

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

JOSÉ MARIA NUNES JUNIOR

**A MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA SEM ENTREGA DE
CIRCULAR DE OFERTA NO PRAZO LEGAL:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DA ANULABILIDADE PREVISTA NA LEI DE
FRANQUIAS**

FLORIANÓPOLIS

2016

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

JOSÉ MARIA NUNES JUNIOR

**A MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA SEM ENTREGA DE
CIRCULAR DE OFERTA NO PRAZO LEGAL:
UMA ABORDAGEM A PARTIR DA ANULABILIDADE PREVISTA NA LEI DE
FRANQUIAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
junto ao curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, na área de Direito Empresarial e Direito
Contratual.

Orientador: Prof. MSc. Marcus Vinícius
Motter Borges

FLORIANÓPOLIS

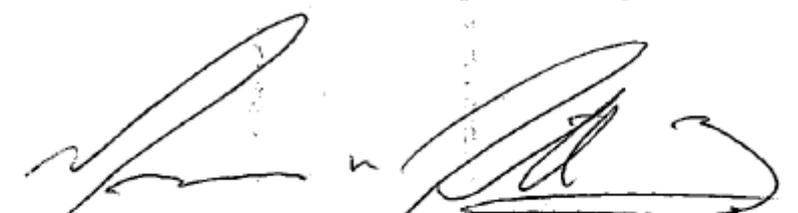
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

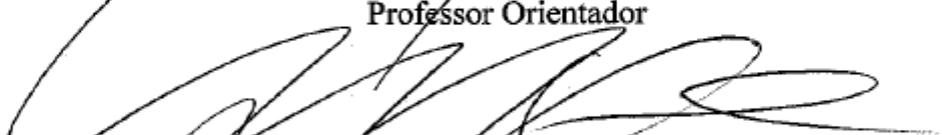
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA SEM ENTREGA DE CIRCULAR DE OFERTA NO PRAZO LEGAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA ANULABILIDADE PREVISTA NA LEI DE FRANQUIAS”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “José Maria Nunes Junior”, defendido em 05/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,0 (NOVE), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

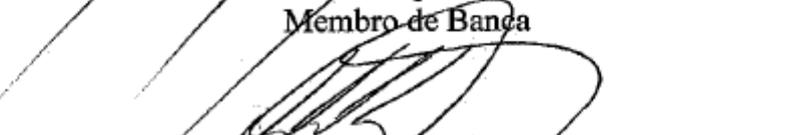
Florianópolis, 05 de julho de 2016



Prof. MSc. Marcus Vinicius Motter Borges
Professor Orientador



Prof. MSc. João Henrique Carvalho Orsatto
Membro de Banca



Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): José Maria Nunes Junior

RG: 4.241.837

CPF: 063.504.469-25

Matrícula: 11202675

Título do TCC: A MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA SEM ENTREGA DE CIRCULAR DE OFERTA NO PRAZO LEGAL: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA ANULABILIDADE PREVISTA NA LEI DE FRANQUIAS

Orientador(a): Prof. MSc. Marcus Vinícius Motter Borges

Eu, José Maria Nunes Junior, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 05 de julho de 2016.

Assinatura manuscrita de José Maria Nunes Junior, sobre uma linha horizontal.

José Maria Nunes Junior

Aos meus primeiros e eternos mestres: José e Elvira.

AGRADECIMENTOS

A meus pais, José Maria Nunes e Elvira Maria Martins, e meus irmãos, Jossinei Nunes, Jossiane Nunes e Luciano Roberto da Conceição Nunes, por terem sempre me dado o suporte em todos os caminhos que escolhi durante a vida, em especial ao meu pai e mãe por terem transmitido o conhecimento e educação para valorizar cada aprendizado que a vida me oportunizou.

A minha namorada Carolina Lima dos Anjos pela torcida, amor e carinho durante grande parte desta jornada na faculdade de direito da UFSC.

A meus amigos mais antigos Osmar Graciola Junior e Rodrigo Zacharjasiewicz Corrêa, pelo apoio e parceria ao longo da vida.

A todos meus amigos da UFSC, por compartilhar esses 5 anos muito felizes da minha vida, em especial Ariane Roseli Costa, Icaroti dos Santos Junior, Leonardo Hasckel Pereira e Fábio André Benedetti, pelos momentos também fora da sala de aula.

A meus amigos Bianca Schmidt, Ellora Patrício, José Victor Crepaldi e Leonardo Pascoal, pela motivação mútua para realização do TCC.

A meu coorientador João Henrique Carvalho Orssatto, pelos valiosos ensinamentos e as críticas qualificadas e a Caio Vieira de Mello e João Henrique Pires Reinhardt, pelo grande auxílio prestado com o material fornecido para elaboração deste trabalho.

A todos muito obrigado!

“Our greatest weakness lies in giving up. The most certain way to succeed is always to try just one more time”

Thomas A. Edison

RESUMO

O objetivo deste trabalho é estudar hipóteses de manutenção do contrato de franquia, mesmo quando o franqueador deixou de entregar ao franqueado a circular de oferta de franquia dentro do prazo legal, a partir da análise das consequências da opção legislativa por anulabilidade do contrato ao invés de nulidade. Para tanto, examina-se o instituto jurídico do contrato, com uma abordagem histórica, do seu conteúdo e seus princípios clássicos e pós-Código Civil de 2002. Em seguida, aborda-se a franquia, apresentando desde o histórico do modelo de negócio no Brasil e no mundo, analisando as características jurídicas do contrato e concluindo com a análise da Lei de Franquias (Lei 8.955/94), com atenção especial à previsão legal da Circular de Oferta de Franquia. Por fim, verifica-se a existência de três hipóteses de manutenção do contrato de franquia mesmo diante da anulabilidade pela ausência de entrega da circular de oferta, são elas: a confirmação pelo franqueado, a decadência do direito de pleitear a anulação e a ausência de demonstração de dano pela falta da Circular de Oferta.

Palavras-Chave: Franquia. Circular de Oferta. Anulabilidade. Princípios Contratuais.

ABSTRACT

The object of this work is studying hypothesis of maintaining the franchising contract, even when the franchisor did not deliver the franchise offering circular in the legal term, from the analysis of the consequences of the legislative option of annullability of the contract instead of nullity. Therefore, examines the legal institution of the contract, with a historical approach, its content and its classic and post-Civil Code of 2002 principles. Then, is discussed the franchise, presenting it from the history of the business model in Brazil and the world, analyzing the legal characteristics of the contract and concluding with the analysis of the Franchise Law (Law 8,955 / 94), with special attention to the legal provision of the offering circular. Finally, there is the existence of three cases of maintenance of the franchise contract even before the annulment by absence of the delivery of the Franchise Offering Circular, they are: confirmation by the franchisee, the decay of the right to request cancellation and the absence of demonstration of damage by the lack of the Offering Circular.

Key Words: Franchise. Offering Circular. Annulability. Contractual Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BFA - British Franchise Association

COF - Circular de Oferta de Franquia

FDD - Franchise Disclosure Document

FTC - Federal Trade Commission

IFA - International Franchising Association

UFOC - Uniform Franchise Offering Circular

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA E OS NOVOS PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	14
1.1 O contrato: conceito, histórico e conteúdo	14
1.2 Princípio da função social do contrato.....	19
1.3 Princípio do equilíbrio econômico do contrato.....	20
1.4 Princípio da boa-fé objetiva.....	23
2. O CONTRATO DE FRANQUIA	27
2.1 A história do <i>Franchising</i>	28
2.2 O <i>Franchising</i> no Brasil	31
2.3 Natureza jurídica e classificação.....	32
2.4 Lei de Franquia (Lei 8.955/94).....	33
2.5 A Circular de Oferta de Franquia (COF).....	38
3. A MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA DIANTE DA AUSÊNCIA DE ENTREGA DA CIRCULAR DE OFERTA NO PRAZO LEGAL.....	42
3.1 Ausência de entrega da COF e a anulabilidade do contrato de franquia	42
3.2 Anulabilidade <i>versus</i> nulidade.....	43
3.3 A manutenção do contrato de franquia: confirmação do franqueado.....	46
3.4 A manutenção do contrato de franquia: decadência	49
3.5 A manutenção do contrato de franquia: ausência de dano.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

Em 1994, o Poder Legislativo introduziu a Lei de Franquias, com ela também trouxe do direito estadunidense a ideia da Circular de Oferta de Franquia, documento no qual o franqueador repassaria diversas informações acerca da franquia ao potencial franqueado.

Para garantir eficácia a exigibilidade da circular de oferta, o legislador garantiu ao franqueado a possibilidade de arguir a anulabilidade do contrato caso a regra não seja cumprida pelo franqueador.

Então, surge o interesse em verificar se há possibilidade de manter um contrato de franquia mesmo quando o franqueador não entrega a circular de oferta no prazo legal, uma vez que a opção legislativa foi por tratar de arguição de anulabilidade no texto da lei.

Partindo da hipótese que existiriam ocasiões em que se manteria o contrato de franquia, o início dos estudos do presente trabalho está no instituto do contrato e seus princípios regentes, um dos pilares do direito civil e do exercício do direito fundamental de liberdade, iniciando pela sua concepção e principiologia clássica e, em seguida, estudando os novos princípios estabelecidos pelo Código Civil de 2002.

De maneira ampla e genérica, o contrato é o meio de autocomposição para realização pacífica do interesse entre as partes, o qual sofreu profundas modulações com as revoluções sociais do século XX. O que era um instrumento em que particulares criavam direitos e obrigações para si, e somente para si, como se lei fosse, passou a ser um dos focos centrais no Estado Social na busca pela justiça social.

Na sequência, passa-se a analisar os princípios contratuais pós-Código Civil de 2002, iniciando pelo da função social do contrato, com objetivo de realização da justiça social prevista na Constituição Federal de 1988.

Em seguida, analisar-se-á o princípio do equilíbrio econômico do contrato ou equivalência das prestações que, dentro da relação contratual, é elemento que busca a igualdade de direitos e deveres estabelecidos pelas partes.

Por último, é preciso observar os impactos do princípio da boa-fé objetiva nas atuais relações contratuais, uma vez que este princípio veio positivado no Código Civil e se trata de um conceito aberto aplicável a qualquer contrato.

A partir deste ponto, é necessário estudar o contrato de franquia especificamente. Inicialmente, conhecer as peculiaridades do sistema de franquias, o qual é um modelo de negócios bastante moderno, alternativo e característico.

Para entendê-la na essência, a primeira abordagem quanto à franquia é sua história, o que importará em estudar sua formação anterior no exterior para conhecer sua aplicação no Brasil. Em seguida, verificar-se-á a legislação específica, aprofundando os estudos quanto à Circular de Oferta de Franquia e a disposição acerca de sua anulabilidade.

Por fim, a partir destes estudos anteriores, analisar quais hipóteses de manutenção do contrato de franquia pode se considerar na análise da opção legislativa pela anulabilidade. Este é o objetivo deste trabalho.

O tema é atual porque, mesmo sendo a anulabilidade um tema clássico do direito, sua abordagem e aplicação irradiam a interpretação das normas mais recentes, e a Lei de Franquia não é diferente. A Lei de Franquias tem pouco mais de duas décadas, portanto, longe de ser um tema exaurido pela academia. O tema se torna ainda mais atual quando o cenário econômico da última década mostrou um país com melhores índices de desenvolvimento, portanto, permitindo àquele que deseja empreender buscar alternativas, já que abrir uma franquia é uma maneira bastante dinâmica e de baixo risco para se tornar empresário.

De igual forma o tema é importante porque o modelo de negócio de franquia (*franchising*) é um modelo em franca expansão. A Lei de Franquias, mesmo com poucos artigos, atinge uma vasta gama de pequenos empresários, os chamados “franqueados”, que muitas vezes são novos empreendedores que colocam toda sua economia em um negócio que acreditam ser consolidado. Do outro lado “o franqueador”, empresas consolidadas, muitas vezes multinacionais, buscando expandir seu mercado sem grandes investimentos, compartilhando seu modelo de negócio de sucesso. Nessa relação, a Lei de Franquias impõe regras, especialmente de transparência, para que a relação entre o grande e o pequeno empresário seja a mais franca possível. A possibilidade de anulação do contrato por falta da entrega da circular de oferta, documento que apresenta a franquia e o franqueador ao potencial franqueado, é uma garantia sensível, contudo, pode ser invocada de maneira abusiva, portanto, importante delinear quando deve ser acolhida.

O trabalho tem novidade porque não se encontra análise tão específica acerca da aplicação (ou não) do disposto no 4º, parágrafo único, da Lei 8.955/94. Em uma consulta prévia à jurisprudência, pôde-se encontrar facilmente a não aplicação, porém sem grandes reflexões a respeito, o que torna o estudo premente e atual.

O método de abordagem será dedutivo e o procedimento pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Para realizar esta abordagem, as técnicas adotadas serão consulta a livros, websites, artigos e a site de tribunais.

1. TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA E OS NOVOS PRINCÍPIOS ESTABELECIDOS PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Antes de iniciar os estudos do contrato de franquia, importante estudar o instituto do contrato e seus princípios regentes, um dos pilares do direito civil e do exercício do direito fundamental de liberdade, iniciando pela sua concepção e principiologia clássica e, em seguida, estudando os novos princípios estabelecidos pelo Código Civil de 2002.

1.1 O contrato: conceito, histórico e conteúdo

De maneira ampla e genérica, o contrato é o meio de autocomposição para realização pacífica do interesse entre as partes. Neste conceito, encaixa-se desde os contratos mais complexos e valiosos que se pressupõe realizados entre grandes corporações, até os mais corriqueiros, de menor valor.

Desde o momento histórico do aparecimento do homem há indícios da existência do contrato, no sentido amplo, ou, pelo menos, do direito, em sua forma mais primitiva, segundo o vetusto princípio romano *ubi societatis, ibi jus*. Realmente, pela circunstância do agrupamento em tribos dos seres humanos já se presume a verificação de uma concordância em um determinado comportamento, acatando os componentes do grupo certas regras comuns de convivência. Antes do aparecimento da moeda, as relações comerciais se desenvolviam num sistema de trocas dos mais variados produtos, envolvendo, sempre, apesar de tacitamente, deveres e direitos de cada lado das partes contratantes (RIZZARDO, 2013, p. 7).

Nos registros do antigo império romano é perceptível que o contrato visa preponderantemente estabelecer uma forma de as pessoas conseguirem realizar seus interesses sem a utilização da autotutela, representada pela prevalência do mais forte sobre o mais frágil, apenas com a expressão da vontade e pela força do pacto, “(...) para obtenção e circulação dos bens da vida, em prol do reconhecimento de obrigações nascidas do consenso das próprias partes” (LÔBO. 2011, p. 15).

Nesta oposição ao uso da força, a vontade é o elemento ético do contrato. Através dela o ser humano cria para si obrigações que representam direitos para a outra parte e vice-versa. Direitos e obrigações são a antítese normal das relações realizadas dentro de um ordenamento jurídico, “do direito reconhecido em favor de uma pessoa advém uma obrigação de também reconhecer o direito de outra pessoa” (RIZZARDO. 2013, p. 1).

Entretanto, o conceito prático do contrato sofreu modulações mesmo mantendo sua essência. Segundo conta Lôbo (2011, p. 16), o “direito contratual como conhecemos atualmente começou a tomar corpo somente no século XVIII e recebeu desenvolvimento e sistematização somente no século XIX”. A mudança está atrelada à Revolução Francesa a qual foi paradigmática para o fim do poder na mão do Monarca, enxugando o poder e influência do Estado, alicerçada nos pilares da liberdade, igualdade e fraternidade. Esta foi a concepção do Estado Liberal, onde firmou-se o que é hoje chamado de conceito clássico de contrato. Theodoro Jr. (2008, p. 1), conta que neste Estado

o contrato é instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade reina ampla e livremente. Salvo apenas pouquíssimas limitações de lei de ordem pública, é a autonomia da vontade que preside o destino e determina a força da convenção criada pelos contratantes. O contrato tem força de lei, mas esta força se manifesta apenas entre os contratantes.

A aceção clássica do contrato vigorou pelo século XIX e início do XX. No conceito clássico de contrato, três eram os princípios basilares do contrato, conforme aponta Theodoro Jr. (2008, p. 1):

a) o da *liberdade contratual*, de sorte que as partes, dentro dos limites da ordem pública, podem convencionar o que quiserem e como quiserem; b) o da *obrigatoriedade do contrato*, que se traduz na força de lei atribuída às suas cláusulas (*pacta sunt servanda*); e c) o da *relatividade dos efeitos contratuais* segundo o qual o contrato só vincula as partes da convenção, não beneficiando nem prejudicando terceiros (*res inter alios acta neque nocet neque prodest*).

O princípio da liberdade contratual, também chamado de princípio da autonomia da vontade, é o princípio *conditio sine qua non* para a existência do contrato. O contrato, como instrumento para que as partes exerçam suas liberdades e possam entre si criar regras as quais se comprometem a cumprir, perde o sentido se a uma ou ambas as partes ele é imposto. Se não há a livre iniciativa consciente da parte, o resultado é a imposição de normas. Neste contexto, é o mais forte sobre o mais fraco, o oposto do contrato, é o que as instituições do Direito pretendem afastar para a vida em sociedade. Significa, portanto, o exercício da liberdade dos particulares entre si, agindo dentro dos limites a eles estabelecidos no ordenamento jurídico.

Neste diapasão, leciona o doutrinador Arnaldo Rizzardo (2013, p. 18)

desde o surgimento, passando pelo direito romano e pelas várias correntes filosóficas e jurídicas da história, o princípio da autonomia da vontade sempre foi consagrado. Por isso, é o contrato considerado como o acordo de vontades

livres e soberanas insuscetível de modificações trazidas por qualquer outra força que não derive das partes envolvidas. Induziu a tão alto grau a liberdade de pactuar, que afastou quase completamente a interferência estatal. Assim pontificou na doutrina de J. J. Rousseau, na qual prepondera a vontade geral, e não a individual, com o menor envolvimento possível do Estado, formada pelo livre consentimento das vontades individuais, vindo a constituir o contrato social.

Enquanto o princípio da autonomia da vontade possibilita a existência do contrato, o princípio da obrigatoriedade do contrato é o que garante a sua utilidade. Assim como regras impostas não podem ser consideradas regras contratuais, regras estabelecidas que não possuem força coercitiva para que possam ser exigidas de nada servem. Quando as partes contratam, firmam um pacto para que aquilo que seja estabelecido deva ser cumprido. Se a parte interessada não puder exigir da outra o cumprimento do contrato, seu conteúdo se esvai assim como sua utilidade. Destaca-se que é o detentor da força quem coage as partes contraentes a cumprirem o acordo, no caso, o Estado, pois, caso contrário, não haveria consequência para a parte mais forte no descumprimento, já que o mais fraco não conseguiria coagi-lo por suas próprias forças.

Em consonância com este entendimento correlacional entre os princípios, assevera Paulo Nader (2013, p. 27) que

o princípio da obrigatoriedade apoia o da autonomia da vontade, pois de nenhum sentido este último se a criatividade desenvolvida carecesse de força jurídica. Se aos particulares é atribuído o poder de criar o seu próprio dever ser, contraditório seria o não provimento de obrigatoriedade às cláusulas contratuais. O poder intimidativo das obrigações contratuais se nivelaria ao das regras morais e convencionalismos sociais.

O princípio da relatividade dos efeitos completa os princípios clássicos, garantindo que os deveres e obrigações dos contratos se limitem aos contratantes. Com a concepção do contrato entre partes livres, no exercício de suas vontades, obrigando-se a cumprir o acordo, não poderia surtir efeitos a terceiros desobrigados, pois, desta forma, invalidaria os outros dois princípios. A autonomia da vontade seria afetada porque não estaria sendo respeitado o livre arbítrio do terceiro em não participar do contrato. Já a obrigatoriedade do contrato tornaria terceiros sujeitos a leis criadas pelas partes contraentes.

Os princípios clássicos bastaram para as relações contratuais até o início do século XX, pois as pessoas teriam ampla e garantida liberdade para realizar seus contratos. No entanto, percebeu-se que a liberdade em contratar era relativizada por fatores externos, porque nem sempre contratar era uma opção de fato, mas uma necessidade, acarretando para uma das

partes obrigações desproporcionadas, potencializadas pela revolução industrial do final do século XIX. Conta a doutrinadora Mônica Yoshizato Bierwagen (2007, p. 46)

o exercício de tal liberdade, levado a extremos, mostrou que esse modelo, em vez de libertar, cada vez mais escravizava a parte social ou economicamente mais fraca: a pretensa isonomia das partes enfraquecia-se cada vez mais ante o poderio econômico das grandes indústrias que se formavam e impunham unilateralmente suas condições; a liberdade de escolher com quem contratar paulatinamente era mitigada pela impossibilidade de satisfação das necessidades do indivíduo por outros meios senão através da aquisição de bens do grande produtor; o direito de propriedade levado a seus extremos viabilizou a concentração de capital.

O modelo do Estado Liberal clássico, não intervencionista, apenas garantidor do cumprimento dos pactos entre as partes, entrou em crise nos países industrializados. Enxergou-se uma demanda para que o Estado buscasse reequilibrar as relações ativamente entre os particulares, porque os contratos desbalanceados passaram a surtir efeitos inclusive para além das partes, em contraponto ao intuito clássico de manter seus efeitos apenas *inter partes*.

Com a crise do Estado Liberal clássico, surge o modelo do Estado Social, atuando nas relações privadas sobre três aspectos, conforme aponta Bierwagen (2007, p.46),

(1) criando, através da lei, uma superioridade jurídica que compensasse a inferioridade econômica ou social da parte mais fraca; (2) reconhecendo e apoiando grupos organizados de representação, como os sindicatos; (3) adotando o dirigismo contratual, consistente na proibição ou imposição de certo conteúdo a alguns contratos, ou condicionando sua eficácia à autorização do Poder Público.

Foi nesta toada que se desenvolveram as relações contratuais do século XX, uma busca por um reequilíbrio, denominado de justiça social, através da intervenção do Estado.

No Brasil, influenciado pela conjuntura internacional acerca da responsabilidade do Estado sobre as relações socialmente injustas e desiguais, ao tratar sobre a ordem econômica e financeira, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou, no artigo 170, a justiça social como princípio geral da atividade econômica. Neste momento, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é ultrapassado a barreira individualista tradicional para uma visão coletiva do contrato. Neste diapasão, Paulo Lôbo (2011, p. 17) defende que, para conhecimento e aplicação do contrato contemporâneo, é necessário que:

a) compreensão da insubstituível submissão do contrato aos valores sociais e diretrizes constitucionalmente estabelecidos, que decorre do papel de

centralidade do direito privado, no que diz respeito a seus fundamentos, que a Constituição assumiu a partir do Estado social, principalmente com a regulação estrutural da ordem econômica; b) a relevância que os princípios jurídicos passaram a ter nas relações contratuais, pois aqueles informam e conformam estas em sua conclusão, execução e extinção, implicando o redimensionamento da função do juiz na aplicação do direito; c) a proteção jurídica conferida ao contratante, que a lei presume vulnerável; d) a primazia da conduta negociada típica sobre a vontade manifestada ou não, nas ofertas ao público de produtos e serviços; e) a atribuição de efeitos contratuais à automação e aos atos promovidos de sistemas informatizados, sem imediata atuação humana no momento da celebração do contrato; f) a crescente importância da autonomia privada coletiva, na qual as pessoas são substituídas por entidades ou grupos representativos de interesses; g) a substituição do modelo antagonista dos interesses dos contratantes pelo da cooperação na obtenção do fim comum, principalmente nos contratos duradouros que podem acompanhar a vida do contratante, como os de planos de saúde ou de previdência privada, de natureza existencial; h) a harmonização dos direitos nacionais e a proteção do contratante, em virtude da aquisição ou utilização de produtos ou serviços mediante contratos eletrônicos ofertados em sítios eletrônicos oriundos de outros países, ou de origem desconhecida; i) a compreensão que a massificação contratual é incompatível com o consentimento fundado em vontades individuais.

Portanto, o Estado e a sociedade deixaram de acreditar na liberdade das partes como único fundamento para validade do contrato justo, passando a entender também a justiça social como fundamento de igual valor, importando no compromisso das partes em observar seus ditames para que o contrato seja válido e produza seus efeitos adequadamente. Desta nova concepção e preocupação surgem novos princípios basilares a serem estudados a diante.

Além da evolução histórica do contrato (e de seus princípios), outro aspecto que importou na mudança conceitual do contrato foi a limitação de seu conteúdo. A conceituação atual revela um viés exclusivamente patrimonialista. Para Paulo Nader (2013, p. 9) a atual aceção de contrato é o “acordo de vontades que visa a produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial. Por ele, cria-se, modifica-se ou extingue-se a relação de fundo econômico”. Então, percebe-se que o contrato passa a tutelar a vontade das partes acerca de interesses econômicos exclusivamente.

Com a explanação acerca da característica patrimonial da concepção moderna do contrato, demanda-se aclarar que as obrigações oriundas dos contratos permanecem pessoais, dentro da classificação dos direitos pessoais e não nos direitos reais. Os direitos ditos reais são aqueles da relação pessoa-objeto, oponível a todos (*erga omnes*), enquanto o direito pessoal é aquele da relação pessoa-pessoa, com efeito entre as partes (*inter partes*), ou seja,

quando direitos importam numa relação jurídica em que o sujeito ativo exerce um poder de sujeição sobre uma coisa, exigindo o respeito de todos os outros

membros da coletividade, denominam-se reais; se concedem ao sujeito ativo o direito de exigir de determinada pessoa ou de certo grupo de pessoas a prática de um ato ou uma abstenção, o nome é direitos obrigacionais (RIZZARDO. 2013, p. 2).

Percebe-se então que, ao longo da história, o contrato não sofreu apenas alterações em sua conceituação, mas também dos princípios que regem esta relação jurídica e limitação do seu conteúdo. Enquanto princípios clássicos foram relativizados para adequar a compreensão moderna de contrato, novos surgem em primeiro plano para garantir a relação pessoal ao mesmo tempo que garantem a justiça social. No Brasil, o Código Civil de 2002 introduz de maneira positiva três princípios: o da função social do contrato (artigo 421), o do equilíbrio econômico do contrato (artigo 478) e o da boa-fé objetiva (artigo 422).

1.2 Princípio da função social do contrato

Como apresentado, com o advento das revoluções sociais do século XX, o contrato passou por profundas modulações. O que era um instrumento em que particulares criavam direitos e obrigações para si, e somente para si, como se lei fosse, passou a ser um dos focos centrais no Estado Social na busca pela justiça social, isto porque “justamente a exagerada autonomia da vontade leva a depararmos com inúmeras situações sociais conflitantes. Na prática, uns vencem mais que os outros, dispõem de maior discernimento e tino negocial” (RIZZARDO. 2013, p.19).

No Brasil, apesar de estar gravado no artigo 421 do Código Civil de 2002, foi com a Constituição Federal de 1988 que se vinculou a ideia justiça social aos demais elementos da ordem econômica, como a propriedade privada, a defesa do consumidor, do meio ambiente, etc. Versa o artigo 170, já com as alterações dos incisos VI e IX da Emenda Constitucional nº 42 de 2003:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Neste diapasão, o Código Civil de 2002 expressamente previu que o princípio da função social do contrato limitaria a liberdade em contratar, ao prever no art. 421 que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Esta limitação importa em sensível alteração ao passo que o contrato terá sua validade verificada no campo externo ao interesse das partes graças ao princípio da função social. Assim, assevera Paulo Nader (2013, p. 26), “a função social do contrato exige que os acordos de vontade guardem sintonia com os interesses da sociedade, impedindo o abuso de direito. A validade dos contratos não requer apenas o cumprimento dos requisitos constantes no art. 104, da Lei Civil”.

Ao sofrer essa necessidade de verificação extrínseca ao contrato, surge o conflito entre os interesses contratuais dos contratantes e os interesses sociais, devendo prevalecer estes em detrimento daqueles. Ao tratar sobre o princípio da função social do contrato, quanto à prevalência dos interesses sociais aos particulares, afirma Arnaldo Rizzardo (2013, p.20) que a função social do contrato

leva a prevalecer o interesse público sobre o privado, a impor o proveito coletivo em detrimento do meramente individual, e a ter em conta mais uma justiça distributiva que meramente retributiva. Rompe-se com o princípio arrimado no velho brocardo latino *suum cuique tribuere* - dar a cada um o seu.

Na prática, o princípio da função social do contrato visa combater o abuso de direito, garantindo que os acordos de vontade estejam em consonância com os interesses da sociedade. Então, segundo leciona Humberto Theodoro Junior (2008, p. 35) “se algum dano indevido a terceiro ou à coletividade for detectado, a autonomia contratual terá sido exercitada de forma injurídica. Não poderá o efeito danoso prevalecer”. Não se pode aceitar que um contrato fira, por exemplo, o meio ambiente. As partes não podem ignorar o meio em que se inserem, não podem apenas atentar aos requisitos constantes no artigo 104, mas todo o arcabouço de normas que visam a alcançar a justiça social delineada pela Constituição.

1.3 Princípio do equilíbrio econômico do contrato

Corroborando com a preocupação com a justiça social e com a função social do contrato apresentada no item anterior, o princípio do equilíbrio econômico do contrato ou equivalência das prestações é a realização material de direitos e deveres antes, durante e após contrato, de maneira equilibrada almejando a harmonização dos interesses. Dentro da relação, é elemento que busca o equilíbrio entre os direitos e deveres das partes contraentes.

No Estado Liberal era impensável e abominável qualquer intervenção do juiz na observância de desigualdade entre os poderes contratuais ou desequilíbrio de direitos e deveres, porque o contrato fazia lei entre as partes, estas sendo formalmente iguais, pouco importando se havia abuso ou exploração de uma parte mais forte contra uma mais fraca; o princípio do equilíbrio econômico rompe essa barreira fazendo com que o juiz entre no mérito acerca daquilo que foi estabelecido para as partes.

Segundo leciona Lôbo (2011, p. 71), existe uma separação dentro do princípio, separando o aspecto subjetivo e objetivo, sendo que o

aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão, entre outros. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais, que pode estar presente na celebração do contrato, ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que acarretem a onerosidade excessiva para uma das partes.

Percebe-se que o princípio da equivalência das prestações ou do equilíbrio econômico do contrato é uma relativização do princípio clássico *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos).

O princípio da equivalência das prestações não visa interferir nas relações contratuais fazendo com que todas tenham que passar pelo crivo do judiciário para equivaler as prestações e obrigações estabelecidas, não é este o ponto. O que se busca é alcançar um equilíbrio entre vulnerabilidades flagrantes entre as partes (consumidor, meio ambiente, trabalhador, etc.), da manutenção dos interesses iniciais diante das mudanças supervenientes, que fogem ao controle das partes causando onerosidade excessiva ou resultado excessivo a alguma das partes, ou quando flagrante é o resultado exacerbado de uma parte contra a outra.

O Código Civil (BRASIL, 2002) inovou quanto ao anterior, pois, expressamente elencou hipóteses de revisão contratual, nos artigos 317, 478, 479 e 480; *in verbis*:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

A revisão contratual propriamente dita, também chamada de teoria da imprevisão,

consiste na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, o que na prática é viabilizado pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* (BIERWAGEN. 2007, p. 113).

A cláusula *rebus sic stantibus* implícita a todos contratos de trato continuado ou de execução diferida, ao mesmo tempo que pode ser entendida como uma limitação *pacta sunt servanda*, pode ser interpretada como uma complementação natural do contrato, pois preserva sua essência. Desde seu início, o contrato previa a realização pacífica dos interesses das partes, no entanto, quando um fato superveniente altera profundamente o estado das coisas, o elo entre os interesses negociados e as regras do contrato se rompe. Resta apenas às partes se autocompor para adequar seus interesses à nova realidade dos fatos, ou ao Estado assumir essa tutela, como garantidor das relações e da realização pacífica dos contratos.

No entanto, a autora Mônica Yoshizato Bierwagen (2007, p. 97) é precisa ao advertir e esclarecer sobre o princípio quando afirma que

é importante salientar que apenas lucrar não é condenável; o lucro, inclusive, é admitido pelo sistema econômico adotado pela Constituição Federal. O que não se admite, todavia, é lucrar excessivamente, ultrapassando os limites do razoável para passar ao enriquecimento injustificado.

Neste escopo, é imprescindível que não haja uma aplicação exacerbada do princípio pelo judiciário para não tolher a autonomia da vontade das partes e incorrer em outras consequências nefastas do excesso de judicialização, quando, por exemplo, as partes deixam de agir com um mínimo de diligência ao contratar, acreditando que o judiciário irá resolver seus problemas sempre que não quiser arcar com as responsabilidades assumidas. O jurista Paulo Lôbo (2011, p. 72) defende que a aplicação adequada do princípio observa três requisitos

em primeiro lugar, a existência de uma desproporção manifesta entre os direitos e deveres de cada parte. Em segundo lugar, é necessário que haja desigualdade de poderes negociais, ou seja, um poder negociai dominante e a contrapartida do poder negociai vulnerável, que exclui sua incidência nos contratos paritários, já que nestes há presunção da equivalência. Em terceiro lugar, que as situações de vulnerabilidade da parte contratante sejam reconhecidas pelo direito.

Destarte, o princípio do equilíbrio contratual juntamente com o princípio da função social do contrato combinam ideias que visam garantir intrínseca (princípio do equilíbrio) e extrinsecamente (função social) a validade do contrato para além das consequências *inter partes*, “em síntese, necessário proceder com honestidade nos negócios jurídicos. O contrato, em essência, e por definição, é um congresso de vontades para formar um ato jurídico e não expediente de exploração do homem pelo homem” (RIZZARDO, Arnaldo, 2013, p. 21).

Contudo, nem somente observando a equivalência das prestações se pode garantir a justiça social do contrato, é necessário também outro princípio que guiará o comportamento das partes e aplicação adequada das normas pelo interprete ao dirimir conflitos: o princípio da boa-fé objetiva.

1.4 Princípio da boa-fé objetiva

Após apresentados os princípios da função social do contrato e da equivalência das prestações, o princípio da boa-fé objetiva é o terceiro princípio estudado que modifica, exercendo uma força externa, o instituto do contrato civil. Na atualidade é aclamado como princípio basilar do contrato. No Brasil foi positivado através da instituição do Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 não previa o princípio expressamente, o que, para Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 18), é

a maior crítica que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era a de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa-fé como cláusula geral, falha imperdoável diante da consagração do princípio nos Códigos a ele anteriores, como o francês (art. 1.134) e o alemão (§ 242).

No Código Civil (BRASIL, 2002), a positivação se deu através do artigo 422, com a redação: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. É previsto, portanto, como requisito de validade que todos os contratantes observem a boa-fé e a probidade na conclusão e execução do contrato, contudo, existe certa imprecisão no texto legal apontada pela doutrina.

O primeiro aspecto é o fato de explicitamente o legislador tratar da fase de execução e conclusão do contrato, o que, no entanto, não significa que as partes não deverão observar este princípio na fase pré-contratual. Segundo o doutrinador civilista Paulo Lôbo (2011, p. 74),

a melhor doutrina tem ressaltado que a boa-fé não apenas é aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas também aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (in contrahendo) ou após a extinção do contrato (post pactum finitum). Assim, para fins do princípio da boa-fé objetiva, são alcançados os comportamentos do contratante antes, durante e após o contrato. O Código de Defesa do Consumidor avançou mais decisivamente nessa direção, ao incluir na oferta toda informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30), ao impor o dever ao fornecedor de assegurar ao consumidor cognoscibilidade e compreensibilidade prévias do conteúdo do contrato (art. 46), ao tornar vinculantes os escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48) e ao exigir a continuidade da oferta de componentes e peças de reposição, após o contrato de aquisição do produto (art. 32). O Código Civil não foi tão claro em relação aos contratos comuns, mas, quando se refere amplamente à conclusão e à execução do contrato, admite a interpretação em conformidade com o atual estado da doutrina jurídica acerca do alcance do princípio da boa-fé aos comportamentos in contrahendo e post pactum finitum. A referência à conclusão deve ser entendida como abrangente da celebração e dos comportamentos que a antecedem, porque aquela decorre destes. A referência à execução deve ser também entendida como inclusiva de todos os comportamentos resultantes da natureza do contrato. Em suma, em se tratando de boa-fé, os comportamentos formadores ou resultantes de outros não podem ser cindidos.

O segundo aspecto do texto legal discutido é quanto a menção da probidade. O artigo 422 do Código Civil de 2002 indica que o resguardo da probidade é tão importante quanto o da boa-fé. Ocorre, no entanto, que se entende a probidade como um pressuposto do princípio da boa-fé em seu aspecto objetivo, como assevera Paulo Lôbo (2011, p. 74),

no direito contratual privado, todavia, a probidade é qualidade exigível sempre à conduta de boa-fé. Quando muito seria princípio complementar da boa-fé objetiva, ao lado dos princípios coligados da confiança, da informação e da lealdade. Pode-se dizer que não há boa-fé sem probidade, desde os antigos romanos.

Como apontado, o princípio da boa-fé é entendido sobre dois aspectos, subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo está presente no ordenamento jurídico pátrio desde o Código Civil de 1916, tratando do estado interno do sujeito na contratação, como o de desconhecimento ou compreensão equivocada na interpretação de uma situação fática. Ao exemplificar esta situação, a autora Mônica Bierwagen (2007, p. 78) fala dos critérios de classificação da posse, como

a posse de boa-fé é aquela exercida com desconhecimento sobre a inidoneidade do título para a transmissão da propriedade (art. 1.201); o mesmo ocorre no caso da boa-fé de terceiros contida, por exemplo, nos arts. 167, 286, 307 e 309 do novo Código Civil, em que são eles protegidos pelo erro cometido em estado de ignorância sobre algum fato.

No aspecto objetivo, a redação do artigo 422, contudo, apresenta determinação aberta, abstrata, trazendo grande imprecisão na conceituação do que é a boa-fé objetiva. Segundo Caio Mário (2013, p. 19), o princípio da boa-fé em seu aspecto objetivo se opõe ao aspecto subjetivo porque

não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.

Este padrão de conduta variável é a imprecisão do princípio. O que se espera com a boa-fé objetiva é que as partes ajam com lealdade, honestidade, probidade, sinceridade, etc., antes, durante e depois da execução do contrato. O princípio da boa-fé é um preceito ético a ser observado pelos contratantes, levando-se em consideração, conforme ressalta Bierwagen (2007, p. 78), que

de fato, há certa imprecisão das regras de conduta enfeixadas pelo princípio, pois não é possível determinar, com absoluta exatidão, o que vem a ser um comportamento leal, honesto, sincero, reto. No entanto, essa imprecisão é necessária para que haja liberdade ao intérprete de estabelecer o seu sentido caso a caso (...).

Portanto, o princípio da boa-fé objetiva “não é princípio dedutivo, não é argumentação dialética; é medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa pré-constituída, mas que será preenchida com a atuação do intérprete-julgador” (LÔBO, 2011, p. 73).

O jurista Humberto Theodoro Jr. (2008, p. 21) apresenta um alcance muito maior para o princípio da boa-fé objetiva. Para ele,

não é apenas como fonte de obrigações acessórias que o direito contemporâneo introduz a boa-fé objetiva no campo do direito dos contratos. O Código Civil de 2002, fiel ao projeto de seus arquitetos de assentá-lo sobre o princípio da eticidade, invoca a conduta ética dos contratantes, em três circunstâncias diferentes mas ideologicamente conexas: a) no art. 422, estabelece-se a obrigação acessória de agir segundo os princípios de probidade e boa-fé, independentemente da previsão dessa conduta nas cláusulas do contrato, das negociações preliminares, ou dos termos ajustados para a execução e para a responsabilidade pela prestação realizada (função integrativa da boa-fé objetiva); b) no art. 113, estatui-se que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (função interpretativa da boa-fé objetiva) (...); c) no art. 187, reprime-se, como ato ilícito, a conduta do titular de um direito, que, no exercê-lo, “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (função limitativa da boa-fé objetiva, como meio de controlar o exercício do direito em busca de impedir ou sancionar o abuso do direito). Sendo ato ilícito o abuso de direito, quando este se configurar; o princípio da boa-fé conduzirá à nulidade, total ou parcial, do contrato, sem prejuízo da reparação do dano sofrido pela vítima.

O princípio da boa-fé objetiva se mostra, portanto, o último princípio basilar deste estudo do contrato. Contudo, como apresentar-se-á nos capítulos seguintes, é princípio de fundamental aplicação no contrato de franquia e de sua interpretação, uma vez que, as partes vulneráveis entre si, dependerão de uma conduta escoreita objetiva de ambas.

2. O CONTRATO DE FRANQUIA

O sistema de franquias é um modelo de negócios bastante moderno, alternativo e característico que exige um contrato adequado para garantir a relação sadia entre as partes. Trata-se de um contrato dependente de alta colaboração entre as partes, é o que pressupõe maior franqueza, mesmo existindo conseqüente diferença de poder econômico entre franqueador e franqueado.

Segundo a *International Franchising Association* – IFA (2016, tradução nossa),

Franchising é simplesmente um método de expansão de negócio e distribuição de produtos e serviços através de uma relação de licença. Em *franchising*, franqueadores (uma pessoa ou companhia que garante a licença a terceiros para conduzir um negócio sob suas marcas registradas) não apenas especificam os produtos e serviços que serão oferecidos pelos franqueados (uma pessoa ou companhia a quem é garantida a licença para fazer negócios sob marca e o nome registrados do franqueador), mas também lhes fornece um sistema operação, marca e suporte¹.

Juridicamente, o legislador pátrio fixou conceito de franquia no artigo 2º da Lei 8.955/94 (BRASIL, 1994), traduzindo para o mundo jurídico o modelo de negócio com a seguinte redação:

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

Sobre o conceito jurídico apresentado no artigo 2º da Lei de Franquia, discorre-se a frente neste capítulo, quando a Lei é analisada por completo. Neste momento, importante apresentar a concepção mais administrativa-econômica do modelo de *franchising*.

Temos, normalmente, de um lado, o franqueador, uma empresa de médio ou grande porte que deseja expandir seus negócios e, do outro lado, o franqueado, um pequeno

¹ Franchising is simply a method for expanding a business and distributing goods and services through a licensing relationship. In franchising, franchisors (a person or company that grants the license to a third party for the conducting of a business under their marks) not only specify the products and services that will be offered by the franchisees (a person or company who is granted the license to do business under the trademark and trade name by the franchisor), but also provide them with an operating system, brand and support.

investidor que deseja abrir um negócio próprio sem assumir muitos riscos. Nas palavras do doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2012a, p. 211), o contrato de franquia é o resultado

da conjugação de dois outros contratos empresariais. De um lado, a licença de uso de marca, e, de outro, a prestação de serviços de organização de empresa. Sob ponto de vista do franqueador, serve o contrato para promover acentuada expansão dos seus negócios, sem os investimentos exigidos na criação de novos estabelecimentos. Sob o ponto de vista do franqueado, o contrato viabiliza o investimento em negócios de marca já consolidada junto aos consumidores, e possibilita o aproveitamento da experiência administrativa e empresarial do franqueador.

Analisando o caráter da prestação das partes dentro do contrato de franquia, frisa-se que a franqueza é primordial para seu sucesso. Enquanto o franqueador se torna vulnerável ao repassar os segredos de seu negócio a um terceiro (franqueado) ou permitir que utilize sua marca, o franqueado, economicamente vulnerável na relação, precisa acreditar na fórmula de sucesso oferecida pelo franqueador. Acreditar no modelo de negócio do franqueador para o franqueado passa a ser uma opção quando os riscos de (in)sucesso de um negócio novo são ainda maiores.

Ter o capital inicial para iniciar uma empresa é apenas um pequeno passo para o empreendedor. Diversos são os riscos intrínsecos e extrínsecos da atividade empresarial, como por exemplo, encontrar uma demanda, investir corretamente em marketing e propaganda, desenvolver o produto ou serviço, a marca, a embalagem, adequar seu produto as normas reguladoras, etc. Sobre os riscos do empreendedor minorados pelo sistema de franquia, Fábio Ulhoa (2012a, p. 210) ensina que

o estabelecimento empresarial não se organiza facilmente. Aliás, se o mercado valoriza o aviamento, o fundo de empresa, então reconhece a importância e a dificuldade do trabalho organizativo que o empresário despense. As pessoas sem experiência na condução de atividades econômicas poderão sofrer prejuízos consideráveis, ou até mesmo quebrar, se não possuem aptidão.

Já para o franqueador, o benefício da franquia não está limitado aos valores recebidos do franqueado como contraprestação, até porque a origem do contrato tem outro viés: o de expansão de negócios. Para entender o contrato de franquia de maneira ampla, é necessário fazer um apanhado histórico e da legislação pertinente, haja vista os problemas que se propõe a enfrentar e a exposição das partes inerentes do sistema.

2.1 A história do *Franchising*

Primeiramente, para conhecer fundamentalmente o contrato de franquia, é necessário estudar sua história e formação. Segundo consta no dicionário, o estudo da etimologia da palavra “franquia” no sentido de *franchising* tem sua origem por volta de 1570, diferente do verbo franquiar, que remete ao francês antigo do século XII, no sentido de “libertar”. Sobre a origem do termo, leciona Sílvio de Salvo Venosa (2013a, p. 577):

franchise, em inglês, provém do verbo francês, *franchir*, que significa libertar ou liberar, dar imunidade a alguém originalmente proibido de praticar certos atos. Daí o termo *franchisage*, correspondente ao privilégio que se concedia na Idade Média a cidades e súditos. Tem a compreensão de um privilégio concedido a uma pessoa ou a um grupo. Juridicamente, portanto, significa um direito concedido alguém.

As formas mais embrionárias de franquia são ainda no período feudal inglês, quando havia uma cessão de parte de terras ou de benefícios para os vassallos por parte dos senhores feudais em troca de exploração comercial ou dos recursos, formando uma espécie de parceria entre as partes. Segundo a BFA (2016, tradução nossa):

lordes concediam aos vassallos certos direitos em parte de suas terras em retorno de uma taxa (para realizar tarefas como operar rodas d’água ou gerenciar um mercado, por exemplo). Componentes de um sistema de franquias também podiam ser encontrados na provisão de recursos para o exército por lordes e chefes em troca de privilégios tributários².

Já no século XVIII, existiram os sistemas onde as cervejarias do Reino Unido prestariam suporte financeiro em troca de comercialização exclusiva de seus produtos, tendo em vista que era muito caro manter um *pub*, conforme se extrai do registro histórico apresentado pela BFA (2016, tradução nossa):

por consequência da introdução da legislação que tornou bastante caro possuir e manter uma casa pública no século 18, os licenciados começaram a ter dificuldades para operar com sucesso. Reconhecendo que era de seu próprio interesse ter um mercado seguro e estável para seus produtos, cervejeiros começaram a oferecer publicamente a oportunidade de financiamento em troca de exclusividade quanto ao que era vendido no bar. Então, um sistema muito familiar, que permanece amplamente usado nas trocas de licença hoje em dia, nasceu³.

² lords allowed peasants certain rights on part of their land in return for a fee (to perform tasks such as operating wells for water provision or running a market, for example). Components of a franchise system could also be found in the provision of resources for an army by local lords and chiefs in return for tax-collecting privileges.

³ Following the introduction of legislation making it very expensive to keep and maintain a public house in the 18th century, licensees began to struggle to operate successfully. Recognising that it was in their interests to have

Apesar das semelhanças do sistema de exclusividade das cervejarias do Reino Unido durante o século XVIII, a origem do contrato de *franchising* moderno é atribuída a Isaac Singer, ou a sua indústria, a Singer Sewing Machine Company. É unanimidade na doutrina que foi pioneira a indústria de máquinas de costura de Singer ao implantar as primeiras franquias como entendemos hoje. Ao tratar sobre a história da Singer Machine e do contrato de franquia, Sílvio de Salvo Venosa (2013a, p. 577) conta que:

a experiência pioneira ocorreu com a firma Singer Sewing Machine, em 1860. Essa empresa, para ampliar sua rede de distribuição, sem despende recursos próprios, passou a credenciar agentes em diversos pontos do país, franqueando-lhes a marca, o produto, a publicidade, técnica de vendas no varejo e conhecimentos técnicos. A iniciativa foi um sucesso.

Singer dominou a arte de produção em massa de suas máquinas, mas não tinha recursos nem pessoas suficientes para repará-las por todo o imenso Estados Unidos. A partir deste problema, vislumbrou a possibilidade de formar parceria com terceiros no intuito de poder fornecer serviço adequado para todos seus clientes pelo país. Sobre a estratégia usada por Singer, a BFA (2016, tradução nossa) registra que

ele começou a licenciar serviços e reparos para os comerciantes locais ao redor do país, os quais mais tarde foram autorizados a se tornar vendedores regionais para as máquinas também. O uso de contrato por Singer para estabelecer os negócios introduziu a forma inicial de acordo de franquia, e o primeiro sistema moderna de franquia nasceu⁴.

Vários foram os fatores que levaram ao sistema de franquia de Singer ser um sucesso. Sobre o tema, o doutrinador Ricardo Negrão (2012, p. 307) aponta como fatores

a falta de capital inicial para o investimento, a pouca experiência dos candidatos dispostos a se estabelecer no ramo de vendas e a possibilidade de se montar rapidamente uma rede comercial foram os impulsionadores dessa nova modalidade de sistema de distribuição de um produto de prestígio entre os consumidores.

a secure and stable market for their products, brewers began to offer publicans the opportunity of financial support in return for exclusivity over what was sold in the pub. Thus a familiar system, that remains widely-used in the licensed trade today, was born.

⁴ he began to license out servicing and repairs to local merchants around the country, who were later permitted to become regional salesmen for the machines too. Singer's use of a contract for this arrangement introduced the earliest form of franchise agreements, and the first modern franchise system was born.

Então, com o sucesso dos equipamentos, ser um franqueado da Singer Sewing Machinery Co. não exigia experiência, conhecimento de mercado ou grandes investimentos. Os soldados que lutaram na guerra civil estadunidense, por exemplo, poderiam se estabelecer no mercado facilmente ao acordar em serem franqueados da empresa Singer, sendo treinados e recebendo todo suporte para prestar serviço sem grandes investimentos.

O modelo de negócio criado por Singer se consagrou no século passado. Da mesma forma, após a Segunda Guerra, o sistema de franquias novamente foi alternativa para os ex-soldados de volta aos Estados Unidos. O autor Venosa (2013a, p. 577) conta que

no final do século passado, a General Motors e a Coca-Cola seguiram igual procedimento. O sistema de franquias cresceu bastante após a Segunda Guerra, quando milhares de ex-combatentes retomaram aos EUA com grande capacidade de trabalho, mas sem capital. O franchising permitiu que se estabelecessem com autonomia, com negócio próprio, utilizando-se de estrutura já formada.

Com seu sucesso, o modelo de negócio não se limitou apenas aos Estados Unidos, alcançou aceitação ao redor do globo, tanto impulsionando a propagação de franquias estadunidenses para fora das fronteiras quanto com a utilização do modelo por empresas de outros países. O maior *case* de sucesso em franquias mundialmente reconhecido é o da rede de lanchonetes McDonald's, que está presente em cerca de 119 países, com mais de 36 mil restaurantes, dos quais mais de 30 mil são franquias (MCDONALD'S CORPORATION, 2015).

2.2 O Franchising no Brasil

No Brasil, a primeira franquia na concepção moderna (pós-Singer), segundo a autora Ana Cláudia Redecker (2002, p. 31), atribui-se a Arthur de Almeida Sampaio, proprietário da indústria Calçadista “Calçados Stella”, conta que

em 1910, utilizou-se de práticas que redundariam no que hoje se conhece como franquia. Escolheu ele representantes comerciais que fariam investimentos próprios em seus negócios, onde era instalada a placa "Calçados Stella", tendo, com isso, se antecipado à padronização visual atual.

Um dos grandes *cases* de sucesso e também uma das mais antigas redes de franquias no Brasil, a mais antiga em seu ramo, é a rede de escolas de idiomas Yázigi. Fundada em 1950, em 2010 tinha cerca de 420 unidades, mais de 200 mil alunos e 6 mil funcionários. Em 2010, ao conceder entrevista à revista Pequenas Empresas & Grandes Negócios, Itamar

Silva, um dos sócios fundadores, ressalta o pioneirismo de seu negócio utilizando o ramo de franquias no Brasil

a Yázigi foi a primeira franquia de idiomas no Brasil. Em 1954, fechamos uma licença para que uma escola de idiomas usasse nosso método de ensino. Em 1966, adotamos o sistema de professores associados, o embrião do modelo de franchising. Fomos pioneiros, também, na criação de um portal de ensino de inglês a distância no país, com programas de diferentes níveis, chats temáticos e suporte de professores on-line.

Atualmente, extrai-se do Relatório de Desempenho do Franchising Brasileiro 2015, produzido pela Associação Brasileira de Franchising – ABF (2015), existem 3.073 redes de franquias no país, somando um faturamento de aproximadamente R\$ 139.593.000,00, resultado de 138.343 unidades, sendo “O Boticário” a maior franquia brasileira em número de unidades.

Conhecida a história do franchising no Brasil e no mundo, passa-se a observar aspectos jurídicos que envolvem o contrato de franquia, iniciando pela sua natureza jurídica e classificação.

2.3 Natureza jurídica e classificação

Como já percebido desde de sua introdução, o contrato de franquia é bilateral, as partes identificadas como franqueador e franqueado tem obrigações recíprocas, sendo necessariamente oneroso. Tendo em vista a personalidade das partes no contrato, é contrato *intuitu personae*, e é também consensual, em razão da dependência exclusiva da vontade das partes.

Mesmo se tratando de uma relação de Direito Civil entre iguais, ou ainda, “um contrato de cooperação entre empresas independentes em busca de resultados operacionais...” (VENOSA. 2013a, p. 583), é um contrato de subordinação devido a sujeição do franqueado às condições do negócio do franqueador que, em mais ou menos grau, limita a autonomia do franqueado na gestão de seu negócio. Na doutrina, Fábio Ulhoa Coelho (2012a, p. 211) é claro e preciso ao revelar a subordinação no contrato de *franchising*

o franqueado deverá organizar a sua empresa com estrita observância das diretrizes gerais e determinações específicas do franqueador. Essa subordinação empresarial é inerente ao contrato. Não existe franquia sem tal característica. Ela é indispensável à plena eficiência dos serviços de organização empresarial, que o franqueado adquire.

Se justamente o que o franqueado busca ao entrar no mercado é um modelo de negócio e uma marca já sedimentados, é natural esperar e exigir-se que ele obedeça as condições impostas pelo franqueador o qual também está preocupado com o sucesso da franquia, uma vez que está em jogo sua credibilidade no mercado.

Outra característica do contrato de franquia ainda não destacada é sua complexidade. A partir de duas grandes relações criadas entre franqueador e franqueado, quais sejam a de licença de uso de marca e a prestação de serviço de organização, podem-se desdobrar diversas outras, por exemplo, uso de patente, uso de tecnologia, fornecimento, exclusividade, sigilo, etc., portanto é comum que o contrato de franquia vá além do modelo de negócio. Mesmo se propusesse a fazer, o presente trabalho jamais conseguiria alcançar todos os tipos de relações jurídicas que podem estar inseridos em um contrato de franquia.

Para dar continuidade e para aprofundar os estudos jurídicos acerca do tema franquia em nosso país, necessário apresentar o diploma legal de 1994, que regulou de maneira sutil, porém importante, os negócios de franquia no país – a Lei 8.955.

2.4 Lei de Franquia (Lei 8.955/94)

O país de origem do modelo modernamente usado de franquia foi também o primeiro a perceber a necessidade regular a matéria. Em outubro de 1979, a comissão estadunidense responsável pelas franquias, a *Federal Trade Commission* – FTC, sancionou a Regra FTC nº 436, também chamada de *Franchise Rule*, visando à regulação do franchising nos Estados Unidos. Em 2007 a Regra FTC nº 436, em revisão desde 1995, sofreu alterações para adequar as inovações tecnológicas, porém, sem alterar essencialmente seu conteúdo.

No endereço eletrônico da FTC (2016), ao resumir a Regra FT nº 436, a Comissão esclarece:

a Regra da Franquia dá aos potenciais compradores de franquia informações concretas que eles precisam para pesar os riscos e benefícios de tal investimento. A Regra exige que os franqueadores forneçam a todos potenciais franqueados um documento de divulgação contendo 23 itens específicos de informação da franquia oferecidas, de seus detentores, e de outros franqueados⁵.

⁵ the Franchise Rule gives prospective purchasers of franchises the material information they need in order to weigh the risks and benefits of such an investment. The Rule requires franchisors to provide all potential franchisees with a disclosure document containing 23 specific items of information about the offered franchise, its officers, and other franchisees

No Brasil, o Projeto de Lei 318/1991 da Câmara dos Deputados de autoria do Deputado Magalhães Teixeira que deu origem a Lei 8.955/94 não significou uma revolução, impulso ou barreira na expansão das franquias no país. Nem pretendia. Seu objetivo era intervir de maneira mínima, garantindo às partes a liberdade de contratar de acordo com seu próprio interesse. Consta na exposição de motivos do projeto:

no atual estágio de desenvolvimento do ‘franchising’ em nosso país, não nos parece possível adotar legislação com finalidade diversa da que ora apresentamos. Evitamos o excesso de intervencionismo nas relações entre franqueado e franqueador, impedindo, desta forma, a presença de cláusulas obrigatórias que, com o objetivo de proteger determinado contratante, acabaria por tornar a presente lei um empecilho ao relacionamento franqueador-franqueado (BRASIL, 1991).

A Lei de Franquias foi aprovada com redação quase que idêntica à versão original, apenas recebendo veto no artigo 5º que versava:

Art. 5º As despesas de royalties, de publicidade, de aluguel de marca, de utilização pelo uso de marca, de sistema de know how e quaisquer outras pagas periodicamente ao franqueador serão consideradas despesa operacional dedutível para fins de apuração de lucro real do franqueado ou de empresa que o franqueado constitua para operar a franquia, observado o disposto no art. 71 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e a legislação superveniente (BRASIL, 1991).

A razão do veto foi bastante simples, o Ministério da Fazenda manifestou que sobre tais despesas a regulação do Imposto de Renda já previa a dedução delas da base de cálculo do tributo quando a empresa era optante do lucro real, tornando o artigo desnecessário.

Transformado então o Projeto de Lei do Deputado Magalhães Cardoso na Lei 8.955/94, com dez artigos, dos quais dois, o 10º e o 11º, tratam de vigência e de revogação de disposição em contrário, restando, portanto, oito para análise.

No primeiro artigo, a Lei inicia com uma redação que induz a erro de classificação do contrato. *In verbis*, prescreve “Art. 1º Os contratos de franquia empresarial são disciplinados por esta lei” (BRASIL, 1994). Ao deparar-se com esta previsão, é de se concluir que a lei vai apresentar a estrutura do contrato, tornando ele típico, impondo-lhe requisitos formais de validade. Contudo, o estudo atento da Lei conclui pela sua classificação como atípico, uma vez que a lei vai tratar apenas de elementos pré-contratuais (ou de formação) do

contrato, não estabelecendo a ele cláusulas pré-determinadas, apesar da força vinculante dos pré-contratos em nosso sistema jurídico.

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2012a, p. 211) esclarece que a “lei brasileira sobre franquias não confere tipicidade ao contrato: prevalecem entre franqueador e franqueado as condições, termos, encargos, garantias e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual entre eles firmado”.

Em se tratando de forma do contrato, o artigo 6º determina que “o contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público” (BRASIL, 1994).

Sobre a abrangência da Lei de Franquias, prescreve o artigo 8º que aplica-se ela a todas as franquias instaladas e operando em território nacional, ou seja, independe da origem do franqueador. Ainda sobre abrangência, o artigo 9º determina que ela seja aplicada também na relação de eventual franqueado e subfranqueado.

Como apresentado anteriormente, o legislador se preocupa em conceituar o sistema de franquia empresarial no artigo 2º:

Art. 2º Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício (BRASIL, 1994).

A partir do conceito jurídico de franquia empresarial, observa-se que o contrato de franquia é uma cessão de uso de propriedade intelectual (marca ou patente), com alguma exclusividade de distribuição ao franqueado, sendo de produtos ou serviços (ou ambos, como em uma franquia de idiomas que presta o serviço de educação somado a venda do material ao aluno), podendo combinar ainda cessão de tecnologia de implantação, administração de negócio ou software; existindo remuneração direta ou indireta (ao franqueador), sem, por fim, caracterizar relação de emprego, mesmo que haja certa subordinação, não há salário tampouco prestação de serviço do franqueado para o franqueador.

No artigo 3º, marco regulatório do contrato de franquia, é onde o legislador fez sua maior intervenção no sistema de franquias. Trata-se da exigência de um documento intitulado Circular de Oferta de Franquia – COF, composto por uma de uma lista de informações acerca da franquia garantida ao potencial franqueado ainda na fase pré-contratual.

Em seu projeto, o Deputado Magalhães (BRASIL, 1991) deixou claro que o objetivo da COF era “principalmente, assegurar a transparência nas relações entre franqueado e franqueador”. Sobre a COF, Venosa (2013a, p. 584) afirma tratar-se de “típica obrigação pré-contratual com reflexos importantes no curso do contrato, pois dele fará parte integrante”. Em seu texto original, versa o artigo:

Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações:

I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços;

II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios;

III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia;

IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado;

V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente;

VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio;

VII - especificações quanto ao:

a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia;

b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e

c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento;

VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte:

a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties);

b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial;

c) taxa de publicidade ou semelhante;

d) seguro mínimo; e

e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados;

IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone;

X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte:

a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e

b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações;

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

XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a:

a) supervisão de rede;

b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado;

c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos;

d) treinamento dos funcionários do franqueado;

e) manuais de franquia;

f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e

g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado;

XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador;

XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e

b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador;

XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade (BRASIL, 1994).

A combinação do artigo 3º, com o artigo 4º, somado ao seu parágrafo único, e com o artigo 7º é a grande aposta do legislador acerca do cumprimento do requisito “franqueza”, elemento essencial do contrato de franquia desde seu entendimento mais embrionário. Com esta combinação, o legislador espera garantir, especialmente ao franqueado, a transparência no negócio através da COF.

O caput do artigo 4º obriga ao franqueador disponibilizar a COF com prazo mínimo de 10 dias antes de qualquer pagamento de taxa pelo potencial franqueado ao franqueador ou assinatura do contrato de franquia. Destarte, a previsão não apenas obriga o franqueador a disponibilizar a COF, mas também entregar com antecedência mínima, caso contrário poderá o franqueado arguir a anulabilidade do contrato de franquia que porventura surgir, sendo ressarcido de tudo que gastou, seja diretamente com o franqueador, sejam investimentos no negócio que tenha perdido, como podemos verificar no texto do artigo:

Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá arguir a anulabilidade do contrato e exigir

devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos (BRASIL, 2014).

O arremate da obrigatoriedade da COF está no artigo 7º que, além do dever de entregar dentro do prazo, determina que pode se aplicar, sem prejuízo de outras ações cabíveis, o disposto no parágrafo único do artigo 4º caso o franqueador forneça informação falsas na COF. Versa o artigo: “Art. 7º A sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis” (BRASIL 1994).

Verifica-se, portanto, que a grande inovação e o grande objetivo da Lei 8.955/94 é consubstanciado na exigência do COF, tanto que prevê sua obrigatoriedade sob pena de poder o franqueador arguir anulabilidade de todo o negócio, com inclusive direito a ressarcimento de perdas e danos, o que, no entanto, apresenta prejuízo ao franqueador que, mesmo que parcialmente, revelou seus segredos de negócio. Neste caso, é de suma importância analisar mais detalhadamente o que compõe a COF e o que ela representa.

2.5 A Circular de Oferta de Franquia (COF)

Ao introduzir a regra original sobre franquia no mercado estadunidense, a preocupação da FTC foi estabelecer a necessidade do franqueador elaborar um documento informativo para todos potenciais franqueadores, orientando de maneira transparente (e franca) a tomada de decisão do potencial franqueado. Originalmente chamado de *Uniform Franchise Offering Circular* – UFOC, o documento foi rebatizado em 2007 para *Franchise Disclosure Document* – FDD, com a revisão da Regra FTC nº 436.

O termo *disclosure* empregado na nova nomenclatura da COF nos Estados Unidos não pode ser traduzida de maneiras simples. Na legislação do contrato de franquia *disclosure* pode ser considerado como um princípio, pois, traduz a ideia fundamental por trás da norma, neste sentido Venosa (2013a, p. 586) explica que

o franqueador deve inserir na circular de oferta, além de todas as informações minuciosas sobre o negócio, mecanismos de proteção para desestimular os franqueados a prejudicar a reputação da marca. Essa divulgação se traduz no princípio denominado disclosure. Essa circular materializa verdadeiramente a disclosure, ou seja, a revelação cristalina do negócio. A disclosure encerra a noção, de revelação, informação, tomar público, conhecido. E instituto proveniente do direito norte-americano. Entre nós, podemos definir a

disclosure como um fator de proteção à lisura e boa-fé dos negócios e do mercado.

No documento da emenda de 2007, a FTC expressa a necessidade da existência de uma UFOC (ou FDD) e do *disclosure*, exemplificando os problemas que este entendimento visa sanar nas negociações de contratos de franquia:

baseado nos registros originais de criação da regra, a Comissão encontrou enganações espalhadas nas vendas de franquias e oportunidades de negócios através de deturpações material e a não-revelação de fatos relevantes. Especificamente, a Comissão descobriu que franqueadores e vendedores de oportunidades de negócios frequentemente fizeram materiais enganosos sobre: a natureza do vendedor e suas operações de negócios, os custos de compra de uma franquia ou oportunidade de negócio e outros termos e condições sobre os quais o negócio deveria operar, o sucesso do vendedor e suas compras, e a viabilidade financeira do vendedor. A Comissão também encontrou outras generalizadas práticas enganosas ou injustas: afirmações falsas ou insubstanciais de rendimentos feitas por franqueadores e vendedores de oportunidades de negócios para ludibriar potenciais compradores em comprar a franquia ou a oportunidade de negócio, e falha em honrar compromissos de reembolso por franqueadores e vendedores de oportunidades de negócios. A Comissão concluiu que todas essas práticas levavam a sérios danos econômicos aos consumidores. Para prevenir enganações e práticas injustas na venda de franquias e oportunidades de negócios e corrigir impressões erradas sobre ofertas de franquia e a oportunidade de negócio, a Comissão adotou a original Regra de Franquia, que é primordialmente uma regra de divulgação pré-venda. A regra original não intenção de regular as condições substanciais da relação de franquia ou oportunidade de negócio. Pelo contrário, ela exige que franqueadores e vendedores de oportunidades de negócio divulguem informação concreta para os potenciais compradores na teoria de que investidores informados podem determinar por si mesmos se um negócio específico é de seu melhor interesse⁶ (ESTADOS UNIDOS, 2007, tradução nossa).

⁶ based upon the original rulemaking record, the Commission found widespread deception in the sale of franchises and business opportunities through both material misrepresentations and nondisclosures of material facts. Specifically, the Commission found that franchisors and business opportunity sellers often made material misrepresentations about: the nature of the seller and its business operations, the costs to purchase a franchise or business opportunity and other contractual terms and conditions under which the business would operate, the success of the seller and its purchasers, and the seller's financial viability. The Commission also found other unfair or deceptive practices pervasive: franchisors' and business opportunity sellers' use of false or unsubstantiated earnings claims to lure prospective purchasers into buying a franchise or business opportunity, and franchisors' and business opportunity sellers' failure to honor promised refund requests. The Commission concluded that all of these practices led to serious economic harm to consumers. To prevent deceptive and unfair practices in the sale of franchises and business opportunities and to correct consumers' misimpressions about franchise and business opportunity offerings, the Commission adopted the original Franchise Rule, which is primarily a pre-sale disclosure rule. The original Rule did not purport to regulate the substantive terms of the franchise or business opportunity relationship. Rather, it required franchisors and business opportunity sellers to disclose material information to prospective purchasers on the theory that informed investors can determine for themselves whether a particular deal is in their best interest.

Percebe-se então que as exposições de motivos do Deputado Magalhães Teixeira ao apresentar o Projeto de Lei 318/1991 vão ao encontro da regra estadunidense e objetivamente, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, verifica-se a obrigatoriedade da Circular de Oferta de Franquia para a regular celebração do contrato de franquia empresarial. Como mencionado anteriormente ao tratar sobre a Lei de Franquias, a ausência da COF no Brasil pode gerar a anulação do contrato implicando na devolução de tudo pago pelo franqueado além de eventuais reparações em caso de perdas e danos.

O artigo 3º da Lei de Franquias explicita as informações obrigatórias que formam a COF. Para estudar tais exigências, o Desembargador Ricardo Negrão (2012, p; 317) propõe a apreciação sob cinco aspectos:

(a) dever de informação sobre o franqueador e sua rede, relativa à imagem e realidade financeira da franqueadora; (b) dever de identificação integral do objeto contratado; (c) dever de informação sobre a qualificação exigida do franqueado: características e comportamentos esperados do franqueado; (d) dever de informação sobre os encargos contratuais; e (e) dever de explicitar a extensão territorial e o regime de exclusividade.

No item (a), estão inseridos os incisos I, II, III e IX, os quais tratam do histórico do titular da franquia; balanços de demonstrações financeiras; relação de pendências judiciais acerca de matérias envolvendo direitos de propriedade intelectual ou de franqueados em relação ao franqueador; do dever de entregar a relação de franqueados, subfranqueadores e subfranqueados.

Quanto à identificação do objeto (b), estão os incisos IV, XII e XIII, os quais versam acerca da franquia em si, daquilo que é efetivamente oferecido pelo franqueador na sua contraprestação pelos valores pagos pelo franqueado e a situação do patrimônio intelectual devidamente registrado no INPI. Já quanto à qualificação exigida do franqueado, estariam inclusas as exigências dos incisos V, VI e XIV, oportunidade em que o franqueador vai apresentar o perfil do franqueado ideal e de sua compreensão acerca do segredo de indústria e restrições concorrenciais em caso de rescisão.

Por fim, nos itens (d) e (e), estariam inclusos os incisos VII, VIII, XI e X, sendo os 3 primeiros atrelados ao (d), tratando sobre valores a serem pagos pelo franqueado e seu compromisso em adquirir produtos do franqueador, enquanto o inciso X, incluso no item (e), vai tratar sobre a zona de atendimento, com exclusividade ou não, do franqueado.

A intenção do legislador ao criar a Circular de Oferta de Franquia foi impor ao franqueador o dever legal de desvendar e revelar a todo e qualquer candidato a franqueado os

detalhes a respeito de si próprio e da oportunidade de negócio que oferece àquele, antes mesmo de assumir qualquer compromisso com relação a tal negócio. É um dever de informação pré-contratual, pautado nos princípios da boa-fé e função social do contrato.

Importante ressaltar que embora o inciso XII do artigo 3º da Lei Federal nº 8.955/94 obrigue o franqueador a indicar o que é efetivamente oferecido ao franqueado no que se refere a: supervisão de rede; serviços de orientação e outros prestados; treinamento, especificando duração, conteúdo e custos; treinamento dos funcionários do franqueado; manuais de franquia; auxílio na análise; e escolha do ponto onde será instalada a franquia e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado, não significa que toda franquia deve oferecer tais prestações. O legislador não está formatando a franquia, contudo, quando dela integrar quaisquer destes itens deve o franqueador informar ao franqueado, para avaliação de potenciais investimentos para o estabelecimento da franquia.

Após apresentado o contrato de franquia e a legislação vigente, percebe-se portanto que pouco intervém o legislador na relação entre franqueador e franquia. O ponto-chave introduzido pela Lei de Franquias em 1994 foi a incorporação da COF ao ordenamento jurídico brasileiro, documento que o legislador considerou imprescindível para a realização da franquia, permitindo que, como visto no artigo 4º, parágrafo único da referida Lei, o franqueado pleiteie a anulação do contrato caso o franqueador não lhe entregue a COF no prazo legal.

Contudo, no capítulo seguinte, verificar-se-ão, com base na anulabilidade do negócio jurídico, hipóteses de manutenção dos contratos de franquia mesmo quando a COF não foi disponibilizada em tempo hábil pelo franqueador.

3. A MANUTENÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA DIANTE DA AUSÊNCIA DE ENTREGA DA CIRCULAR DE OFERTA NO PRAZO LEGAL

Durante o presente trabalho, apresenta-se o instituto do chamado de contrato e seus princípios basilares de validade e sustentação. Em momento posterior, estudou-se o modelo de negócio de franquias, do qual surgem o contrato de franquia e a brasileira Lei de Franquia.

Dentro deste estudo, verificou-se que há previsão legal que exige do franqueador a entrega de um documento ao potencial franqueado, constando uma série de informações referentes ao perfil do franqueador, perfil dos franqueados já existentes, perfil do franqueado ideal e uma série de outras informações sobre a franquia oferecida, dentro de um prazo mínimo, antes que haja qualquer vinculação entre franqueador e franqueado acerca do negócio; este documento é a Circular de Oferta de Franquia – COF. Como pena da não entrega, o legislador permitiu ao franqueado arguir a anulabilidade, a qual passamos a analisar.

3.1 Ausência de entrega da COF e a anulabilidade do contrato de franquia

O contrato de franquia pressupõe franqueza entre as partes e isto se verifica desde sua origem mais remota. Quando a *Federal Trade Commission* – FTC estadunidense criou a Regra FTC nº 436, introduzindo a *Uniform Franchise Offering Circular* - UFOC, buscava de maneira pontual garantir que as relações entre franqueador e franqueado tivessem esse elemento-chave do modelo de negócio.

No Brasil não foi diferente, em 1994 foi sancionada a Lei 8.955, conhecida como Lei de Franquia, que basicamente apresenta o conceito jurídico de franquia, reconhecendo sua existência e importância no ordenamento jurídico. Assim como a Regra FTC nº 436, A lei brasileira introduziu documento similar ao UFOC, batizada como Circular de Oferta de Franquia - COF.

Em resumo, a lei vai apresentar os elementos componentes da COF e intervir na relação entre franqueador e franqueado visando garantir a sua disponibilização, por parte do franqueador ao franqueado. Com este objetivo, o legislador estabeleceu nas cláusulas 4º e 7º:

Art. 4º A circular oferta de franquia deverá ser entregue ao candidato a franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este.

Parágrafo único. Na hipótese do não cumprimento do disposto no caput deste artigo, o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados, a título de taxa de filiação e royalties, devidamente corrigidas, pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupança mais perdas e danos.

Art. 7º A sanção prevista no parágrafo único do art. 4º desta lei aplica-se, também, ao franqueador que veicular informações falsas na sua circular de oferta de franquia, sem prejuízo das sanções penais cabíveis (BRASIL, 1994).

No caput do artigo 4º, o legislador determina que o franqueador disponibilize a COF com no mínimo 10 dias antes de qualquer pagamento ou assinatura do contrato de franquia. Já no artigo 7º, fixa que, além de entregar dentro do prazo a COF, as informações deste documento devem ser legítimas. Já no parágrafo único do artigo 4º, estabelece então a potencial sanção para aquele franqueador que descumprir a regra, permitindo ao franqueado “(...) argüir a anulabilidade do contrato e exigir devolução de todas as quantias que já houver pago (...)”. Observa-se que o legislador interviu no contrato de franquia não diretamente, como visto no capítulo dois deste trabalho, ele apenas o tutelou no intuito de garantir que haja transparência na oferta da franquia, ainda na fase pré-contratual.

O legislador foi preciso na escolha de termos-chave para aplicação tanto do caput do artigo 4º quanto do artigo 7º; ele dá a opção ao franqueado arguir ou não a anulabilidade do contrato com a expressão “poderá”. É prerrogativa exclusiva do franqueado se valer de ambos artigos.

Noutra toada, contudo, utilizou o legislador o termo técnico-jurídico “anulabilidade”, portanto, a ausência da COF por parte do franqueador dentro do prazo legal não implica em nulidade do contrato, o que difere no acolhimento da arguição pelo magistrado. Destarte, torna-se imperioso aclarar tecnicamente a diferença entre anulabilidade e nulidade.

3.2 Anulabilidade *versus* nulidade

Anulabilidade e nulidade, juntamente com a hipótese de inexistência do negócio jurídico a qual foge do escopo do presente trabalho, são tratados pela doutrina como invalidades do negócio jurídico.

Para o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 455) nulidade é “a sanção imposta pela lei aos atos e negócios jurídicos realizados sem observância dos requisitos essenciais, impedindo-os de produzir os efeitos que lhes são próprios”, enquanto anulabilidade ocorre

quando a ofensa atinge o interesse particular de pessoas que o legislador pretendeu proteger, sem estar em jogo interesses sociais, faculta-se a estas, se o desejarem, promover a anulação do ato. Trata-se de negócio anulável, que será considerado válido se o interessado se conformar com os seus efeitos e não o atacar, nos prazos legais, ou o confirmar (GONÇALVES. 2012, p. 458).

Percebe-se então que entre os dois conceitos existem similitudes e divergências. Enquanto o negócio jurídico nulo não pode produzir efeitos por possuir um erro grave em sua concepção, o negócio jurídico anulável é passível de confirmação ou aproveitamento. Denota-se a preocupação no primeiro em garantir a validade da ordem jurídica, para além do interesse das partes, no segundo já se trata de um exercício de conveniência e interesse do particular. Sobre os pontos de convergência entre nulidade e anulabilidade o jurista Paulo Lôbo (2012, p. 281) esclarece que

as duas espécies têm em comum privar o negócio jurídico de qualquer efeito, retendo-o no plano da validade. Em razão disso operam retroagindo, para apagar os efeitos totais ou parciais correspondentes produzidos desde o início, na grande maioria das hipóteses. Estabelece o art. 182 do CC que, anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se encontravam, e, não sendo possível, serão indenizadas com o equivalente, com as exceções referentes aos incapazes e a certas situações resultantes da posse. Isso não significa dizer que o negócio jurídico deixa de existir, uma vez que a invalidade não pode alcançar o plano da existência. O negócio jurídico existiu e existe, ainda que parte dele (uma cláusula ou algumas cláusulas) ou todo ele seja declarado inválido.

O legislador, ao estabelecer no parágrafo único do artigo 4º da Lei 8.955/94 como sanção a falta da entrega da Circular de Oferta de Franquia, optou por dar a possibilidade de arguir anulabilidade e, quando aceita, fazer com que o franqueador lhe devolva todas as quantias dispensadas no negócio, em vista de retomar o *status quo ante*, com efeitos similares aos que seriam em se tratando de nulidade. Contudo, quando legislador faz a opção por anulabilidade ante a nulidade, como supramencionado, importa em diferenças sensíveis, podendo ser acatado o pedido pelo magistrado ou não.

Objetivamente, o doutrinador Fábio Ulhoa Coelho (2012b, p. 773) defende que “diferenciam-se os negócios nulos e anuláveis por quatro aspectos: a) quanto aos efeitos; b) quanto às pessoas legitimadas para arguir a invalidade; c) quanto à possibilidade de ratificação; d) quanto à prescrição”.

Quanto a diferença dos efeitos da nulidade e da anulabilidade, o jurista Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 461) assevera

negócio anulável produz efeitos até o momento em que é decretada a sua invalidade. O efeito dessa decretação é, pois, *ex nunc* (natureza desconstitutiva). O ato nulo não produz nenhum efeito (*quod nullum est nullum producit effectum*). O pronunciamento judicial de nulidade produz efeitos *ex tunc*, isto é, desde o momento da emissão da vontade (natureza declaratória).

Ao analisar os efeitos da anulação do contrato de franquia, verificamos que a previsão do artigo 4º parágrafo único mitiga tal diferença, pois prevê “a devolução de todas as quantias que já houver pago ao franqueador ou a terceiros por ele indicados (...) mais perdas e danos”, importando ao retorno *ao status quo ante*, já que retorna ao patrimônio do franqueado as somas pagas pela franquia e valores a título de reparação civil se for o caso.

Quanto ao aspecto da legitimidade para arguir a invalidade, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 461) defende que a anulabilidade “é decretada no interesse privado da pessoa prejudicada. Nela não se vislumbra o interesse público, mas a mera conveniência das partes”, enquanto a nulidade “é de ordem pública e decretada no interesse da própria coletividade”. Neste ponto, destaca-se a necessidade de existir uma parte prejudicada para ser acolhida a anulação.

Acerca da ratificação do negócio jurídico, esclarece o jurista Paulo Lôbo ser “impossível na nulidade, pois nem o longo tempo é capaz de tornar válido o nulo, até porque seria uma contradição nos termos; possível na anulabilidade, em virtude de ato de vontade positiva ou de inércia do interessado prejudicado”. A ratificação ou confirmação do negócio jurídico no contrato de franquia importa em manter o contrato antes anulável, destarte, iremos tratá-la com maior profundidade item seguir; neste momento basta esclarecer que o anulável pode ser ratificado e o nulo não.

Por fim, a quarta e última distinção apontada é quanto a prescrição. Neste ponto, Fábio Ulhoa Coelho (2012b, p. 778) afirma que

a nulidade é causa imprescritível de invalidação do negócio jurídico, mas a anulabilidade está sujeita a prescrição. Significa dizer que a invalidade absoluta não se convalesce pelo decurso do tempo, enquanto a relativa, uma vez decorrido o prazo previsto em lei sem o exercício do direito correspondente (como a propositura da ação destinada a decretá-la), reputa-se superada. Com a superação da causa de invalidade, o negócio é, a partir da fluência do prazo, considerado válido para todos os efeitos.

Sem o objetivo de entrar no mérito da discussão acerca de se tratar de prescrição ou decadência, apontamos que Carlos Alberto Gonçalves (2012, p. 460) trata como hipótese de

“decadência” da anulabilidade, enquanto Paulo Lôbo (2012, p. 282) fala em “prescrição ou decadência”. Para este trabalho tal discussão não importa, apenas importa que o decurso do tempo pode tornar inexigível o direito do franqueado de anular a franquia na falta da COF nos termos da lei.

Extrai-se da análise feita acerca da diferença entre anulabilidade e nulidade que a opção política do legislador pela anulabilidade permite a manutenção do contrato de franquia mesmo quando tenha ocorrido a hipótese do artigo 4º e do parágrafo único da Lei 8.955/94, seja pela vontade do próprio franqueado (confirmação expressa ou tácita), seja por decurso do tempo (decadência ou prescrição) ou ainda quando falhar o franqueado em provar seu prejuízo (parte prejudicada), razões as quais serão analisadas a seguir com base nos estudos acerca dos princípios contratuais pós-Código Civil de 2002 e sobre o contrato de franquia (capítulos 1 e 2 respectivamente).

3.3 A manutenção do contrato de franquia: confirmação do franqueado

O ordenamento jurídico pátrio, através da previsão do artigo 172 do Código Civil (BRASIL, 2002), *in verbis*, “o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro”, permite o exercício da confirmação, o que é, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2013b, p. 521), “dar validade a ato ou negócio que poderia ser desfeito por decisão judicial. Por meio da ratificação, há renúncia à faculdade de anulação”.

No caso do não cumprimento pelo franqueador do envio da COF dentro do prazo mínimo legal, antes da assinatura do contrato ou do pagamento de qualquer valor pela franquia, surge o direito do franqueado de arguir a anulabilidade do contrato, além de poder exigir as demais consequências previstas no parágrafo único do artigo 4º da Lei de Franquia. De igual forma, surge a opção ao franqueado de confirmar o contrato e dispensar seu direito a anulação, sendo assim hipótese clara de manutenção do contrato de franquia mesmo com a inobservância pelo franqueador do artigo 4º caput da referida lei.

É pacífico na doutrina que a confirmação pode se dar de duas formas: expressa ou tacitamente.

A hipótese de confirmação expressa está esculpida no artigo 173 do Código Civil (BRASIL, 2002), ao prever que “o ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo”. Ao aplicar a previsão da confirmação expressa ao contrato de franquia, percebe-se que raras serão as ocasiões onde ela se aplica, isto porque exigiria a manifestação do franqueado demonstrando a ciência do vício e a vontade de

manutenção do contrato. Nem mesmo o franqueador necessita ter ciência da confirmação expressa pelo franqueado, como se depreende dos ensinamentos de Venosa (2013b, p. 523),

a ratificação pode ocorrer de forma unilateral, e não necessita, em regra, da presença do outro contraente, isto é, daquele que é responsável pelo vício. A ratificação ou confirmação, na verdade, não representa novo contrato, mas apenas a clarificação do negócio precedente. Nada impede, porém, que ambos os contraentes participem do ato.

Tendo o franqueado expressamente confirmado o contrato, tal situação dificilmente chegaria ao judiciário, porque o próprio franqueado teria renunciado direito ao qual poderia pleitear. Pode-se concluir inclusive que, mesmo se não houvesse a previsão do artigo 173, poderia o julgador apreciar o pleito de anulação de um contrato confirmado em favor do franqueador, com base exclusiva no princípio da boa-fé objetiva, flagrante o abuso de direito do franqueado arguir a nulidade após ter confirmado expressamente o contrato.

Já na hipótese de confirmação tácita, o franqueado nem sempre perceberá que está renunciando ao direito através de suas ações. Quando há manutenção do contrato pelo judiciário mesmo sem a entrega da COF de acordo com a lei, é preponderantemente a hipótese de reconhecimento da confirmação tácita do franqueado. Segundo apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 607), a ratificação tácita ocorre quando “apesar de ciente da anulabilidade, a parte cumpre regularmente seu conteúdo”.

Abaixo, apresenta-se exemplo de acórdão no qual se decidiu pela manutenção do contrato de franquia reconhecendo a confirmação tácita:

CONTRATO DE FRANQUIA. Ação de anulação de contrato de franquia cumulada com pedido de devolução dos valores pagos e multa contratual. Suposta ausência de entrega pela franqueadora da lista de franqueados junto à circular de oferta de franquia, exigida pela Lei nº 8.955/94. Afirmação em tese inverídica acerca da inexistência de ações judiciais contra a franqueadora. Documentos acostados aos autos comprovam que a circular de oferta de franquia foi entregue dentro do prazo legal, embora desacompanhada da lista de franqueados. **Circunstância, porém, que não autoriza a anulação do contrato, diante de sua convalidação tácita pela execução por mais de um ano.** Afirmação de inexistência de ações judiciais contra a franqueadora era verídica à época da celebração. Inconformismo da autora apelante com os prejuízos sofridos não constitui razão suficiente para a anulação do contrato de franquia. Pedido alternativo de resolução contratual por inadimplemento da ré. Possibilidade de denúncia do contrato pela franqueada, reduzida a cláusula penal com fundamento no artigo 413 do Código Civil. Ação parcialmente procedente. Recurso improvido. (Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 15/06/2016; Data de registro: 16/06/2016) (grifo nosso)

No caso em tela, o franqueado pleiteou, com base no artigo 4º, parágrafo único da Lei 8.955/94, a anulação do contrato de franquia e perdas e danos. Contudo, o tribunal reconheceu que, mesmo tendo o franqueador incorrido na hipótese do dispositivo, o franqueado confirmou o negócio tacitamente e manteve, assim, a validade do contrato, rechaçando as pretensões do franqueado.

Apesar da previsão do artigo 173 do Código Civil (BRASIL, 2002) que exige que seja expressa a confirmação, o mesmo diploma legal prevê no artigo 174 que “é escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava”, o qual é complementado com a regra do artigo 175 “a confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor”. O legislador se ocupou não somente de permitir a confirmação tácita, mas de assegurar que devem ser afastadas quaisquer ações contra o devedor, no caso, o franqueador.

O legislador entendeu então que, ciente da anulabilidade, se o prejudicado cumpre o contrato, sem pleitear a anulabilidade em prazo razoável, está confirmado tacitamente seu desinteresse em invalidar o negócio. Isto protege o franqueador de boa-fé que, mesmo descumprindo parcialmente os ditames legais com a falha na entrega da COF, não deve ser responsabilizado pelo (in)sucesso do negócio do franqueado somente por isso. Neste sentido, veja-se decisão infra do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Contrato de franquia. Anulação. Cerceamento de defesa afastado. Alegação de inércia quanto à prestação de assistência técnica e auxílio por parte da franqueadora, falta de entrega da Circular de Oferta de Franquia e inexistência de contrapartida publicitária, além da omissão de informações essenciais à celebração do negócio. Improcedência acertada. Contrato que permaneceu em vigor por mais de um ano e meio. **Confirmação tácita do negócio.** Provas contumazes do recebimento da COF, do amplo investimento na divulgação da marca e da assistência da franqueadora. **Viabilidade do sucesso do negócio que deve ser analisada pelo empreendedor antes da celebração do contrato de franquia. Insucesso do negócio que não pode ser imputado à franqueadora.** Improcedência acertada. Recurso improvido. (Relator(a): Maia da Cunha; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 18/05/2016; Data de registro: 20/05/2016) (grifo nosso)

Caso o exercício do direito de arguir a anulabilidade do contrato de franquia não fosse confirmado mediante a execução do contrato, poderia o franqueado ingressar na franquia sem riscos, uma vez que, em caso de insucesso, bastaria ele requerer do franqueador a

devolução dos valores gastos com a franquia e indenização por perdas e danos; ou ainda poderia o franqueado se aproveitar da circulação de informações-chaves do negócio do franqueador e depois pleitear a anulação, usando a anulabilidade como trunfo.

Como apresentado, a confirmação tácita ou expressa mantém o contrato de franquia mesmo com a COF irregular, porém, em ambos os casos, depende da ação do franqueado para que seja convalidado o negócio. Na próxima hipótese, depreendida da diferença entre nulidade e anulação, o contrato se manterá pela inércia do franqueado, como ver-se-á a seguir.

3.4 A manutenção do contrato de franquia: decadência

Muito embora decadência e prescrição sejam institutos clássicos do direito, também tratam de uma hipótese de manutenção do contrato de franquia mesmo com a falta de entrega da COF pelo franqueador dentro do prazo mínimo legal. Como apontado anteriormente, existe dissidência doutrinária se o direito de pleitear anulabilidade decai ou prescreve pelo decurso do tempo. Frisa-se que não é objeto deste trabalho esta discussão, portanto, adotaremos que arguição de anulabilidade prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei de Franquia é hipótese de decadência, como o próprio Código Civil (BRASIL, 2002) define nos seguintes artigos:

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;
II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Dirimida a questão quanto prescrição e decadência para realização desta pesquisa, antes de analisar o disposto no diploma legal, veja-se sobre a decadência em sentido amplo.

Estudar decadência é estudar a influência do decurso do tempo no direito. A influência do tempo é determinante para o direito, seja na esfera do Direito Público ou Direito privado. O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2013b, p. 571) esclarece que

se a possibilidade de exercício dos direitos fosse indefinida no tempo, haveria instabilidade social. O devedor, passado muito tempo da constituição de seu débito, nunca saberia se o credor poderia, a qualquer momento, voltar-se

contra ele. O decurso de tempo, em lapso maior ou menor, deve colocar uma pedra sobre a, relação jurídica cujo direito não foi exercido. E com fundamento na paz social, na tranquilidade da ordem jurídica que devemos buscar o fundamento do fenômeno da prescrição e da decadência.

Um dos princípios clássicos para as relações jurídicas é o *dormientibus non succurrit jus* (o direito não socorre aos que dormem), o qual consagra que o direito posto só é garantido àquele que o exerce, sendo este exercício resguardado por prazo legal determinado. Destaca-se a lição de Paulo Lôbo (2012, p. 321) que “para a decadência o tempo corre independentemente de qualquer iniciativa das partes; a única atividade que impede a fluência do tempo decadencial é o exercício do direito”.

Em se tratando de contrato de franquia, o legislador foi claro ao introduzir a COF no direito brasileiro. Como apresentou-se no capítulo dois deste estudo, o Deputado Magalhães Teixeira, nas razões do seu Projeto de Lei 318/1991, salientou que o objetivo da regulação da franquia era intervir minimamente na relação entre franqueador e franqueado, apenas para assegurar a franqueza na relação. A arguição prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei 8.955/94, derivado do projeto supramencionado, não teria por objetivo resguardar *ad eternum* o franqueado. Resta, portanto, verificar-se em quanto tempo deve o franqueado arguir a anulabilidade.

No capítulo dois deste estudo monográfico apreciou-se a Lei de Franquias, ocasião em que pode-se perceber a não existência previsão de prazo atrelada aos ditames da arguição de anulabilidade. Destarte, entende-se que para o caso se aplica a regra geral do artigo 179 do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual prevê que “quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato”. O artigo 179 também menciona outra questão relevante para determinar a decadência do direito de arguir a anulabilidade do contrato de franquia e conseqüentemente garantir a sua manutenção: o marco inicial da contagem do prazo.

O artigo supramencionado indica a conclusão do ato como marco inicial para contagem do prazo decadencial. O *caput* do artigo 4º da Lei 8.955/94 determina que a COF deve ser entregue “(...) antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este”. Neste caso, poder-se-ia entender que o ato ensejador da anulabilidade seria qualquer um dos dois: a assinatura de qualquer dos contratos de franquia (pré ou definitivo) ou o pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado em razão da franquia (para o franqueador ou ligada a este).

Contudo, o artigo 107 do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõe que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” e, no caso do contrato de franquia, o entendimento que se extrai do parágrafo único da Lei de Franquias (“o franqueado poderá argüir a anulabilidade do contrato...”), somado a forma estabelecida pelo artigo 6º (“o contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas...”) da mesma Lei, é o de que o alvo da anulabilidade é o contrato e este exige forma expressa em lei, portanto, sendo este o marco inicial para a contagem da decadência. Este entendimento se fundamenta na lição de Caio Mário da Silva Pereira (2013, p. 31):

o elemento formal no direito do contrato não tem importância senão em linha de exceção. Normalmente as convenções se concluem pelo simples acordo de vontades, independentemente de qualquer materialidade que estas revistam. Os contratantes exprimem-se oralmente e assim se vinculam em numerosos atos negociais (locação, negócios em Bolsa, compra e venda manual); ou expressam a sua vontade por escrito, adotando ora o instrumento particular, ora o público, por comodidade ou segurança. Excepcionalmente, entretanto, a lei exige para a eficácia de alguns contratos a observância de certa forma. Quando isto ocorre, não como meio probatório (*ad probationem tantum*), suprível por outras provas, mas erigida por lei em condições de validade intimamente relacionadas com a própria declaração da vontade (*ad solemnitatem*), diz-se que a forma é essencial à eficácia do negócio jurídico e dá-lhe existência: forma *dat esse rei*. Quando, pois, a lei impõe uma dada forma para o contrato, este não prevalece se aquela não for observada (forma constitutiva, na expressão de Barassi). Resumindo: em princípio, os contratos celebram-se pelo livre consentimento das partes, salvo quando a lei impõe, como essencial, a obediência ao requisito de forma (Código Civil, art. 107).

Portanto, a partir da assinatura do contrato de franquia, no qual o franqueador não disponibilizou a COF ao franqueado dentro do prazo legal, conta-se o prazo de dois anos para que o franqueado exija a anulabilidade deste contrato.

Cabe destacar que, como apresentou-se no item anterior, se o franqueado executar mesmo que parcialmente o contrato passível de anulação seu direito de pleiteá-la se perde em vista da confirmação do negócio jurídico com fundamento no artigo 174 do Código Civil, o que aparentemente sanaria antes da possível ocorrência da decadência, uma vez que a execução do contrato franquia normalmente se inicia após a assinatura do contrato, tornando seu estudo inócuo.

Contudo, tal impressão é equivocada. Da mesma forma que a decadência pode perder seu objeto, o mesmo pode ocorrer com a confirmação em decorrência da própria decadência. Neste sentido esclarece o jurista Paulo Lôbo (2012, p. 295) que

a confirmação ou ratificação retira o defeito do negócio jurídico com eficácia retroativa (*ex tunc*), ou seja, torna-o válido desde o início de sua existência. É exercida antes do encerramento do prazo de decadência de dois anos ou de quatro anos, conforme as hipóteses dos arts. 178 e 179 do CC; após o prazo decadencial a ratificação perde seu objeto (validação do ato, já alcançada com o decurso do prazo).

Como apresentou-se, a confirmação, seja expressa ou tácita, depende da ação do franqueado para sua ocorrência. No caso da expressa, declarar expressamente a validade do contrato, demonstrando claramente seu interesse pela sua manutenção e, em se tratando da tácita, decorre da execução mesmo que parcial do contrato pelo franqueado. Já a decadência tem por razão de ocorrência a inércia do franqueado durante o decurso do tempo, justamente o oposto da confirmação.

Então, resta observar no caso concreto qual foi a postura adotada pelo franqueado, se ele, sem ter recebido a COF dentro do prazo legal, após a assinatura do contrato ou do pagamento de qualquer taxa referente a franquia passou a executar o contrato, exigindo inclusive as prestações devidas pelo franqueador ou se beneficiando dele, então, é caso de confirmação. Noutra toada, se agiu da mesma forma, assinou ou pagou o contrato de franquia sem ter recebido a COF regularmente, porém, não procurou executar o contrato, mas deixou de exigir sua anulação dentro de um lapso temporal de dois anos, não terá sucesso em pleitear anulação tendo em vista a ocorrência da decadência.

Destarte, resta-se demonstrado a diferença e as razões porque a decadência e a confirmação são razões, excludentes entre si, de manutenção do contrato de franquia. Mesmo tendo o franqueado deixado de executar o contrato e arguido a anulação dentro do prazo decadencial, entende-se que o contrato ainda pode ser mantido, pois, existe um elemento essencial para que seja reconhecida anulação do contrato: o dano. Sem este, o contrato de franquia sem o cumprimento da exigência da COF pelo franqueador dentro dos ditames legais também deve ser mantido conforme será apresentado no item a seguir.

3.5 A manutenção do contrato de franquia: ausência de dano

A terceira hipótese aventada de manutenção do contrato de franquia realizado sem a entrega da COF no prazo mínimo legal na fase pré-contratual, a partir da compreensão da teoria da invalidade do negócio jurídico, mais especificamente quanto anulabilidade, é a da

demonstração de dano ou prejuízo na realização do negócio pelo franqueado como requisito de acolhimento da anulabilidade.

Mesmo o franqueado não tendo executado o contrato por tempo suficiente para ser considerada confirmação ou não tenha decaído seu direito de pleitear a anulabilidade, entende-se que, por se tratar de anulabilidade, é preciso que o franqueado apresente prejuízo por não ter recebido a COF dentro do prazo legal. Contudo, essa é uma construção jurisprudencial apenas.

Para o reconhecido civilista Sílvio de Salvo Venosa (2013b, p. 521), por exemplo, ao tratar da matéria de anulabilidade, apresenta apenas as duas hipóteses apresentadas anteriormente apresentadas, para ele

os negócios jurídicos anuláveis podem convalescer por duas razões, tomando-se eficazes. Primeiramente, pelo decurso do tempo, pois os atos anuláveis têm prazo de prescrição ou decadência mais ou menos longos; decorrido o lapso prescricional ou decadencial, o ato ou negócio toma-se perfeitamente válido. Há como que ratificação presumida do ato; o interessado que podia impugná-lo queda-se inerte. A segunda possibilidade de convalidação do negócio anulável é a ratificação.

Apresenta-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul exemplificativo das decisões pela manutenção do contrato por falta de demonstração de prejuízo pelo franqueado:

AÇÃO INIBITÓRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA DE DIREITO. AÇÃO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. CIRCULAR DE OFERTA. Não foi demonstrado qualquer prejuízo com a ausência de fornecimento da Circular de Oferta, tendo a franqueada tomado efetivo conhecimento das peculiaridades do negócio. O lapso temporal consolida a relação contratual, descabendo acolher o juízo de inexistência ou ruptura da franquia, medidas extremas que não se amoldam à relação $\zeta_{\text{sub judice}}$. REGISTRO DA MARCA. Embora o art. 129, da Lei n 9.279/96, determine que $\zeta_{\text{a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido}}$, o art. 130, II, da mesma legislação, estabelece que $\zeta_{\text{ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: (...) licenciar seu uso}}$. INEXISTÊNCIA DE KNOW-HOW. ÔNUS DA PROVA. A doutrina do ônus da prova repousa no princípio de que, visando a sua vitória na causa, cabe a quem afirma o direito o encargo de produzir provas capazes de formar, em seu favor, a convicção do juiz. No caso vertente, não se desincumbindo a contento desse encargo a franqueada, ora apelante, a improcedência do recurso é a medida que se impõe, em face dos elementos constantes dos autos. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70019029370, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 25/07/2007) (grifo nosso).

Da decisão, para complementar o entendimento sobre o caso e a hipótese estudada, extrai-se:

“a franqueada, ora apelante, se limita a argüir a nulidade do pacto pela ausência de cumprimento da determinação dos arts. 3º e 4º, da Lei n. 8.955/94, sem apontar a existência de qualquer prejuízo efetivo na formação do pacto. Em se tratando de vício contemporâneo à formação do contrato, descabe vincular a questão os desentendimentos posteriores havidos entre as partes. Não cabe fulminar a relação contratual em razão de uma questão meramente formal, quando não restou demonstrado qualquer dano, lesão ou perda material”.

O requisito da demonstração do prejuízo para acolhimento da arguição de nulidade é o resultado da conjugação de três aspectos estudados: a) conservar os negócios pelas vontades apresentadas pelas partes em sua realização, em respeito a autonomia da vontade e a obrigatoriedade dos pactos, em detrimento da invalidade leve do negócio jurídico por se tratar de anulabilidade; b) da norma que se extrai do texto legal da Lei de Franquias em sua completude, que preserva a não intervenção, apenas a intenção de garantir a informação ao potencial franqueado para fomentar sua decisão, o que não importa em proteger o franqueado dos riscos envolvidos inerentes a atividade empresarial; c) a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, fator determinante para que a anulabilidade do contrato só seja declarada pelo juiz nos casos em que a ausência da COF tenha de fato prejudicado o franqueado na realização de sua vontade ao contratar, o que não deve se confundir com problema na execução do contrato de franquia, seja pelo franqueador, seja pelo franqueado, neste último caso, a rescisão por culpa da parte é o mecanismo adequado para findar a relação jurídica entre as partes e em favor da parte prejudicada.

Apresenta-se outra decisão colegiada, neste caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde o Relator Desembargador Pereira Calças foi preciso, como se observa da ementa e excertos relevantes apresentados:

Apelação. Direito empresarial. Ação de anulação de contrato de franquia e pedido de devolução de valores. A anulação da franquia com fundamento no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 8.955/94, depende do apontamento do nexo de causalidade entre a omissão do franqueador e o prejuízo alegado pelo franqueado. O simples pedido genérico, fundado exclusivamente na falta de apresentação da circular de franquia, desprovido de elementos concretos que permitam a aferição de prejuízo imputável ao franqueador, especialmente, após o início da execução, não autoriza por si só a anulação do contrato. Da mesma forma, o mero inadimplemento do franqueador em relação a suas obrigações contratuais não possibilita a anulação do pacto validamente

celebrado, podendo apenas ensejar a rescisão por culpa da parte, com eventual apuração de perdas e danos, haja vista que se trata de ajuste de execução sucessiva. Demonstração da celebração de distrato entre as partes sem que existam ressalvas quanto aos haveres. Impossibilidade de cobrança de penalidades contratuais, parcelas em aberto ou prejuízos não expressamente ressalvados. Pedidos iniciais e reconventionais improcedentes. Apelo parcialmente provido. (Relator(a): Pereira Calças; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 11/10/2011; Data de registro: 12/10/2011)

(...) a alegação genérica de que a ausência da circular impossibilitou a franqueada de avaliar os riscos do negócio, sem que se aponte e demonstre concretamente o nexos de causalidade entre a ausência do requisito formal eventual prejuízo da franqueada, não pode ser considerada como fundamento apto à declaração de nulidade do contrato. A franqueada é sociedade empresária, não podendo ser considerada parte hipossuficiente na relação contratual. Com efeito, em contratos dessa natureza, há presunção de que as partes estão em igualdade de condições para celebração do negócio bilateral, ainda que os pactos de franquia sejam redigidos com cláusulas padronizadas, na forma de contrato de adesão pelo franqueador. É que, diferentemente do que ocorre no caso dos contratos de consumo, nos quais se protege, dentre outras coisas, a segurança do consumidor, parte notadamente mais fraca da relação, no contrato de franquia, o franqueado, da mesma forma que o franqueador, sujeita-se ao risco do negócio, inerente ao regime de livre iniciativa tutelada pela ordem constitucional nacional, próprio do modo de produção capitalista. Pressupõe-se, portanto, que, antes de ingressar na avença, o franqueado tome conhecimento de todos os detalhes relevantes, inclusive, exigindo os necessários esclarecimentos do franqueador antes da celebração definitiva do ajuste. O caput e o parágrafo único do art. 4º da Lei de Franquias devem ser interpretados com vistas à realidade da negociação. A circular e seu conteúdo obrigatório são uma garantia importante ao franqueado, que, sem dúvida, deve ser observada pelo franqueador. Todavia, a anulação do contrato depende da demonstração de prejuízo em razão da eventual omissão a esse respeito. Não por outro motivo que a lei fala em “anulabilidade”, e não, “nulidade”, demonstrando que a circular não é requisito substancial para formação do contrato de franquia. Anote-se ainda que o prazo fixado pela lei para a entrega da circular é de dez dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou ainda do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado e, em caso de anulação, garante-se a devolução da taxa de filiação e royalties. Por força do princípio da boa-fé objetiva, inteiramente aplicável ao caso, isso faz pressupor que o pedido de anulação deve ser formalizado pelo franqueado em prazo razoável, sob pena de perder esse direito, até porque o que dá ensejo ao pleito anulatório é a falta de informação relevante, não a satisfação ou insatisfação do franqueado em relação à execução do contrato, não se justificando que, após certo tempo de execução, este, inopinadamente, requeira a anulação. Nessa mesma linha de raciocínio, o simples inadimplemento da franqueadora em relação a suas obrigações contratuais não autoriza o pedido de anulação do contrato.

Com a decisão supra, é possível observar a precisão do julgador em compreender a Lei de Franquias e os princípios contratuais para entender que só é anulável o contrato de franquia pela ausência da entrega da COF no prazo anterior a assinatura do contrato ou ao

pagamento quando se puder observar prejuízo ao franqueado pela falta de informação no ato da celebração do negócio jurídico objeto do pleito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde as primeiras franquias firmadas por Singer no século XIX, o modelo *franchising* se apresentou promissor como alternativa para que franqueador e franqueado estabeleçam uma relação de ganhos com base na franqueza, elemento imprescindível para o sucesso da relação.

Para realização dos objetivos da franquia, o contrato é o instrumento jurídico clássico através do qual podem as partes detalhadamente estabelecer as regras incidentes sobre o negócio pactuado.

Com a introdução da Lei de Franquias (8.955/94) ao ordenamento jurídico brasileiro, houve também a introdução da Circular de Oferta de Franquia, documento *sui generis* com objetivo de garantir a transparência e franqueza em qualquer contrato de franquia. O legislador estabeleceu ao franqueado a possibilidade de arguir a anulabilidade do contrato de franquia na ausência da disponibilização da COF pelo franqueador.

Percebeu-se que o legislador propositadamente tratou de anulabilidade do contrato de franquia, portanto, passível de manutenção. Neste contexto, este trabalho se inseriu analisando três hipóteses de manutenção do contrato de franquia anulável a partir da teoria geral e principiológica dos contratos, do estudo do *franchising* e da Lei de Franquias e da teoria das invalidades jurídicas, especialmente da anulabilidade; quais sejam: a confirmação, a decadência e a ausência de dano.

O estudo iniciou-se com a apresentação do contrato como instrumento jurídico, a partir do seu conceito, histórico e conteúdo, onde foram observados os primeiros princípios contratuais: obrigatoriedade, autonomia da vontade e relatividade dos efeitos. Em seguida, aprofundou-se nos princípios introduzidos pelo Código Civil de 2002, os quais relativizaram e complementaram os pilares do direito contratual.

O primeiro princípio estudado foi o da função social do contrato onde observou-se a preocupação com os efeitos externos do contrato, como uma análise para além das partes, introduzido a partir da concepção de justiça social prevista na Constituição Federal de 1988.

Em segundo, abordou-se o princípio do equilíbrio econômico do contrato, com a preocupação em manter as prestações estabelecidas na contratação protegidas de eventuais fatos supervenientes onde uma das partes esteja sujeita a perceber uma onerosidade excessiva enquanto a outra perceberia uma vantagem proporcionalmente exagerada, além da preocupação com as relações onde uma das partes é presumidamente mais frágil, seja na relação de consumo, trabalho, com o meio ambiente, etc.

Encerrando o primeiro capítulo, por fim, o princípio da boa-fé objetiva, conceito propositalmente aberto para permitir adequar a interpretação ao caso concreto, visando a tutela da postura das partes ao contratar, defendendo a lisura e a lealdade nas relações.

O segundo capítulo foi focado no contrato de franquia, apresentando primeiramente a história do *franchising* no mundo e no Brasil, passando pela ideia de Paul Singer, a quem muitos creditam a origem do modelo moderno de franquia. Após o histórico, buscou-se apresentar aspectos jurídicos, mais especificamente as classificações em que se enquadram o contrato de franquia, onde constatou-se que se trata de um contrato: bilateral, oneroso, *intuitu personae*, consensual, de subordinação e complexo.

Ainda analisando aspectos jurídicos da franquia, analisou-se a Lei de Franquias (Lei 8.955/94), o projeto da lei e seus artigos, dos quais se destacou os artigos 3º, 4º e 7º por serem a grande inovação e grande regulação da Lei ao introduzirem a COF. Demonstrou-se a COF na concepção da lei e a hipótese de arguição de anulabilidade do contrato por parte do franqueado quando o franqueador não a disponibiliza dentro do prazo legal.

No último capítulo do presente estudo se discutiu a ideia de manutenção do contrato de franquia mesmo quando não respeitada a exigência legal da COF. Para alcançar tal objetivo, teoricamente se analisou as implicações por se tratar de anulabilidade e não de nulidade do contrato, garantindo que não se tratava de hipótese impossível de aproveitamento (nulidade). Com base nos estudos da anulabilidade, deduziu-se três hipóteses de manutenção do contrato de franquia: confirmação, decadência e ausência de dano.

Na primeira hipótese, conclui-se que o contrato de franquia deve ser mantido se o franqueador, apesar de não ter recebido a COF em tempo, demonstrou desinteresse em anular o contrato, seja expressamente reconhecendo a anulabilidade e a afastando (confirmação expressa), seja com execução do contrato mesmo que parcialmente (confirmação tácita), com base nos artigos 172 a 174 do Código Civil.

A hipótese de decadência foi observada em relação ao direito do franqueado exercer a previsão de arguir anulabilidade. Entendeu-se que se aplica a regra do Código Civil, com a combinação dos artigos 178 e 178, portanto, a partir da assinatura do contrato, o franqueado deve pleitear a anulação em até 2 anos.

A última hipótese trata de uma construção jurisprudencial ao exigir que o franqueado apresente prejuízo causado pela falta de informação a qual deveria ter lhe sido entregue na COF, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva.

Com o estudo, por fim, concluiu-se que, pela opção do legislador de garantir apenas a anulabilidade do contrato de franquia ao franqueado que não recebeu a COF do

franqueador no prazo legal, é possível a manutenção do contrato, além disso, é muito mais restrita a aplicação do disposto no artigo 4º parágrafo único da Lei de Franquias do que aparenta ser à primeira vista, o que é visto com bons olhos, pois a COF tem por objetivo informar na assinatura do contrato e não contra os riscos inerentes na execução do contrato.

Outros estudos poderiam ser desenvolvidos, como por exemplo, a partir de uma análise jurisprudencial mais abrangente, encontrar casos nos quais o contrato foi anulado e comparar se as hipóteses elencadas neste estudo como mantenedoras do contrato foram observadas.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FRANQUIAS – ABF (Brasil). **Desempenho do Franchising Brasileiro 2015**. 2015. Disponível em: <www.portaldofranchising.com.br/central/Content/UploadedFiles/Arquivos/desempenho-franchising-novo-2015.pdf>. Acesso em: 03 maio 2016.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 201 p.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 318, de 13 de março de 1991. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial ("franchising") e dá outras providências. **Projeto de Lei de Franquias**. Brasília, Elaborado por Deputado Magalhães Teixeira. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CE42E8C0FE5F6C7421A64A8A4C998654.proposicoesWeb2?codteor=1143915&filename=Dossie+-PL+318/1991>. Acesso em: 23 mar. 2016.

_____. Constituição (1988). Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

_____. Lei nº 8955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Lei de Franquias**.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.

BRITISH FRANCHISE ASSOCIATION - BFA (Reino Unido). **The History of Franchising**. 2016. Disponível em: <<http://www.thebfa.org/about-franchising/the-history-of-franchising>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a. 862 p.

_____. **Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b. 661 p.

ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION FTC nº 436 de 30 de março de 2007. **Franchise Rule**. Federal Register Volume 72, Issue 61. Disponível em: <<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2007-03-30/content-detail.html>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

_____. FEDERAL TRADE COMMISSION. **Franchise Rule**. 2007. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/franchise-rule>>. Acesso em: 14 maio 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 864 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 538 p.

INTERNATIONAL FRANCHISING ASSOCIATION - IFA (Estados Unidos). **What is a franchise.** 2016. Disponível em: <<http://www.franchise.org/what-is-a-franchise>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

MCDONALD'S CORPORATION (Estados Unidos). **Annual report pursuant to section 13 or 15(d) of the securities exchange act of 1934.** 2015. Disponível em: <www.aboutmcdonalds.com/content/dam/AboutMcDonalds/Investors_2/2015_Annual_Report.pdf>. Acesso em: 01 maio 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa, volume 2:** títulos de crédito e contratos empresariais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 512p.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. 462 p.

_____. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 366 p.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 3:** Contratos. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 602 p.

PEQUENAS EMPRESAS & GRANDES NEGÓCIOS. **“Mantive a postura de educador”.** 2010. Elaborado por Katia Simões. Disponível em: <<http://revistapegn.globo.com/Revista/Common/0,,EMI152512-17158,00-MANTIVE+A+POSTURA+DE+EDUCADOR.html>>. Acesso em: 03 maio 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 570 p.

REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia empresarial.** São Paulo: Memória Jurídica, 2002. 127 p.

RIO GRANDE DO SUL. Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão nº 70019029370. Apelante: Conserv Gestão de Serviços e Convênios Ltda.. Apelada: Goldem System Serviços LTDA. Relator: Desembargador Vicente Barrôco de Vasconcellos. Porto Alegre, RS, 25 de janeiro de 2007. **Diário da Justiça.** Porto Alegre, 31 jul. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 1452 p.

SÃO PAULO. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 2016.0000344085. Apelante: Edmundo Rodrigues da Cunha e Oliveira Neto. Apelado: Resolve Franchising Ltda. (Antiga denominação) e outro. Relator: Desembargadora Maia da Cunha. São Paulo, SP, 18 de janeiro de 2016. **Diário da Justiça.** São Paulo, 20 jun. 2016.

_____. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 2016.0000412914. Apelante: Talita do Paço Rios. Apelado: Gustavo Andare

Amâncio ME. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. São Paulo, SP, 15 de janeiro de 2016. **Diário da Justiça**. São Paulo, 16 jun. 2016.

_____. Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão nº 2011.000022669. Apelante: Unicelli Comércio e Locação de Espaços Destinados a Serviços de Beleza LTDA. Apelada: Fazane Espaços Destinados a Serviços de Beleza S/S Ltda. Relator: Desembargador Pereira Calças. São Paulo, SP, 11 de janeiro de 2011. **Diário da Justiça**. São Paulo, 12 out. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 186 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013a. 690 p. (Coleção direito civil; v. 3).

_____. **Direito civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013b. 644 p.