ofertado pela gráfica (ou seja, a própria existência dela) depende do fornecimento do produto e da assistência técnica oferecidos pela multinacional.

Cumpra-se destacar que essa dependência se estabelece, evidentemente, numa via de mão única; e é por isso que há uma espécie de subordinação. O franqueado precisa de um franqueador específico para que seu negócio seja como é, já que até mesmo a imagem e/ou o produto/serviço que ele entrega ao seu cliente não lhe pertence, lhe é “emprestados” pelo franqueador. Todavia, o contrário disso não é verdadeiro. Para a existência do McDonald’s pouco importa se o franqueado de uma das suas milhares de franquias será Pedro, José, Joaquim, Miguel ou qualquer outra pessoa física ou jurídica.

É bom que se diferencie também a subordinação tratada nesta oportunidade daquela subordinação mencionada nos capítulos iniciais, enquanto vínculo jurídico normalmente utilizado para a caracterização de relações de emprego, cuja autora Ana Paula Redecker (2020, p.33) chega a dizer que inexistente no contrato franquia. Essa discussão, contudo, não interessa neste momento.

Superada a exposição dos critérios mínimos presentes no terceiro contrato, uma ressalva é extremamente necessária: o estudo do contrato de franquia pode conduzir à noção equivocada de que a ausência do consumidor é um dos elementos que somados definem o *terzo contratto*. Em alguns casos, a análise de tal ponto realmente se mostra importante para afastar o terceiro contrato das relações de consumo, na medida em que se verifique ou não a presença do destinatário final de um produto ou serviço; porém, esse não é o fator que realmente importa para a classificação, conforme se verifica das razões seguintes e de acordo com o que introduz Roberto Garbi:

Essa terceira categoria de contrato é devida à ideia de assimetria de poderes das partes na relação. Resulta, portanto, numa espécie de macrocategoria, unitária, na qual o que importa é só a assimetria de poderes das partes, e não a qualidade de consumidor ou empresário, porque esse desequilíbrio pode representar um abuso da autonomia contratual e autorizar a intervenção do legislador e do juiz em busca do equilíbrio desejável. Esse traço comum pode orientar, como veremos, a unidade do paradigma do direito contratual (GARBI, 2018, online).

A identificação dos sujeitos envolvidos revela-se mais como um mecanismo de diferenciação das outras categorias do que como uma análise do terceiro contrato em essência. Veja-se, existem situações em que, muito embora a figura do consumidor esteja presente, ainda assim estaremos diante de um terceiro contrato. É o que acontece, por exemplo, nos

contratos financeiros (bancários), cuja razão para o não enquadramento ao sistema dualista é a prevalência da segurança coletiva em detrimento da vulnerabilidade individual; e não os sujeitos envolvidos.

É plausível que a proteção do consumidor de serviços financeiros decorra da busca de objetivos mais amplos do que a mera proteção da parte "fraca" da relação (quando realmente é); e que, em última análise, o fundamento da regulação financeira deve ser identificado na salvaguarda da integridade do sistema financeiro [...] que, portanto, os investidores e consumidores de serviços financeiros sejam protegidos não individualmente, mas pela proteção da confiança pública, da boa reputação geral da indústria e do sistema financeiro (PARDOLESI, 2004 apud COLANGELO, p. 1-3).

Em outras palavras, trata-se de um contrato que tinha tudo para ser de consumo – inclusive, o consumidor – mas cuja proteção individualizada do sujeito mais fraco não pode ser irrestrita, sob o risco de colocar em colapso a segurança do sistema financeiro e, em via de consequência, toda a coletividade. Em virtude disso, não é possível estabelecer um padrão que possa determinar a presença ou não do destinatário final como elemento definidor do terceiro contrato, já que existem casos dessa terceira modalidade em ambas as alternativas. Assim como a ausência do consumidor pode desembocar num terceiro contrato quando verificada a vulnerabilidade de uma das partes (é como ocorre na franquia), a sua presença também não impede que se possa estar diante de um terceiro contrato, já que a razão para o não enquadramento ao sistema dualista pode ser outra (é o caso do contrato bancário, pelos motivos acima).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre a inadequação do tratamento jurídico hodiernamente conferido aos contratos de franquia somente prospera porque encontra espaço na ausência de disposições da Lei n.º 13.966/2019, que se restringiu a impor ao franqueador apenas o dever de informar o candidato a franquiado sobre o modelo de franquia em negociação, ainda nas tratativas do contrato.

Se a lei específica não regula satisfatoriamente o tema, há de se identificar aquela que de maneira subsidiária deve preencher a lacuna. Na verdade, usar o termo lacuna para se referir à Lei de Franquias é um tanto generoso, porque o que se tem não é uma ausência pontual sobre matérias específicas, o que se tem é um verdadeiro abismo demarcado pela ausência de limites para o que pode ou não ser objeto de um contrato de franquia.

Nesse sentido, é inegável que a Lei de Franquias perdeu, no mínimo, uma ótima oportunidade para dar tratamento verdadeiramente específico a esse instituto jurídico que necessita de atenção especial. Como isso não foi feito, doutrina e jurisprudência tendem a definir as diretrizes para a compreensão da *franchising*.

Ocorre que a forma como o contrato de franquia é tradicionalmente classificado por esses sujeitos não tem conduzido ao tratamento jurídico mais adequado à natureza jurídica do instituto. Isso porque, a despeito das particularidades desse modelo de negócio, ainda se vê manifesta nas decisões judiciais e nos livros de Direito a tentativa de enquadrar artificialmente a *franchising* ora como um contrato de direito comum (primeiro contrato), ora como um contrato de consumo (segundo contrato). Nenhuma das opções, contudo, reflete a fundo o que os contratos de franquia de fato são.

Nessa esteira, destaca-se que o franqueado é considerado vulnerável quando comparado ao franqueador e, na medida em que o é, a sua capacidade de exercer de forma plena a autonomia da vontade mostra-se comprometida, o que lhe afasta dos contratos empresariais de direito comum. Uma evidência disso é que os contratos de franquia são, na verdade, contratos de adesão, porque o franqueador é quem costuma definir os termos do negócio, tolhendo do franqueado a oportunidade de discuti-los. Daí decorre o meio fértil para que a parte forte, valendo-se de sua superioridade econômica, imponha cláusulas que a favorecem em detrimento da parte fraca.

Não há como citar todas as formas de abusividade presentes no contrato de franquia – porque isso insultaria a criatividade do franqueador. Apesar disso, é oportuno rememorar algumas das cláusulas abusivas consignadas pela doutrina e que foram

mencionadas no corpo deste trabalho, a saber: eleição do foro com o intuito de dificultar a discussão judicial de aspectos atinentes ao negócio jurídico; vinculação de venda, cessão de direito ou prestação de serviços à aquisição de outro bem, direito ou prestação de serviço; excessivo controle externo do franqueado pelo franqueador; transferência ao franqueado da obrigação de pagamento de tributos, embora o franqueador seja o contribuinte legal; repasse ao franqueado dos custos de assistência técnica já efetivamente remunerados pelo pagamento de royalties, implicando cobrança em duplicidade; entre outras.

Por outro lado, essa evidente vulnerabilidade, por ser de natureza estritamente econômica, difere daquela enfrentada pelo consumidor, que decorre de uma carência informacional. Além disso, sabe-se que, ao fim e ao cabo, o franqueado não é o destinatário final dos produtos e serviços ofertados pelo franqueador, tampouco é apropriado restringir os contratos de franquia a apenas um de seus ângulos. Basta notar que no guarda-chuva da relação de *franchising* estão presentes vários outros negócios jurídicos, que não apenas o fornecimento de produtos ou serviços, como é o caso da cessão de marca, sigilo e confidencialidade, locação, entre outros.

Considerando que essas peculiaridades deveriam guiar a construção da natureza jurídica do contrato de franquia, o enquadramento desse modelo de negócio à categoria de terceiro contrato passa a ser algo natural. Por isso, são providenciais os ensinamentos da doutrina italiana do *il terzo contratto*, porquanto debatem uma *terra di mezzo*, uma alternativa entre a plenitude da autonomia da vontade (primeiro contrato) e a vulnerabilidade informacional (segundo contrato).

O desafio, no entanto, é estabelecer critérios mínimos que sejam capazes de qualificar os terceiros contratos enquanto grupo unido por uma identidade de características, cuja única semelhança, portanto, não seja a rejeição ao modelo dualista de classificação. Embora sob a ressalva de não pretender ser algo fixo – porque o contexto pode pedir flexibilização – a essa nova categoria podem ser atribuídos pelo menos os seguintes elementos: 1) vulnerabilidade; 2) negociações assimétricas; e 3) subordinação de uma das partes à outra.

Essas características conduzem novamente ao questionamento inicial, sobre a existência ou não de leis que realmente sejam capazes de disciplinar o contrato de franquia à luz desses critérios.

O problema é que as duas opções legislativas postas sobre a mesa, Código Civil e Código do Consumidor, não são individualmente adequadas para suprir o vazio normativo deixado pela Lei de Franquias. Trata-se de uma zona cinzenta. Isso acontece porque qualquer uma das duas codificações foram minunciosamente pensadas, ao tempo de sua elaboração, para disciplinar relações jurídicas próprias, abarcadas pela classificação do primeiro e segundo contrato. Daí a solução ideal seria que se fizesse a mesma coisa com os contratos de franquia, isto é, que se construísse um regramento específico com disposições que fossem muito além do Circular de Oferta de Franquia e que levassem em consideração os critérios que caracterizam os terceiros contratos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Vitor Luís de. O contrato de franquia. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa: n.º 4, p. 2349-2447, 2014.
- ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.
- ASCENSÃO, J. Oliveira. A nova teoria contratual. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 52, p. 97-126, jan./jun. 2008.
- BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e direito**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BRASIL. **Constituição Federal da República**. Promulgação: 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei n. 10.406. **Diário Oficial da União. Brasília**: 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Lei n. 13.966. **Diário Oficial da União. Brasília**: 26 de dezembro de 2019.
- BRASIL. Lei n. 8.078. **Diário Oficial da União. Brasília**: 11 de setembro de 1990.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0194.13.000.910-4/001, Relator: Desembargador Amorim Siqueira. Brasília: **Dju**, 05 de nov. 2013. Disponível no site do STJ.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ap. Cível nº 1.0112.05.055831-4/001, Relatora: Desembargadora Mariangela Meyer. Brasília: **Dju**, 26 de nov. 2013. Disponível no site do STJ.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 687.322/RJ. 3ª Turma. Rel. Carlos Alberto Menezes. Brasília: **Dju**, 21 de set. de 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 2004/0022012-9, Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgamento: 04 de mar 2010. Brasília: **Dju**, 2010. Disponível no site do STJ.
- CHERTO, Marcelo; CAMPORA, Fernando; GARCIA, Filomena; RIBEIRO, Adir; IMPERATORE, Luís Gustavo. **Franchising: uma estratégia para a expansão de negócios**. São Paulo: Premier Máxima, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 18, p.53-65, 1975.
- DRUCK, Tatiana Oliveira in TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito de empresa e contratos**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- FERNANDES, Lina Márcia. A proteção consumerista do franqueado. **Revista Virtual da faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte: 2015. Disponível em: <http://www3.mcampos.br:84/REVISTA%20DIREITO/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/linafernandesaprotecaoconsumeristadofranqueado.pdf>. Acesso em: 25 de mai. de 2022.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRANCHISING fatura R\$ 185 bilhões em 2021. **Associação Brasileira de Franquias**, 2022. Disponível em: <https://www.abf.com.br/franchising-fatura-r-185-bilhoes-em-2021/>. Acesso em: 09 de jun. de 2022.

GARBI, Carlos Alberto. **Il Terzo Contratto" — Surge uma nova categoria de contratos empresariais?** Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-30/direito-civil-atual-il-terzo-contratto-categoria-contratos-empresariais#sdfootnote10sym>. Acesso em: 25 de mai. de 2022.

GARBI, Carlos Alberto. **Il Terzo Contratto" — Surge uma nova categoria de contratos empresariais (parte 2)**. Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-06/il-terzo-contratto-categoria-contratos-empresariais#_ftn11. Acesso em: 01 de jun. de 2022.

GHERSI, Carlos Alberto. **Contratos civiles y comerciales**. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1999.
GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

JOSÉ CRETELLA NETO, **Do contrato internacional de franchising**. 2. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARSICO, Rita. **Le nuove frontiere della dottrina civilistica: il terzo contratto**. Filodiritto, 2010. Disponível em: <https://www.filodiritto.com/le-nuove-frontiere-della-dottrina-civilistica-il-terzo-contratto>. Acesso em: 31 de mai. de 2022.

MENDES, Davi Guimarães. **O contrato-quadro no Direito Privado brasileiro**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2020. doi:10.11606/D.2.2020.tde-09052021-231552. Acesso em: 07 de abr. de 2022.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa: títulos de crédito e contratos empresariais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

PARDOLESI, Roberto. Prefácio. Una postilla sul Terzo Contratto. In: COLANGELO, Giuseppe. **L' abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti.** Un'analisi economica e comparata. Editora Giappichelli, 2004.

REDECKER, Ana Claudia. **Franchising.** 2. ed. rev., atual., ampl. – Curitiba: Appris, 2020.
RITCHTER, Marina Nascimbem Bechtejew. **A relação de franquia no mundo empresarial e as tendências da jurisprudência brasileira.** São Paulo: Almedina Brasil, 2021.

ROSA, A. L. A evolução do contrato de franquia empresarial no direito brasileiro e soluções para um desequilíbrio congênito. In: ROSA, Alberto Lopes. (Org.). **A evolução do contrato de franquia empresarial no direito brasileiro e soluções para um desequilíbrio congênito.** XXI ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v., p. 5452-5475.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**, vol. 17, 1999.

SILVEIRA, Bruna Moresco. **A interpretação em favor do aderente nos contratos de franquia empresarial.** Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2018.

SISTER, Tatiana Dratovsky. **Contratos de franquia: origem, evolução legislativa e controvérsias.** 2020. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

TAKESHITA, Daiana S. **Função social dos contratos de franquia empresarial como tutela dos direitos.** Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-20/daiana-takeshita-funcao-social-contratos-franquia-empresarial#author>. Acesso em: 22 de mai. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República.** São Paulo: Renovar, 2006.
VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos.** 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2021.