



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE FRANQUIA EM
MEIO À PANDEMIA E AS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL.

Fabiana Vianna Ferrão

Rio de Janeiro
2021

FABIANA VIANNA FERRÃO

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE FRANQUIA EM
MEIO À PANDEMIA E AS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL.

Artigo científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro.

Professores Orientadores:

Maria Carolina Cancellata de Amorim.

Ubirajara da Fonseca Neto.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE FRANQUIA EM MEIO À PANDEMIA E AS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Fabiana Vianna Ferrão

Graduada pela Faculdade Moraes Júnior. Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo – A facilidade na distribuição de produtos e serviços é o que se busca no sistema de *franchising*, sendo imprescindível a cooperação, já que o sucesso dele somente é possível mediante a conjugação de esforços entre as empresas e colaboração recíproca. Neste sentido, a busca por soluções advindas de negociações, com o objetivo de flexibilizar a relação entre franqueadora e franqueado, em meio à pandemia, tornou-se primordial para manter ambas as partes em atividade e evitar a judicialização da questão, já que a negociação frustrada pode se tornar um passivo e trazer implicações no âmbito da Responsabilidade Civil, sendo este o enfoque do presente trabalho.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Teoria da Imprevisão. Contratos de Franquia.

Sumário – Introdução. 1. Aplicação da Teoria da Imprevisão nos Contratos de Franquia. 2. A Resistência à Flexibilização nas Relações Contratuais no *Franchising* e as Implicações na Responsabilidade Civil. 3. Relevância da Negociação nos Contratos de Franquia Durante a Pandemia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a possibilidade da aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de franquia em meio à pandemia e as consequências no âmbito da Responsabilidade Civil. Procura-se demonstrar que os danos causados às partes, como consequência da resistência da aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de franquia, podem ser mitigados pela flexibilização da relação entre estas, mediante a negociação.

Para tanto, abordam-se questões como as consequências da interrupção abrupta do funcionamento do comércio, por ocasião da pandemia, especialmente para as micro e pequenas empresas, bem como o esforço pela manutenção das atividades em meio ao cenário de catástrofe mundial.

O enfoque do presente trabalho reside em demonstrar que a busca por soluções advindas de negociações, com o objetivo de flexibilizar a relação entre franqueadora e franqueado, torna-se primordial para manter ambas as partes em atividade e evitar a

judicialização da questão, já que a negociação frustrada pode se tornar um passivo e trazer implicações no âmbito da Responsabilidade Civil.

O tema é controvertido na medida em que deve haver uma ponderação de princípios a ser observada, já que, não obstante a cooperação comumente prevaleça no *franchising*, algumas franqueadoras mostram-se resistentes ao reconhecimento da imprevisão que atinge as relações neste aspecto.

Pretende-se trazer algumas reflexões como: é possível mitigar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda* aos contratos de franquia em meio à pandemia, mediante a aplicação da teoria da imprevisão? De que maneira a busca por negociações e a flexibilização na interpretação das cláusulas nos contratos de franquia contribuem para a prevenção de demandas judiciais desnecessárias? Até que ponto a frustração das negociações invade o instituto da Responsabilidade Civil?

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho apresentando uma análise da aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de franquia durante a pandemia.

Segue-se no segundo capítulo pesquisando as implicações na Responsabilidade Civil quanto à resistência na flexibilização em relação ao cumprimento dos contratos de franquia, não obstante a cooperação comumente prevaleça no *franchising*.

O terceiro capítulo demonstra a relevância da negociação em contratos de franquia, em meio à pandemia, como forma de praticar a advocacia preventiva e que o valor das relações, mais uma vez, se sobressai em meio às fragilidades do negócio, quando o assunto é a imprevisão.

Diante da necessidade de se demonstrar a evolução histórica dos institutos que fundamentam a presente pesquisa, esta será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende demonstrar situações hipotéticas que servirão para viabilizar a análise do objeto da pesquisa, mediante argumentações.

Assim, a abordagem da pesquisa jurídica será qualitativa, eis que se pretende o uso de bibliografia pertinente à temática em foco, bem como de legislação, doutrina e jurisprudência, para fundamentar a tese a ser explanada.

1. APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE FRANQUIA

O ano de 2020 já é considerado um ano histórico por ocasião da pandemia derivada da rápida e nefasta disseminação do novo coronavírus, que assolou o mundo todo. Com ela, muitos

dilemas foram criados, diante da imprevisão deste grave acontecimento e dos desdobramentos dele advindos.

Neste sentido é que milhares de pessoas se depararam com situações das mais adversas e, ao mesmo tempo, tiveram que se adaptar e procurar solucionar questões que sequer possuem amparo legal, surgindo daí a necessidade de buscar em dispositivos legais já existentes uma interpretação analógica ao caso atual.

Se por um lado o ordenamento jurídico pátrio, em matéria de contratos, acolheu princípios basilares, como o *pacta sunt servanda* – força obrigatória que os pactos, contratos ou obrigações assumidos devem ser respeitados e cumpridos integralmente¹–, a livre manifestação da vontade e a relatividade dos efeitos, por outro lado o artigo 478 do Código Civil² dispõe que o devedor poderá pedir a resolução do contrato em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis no decorrer dos contratos de execução continuada ou diferida.

O dispositivo em referência consagrou, assim, a Teoria da Imprevisão, que constitui uma exceção à regra do Princípio da Força Obrigatória e merece uma breve análise histórica, diante da similitude entre a realidade que a criou e a que atualmente é vivenciada em todo o mundo.

A já citada força obrigatória dos contratos impedia qualquer possibilidade de alteração da relação contratual que não fosse pela vontade expressa dos envolvidos, de maneira que nenhum evento externo deveria ser considerado para justificar o descumprimento do avençado, ainda que causasse um desequilíbrio e a obrigação das partes era se precaverem e estipularem as condições para isso.

Contudo, com o surgimento das duas grandes Guerras Mundiais, outros contornos surgiram, diante dos evidentes impactos nas relações políticas, econômicas, financeiras, sociais e, obviamente, contratuais. Desapropriação de bens, escassez de matéria prima e de mercadorias, desaparecimento de mão de obra e rodovias fechadas foram alguns cenários comuns nesse período e que alteraram de forma significativa a legislação da época, em diversas partes do mundo.

A depreciação das moedas e o aumento de preços geraram enorme instabilidade na economia e algo precisava ser feito, razão pela qual leis excepcionais e transitórias foram promulgadas na França e na Itália, a fim de relativizarem a força obrigatória dos contratos,

¹LOPES, Geraldo Evangelista. *As cláusulas pacta sunt servanda e rebus sic stantibus e suas consequências jurídicas*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/as-clausulas-pacta-sunt-servanda-e-rebus-sic-stantibus-e-suas-consequencias-juridicas>>. Acesso em: 27 out. 2020.

²BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

muito embora esta ideia de inalterabilidade do contrato ainda estivesse impregnada na visão dos juristas da época.

Tamanha modificação nas relações contratuais foi primordial para se identificar a existência de uma cláusula implícita: a cláusula *rebus sic stantibus*, da qual se retira a conclusão de que o contrato será cumprido estando as coisas como estão, ou seja, qualquer alteração ao longo da execução do contrato, causada por circunstâncias supervenientes e imprevistas, permitirá a mitigação do princípio da força obrigatória do contrato.

Com base nesse conceito, os italianos denominaram de teoria da superveniência, enquanto os franceses, de teoria da imprevisão, esta última acolhida pelos doutrinadores em todo mundo. Assim, pela teoria da imprevisão, se ocorrer um evento futuro, não previsível pelas pessoas no momento da relação contratual, mas que torna impossível seu cumprimento, a prestação será inexigível³.

Contudo, somente no Código de Defesa do Consumidor é que esse conceito foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio, positivando no art. 6º, inciso V⁴, o direito à “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

Finalmente, o Código Civil publicado em 2002, consagrou por completo a Teoria da Imprevisão, nos artigos 393 e 478⁵, este último já citado acima. Contudo, muito embora tal teoria tenha partido da imprevisibilidade, este não é seu elemento essencial, mas sim a inevitabilidade, vez que, embora previsível, o evento pode ser inevitável, tal como a pandemia do novo coronavírus.

Feito este resumo histórico, é preciso observar, em seguida, nas palavras de Calmon e Neves⁶ “que o art. 393 do Código Civil⁷ trata da isenção dos efeitos do inadimplemento das obrigações pela ocorrência de um evento fortuito ou de força maior. Portanto, a hipótese legal diz respeito às repercussões do atraso ou da impossibilidade superveniente de cumprimento de uma obrigação quando estes se dão em razão de um fato que, de modo necessário e absoluto,

³CASTRO, Thiago Soares Castelliano Lucena de. *O coronavírus e a teoria da imprevisão: contratos no Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/lucena-castro-coronavirus-teoria-imprevisao>>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁴BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁵BRASIL. *Lei nº 14.010*, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Relações jurídicas contratuais sob regime emergencial e transitório (Parte I)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/direito-civil-atual-relacoes-juridicas-contratuais-regime-emergencial-parte>>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁷BRASIL. *Lei nº 14.010*, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

impede a execução da prestação e cujos efeitos são inevitáveis para a parte, caracterizando-se, pois, na expressão de Otavio Luiz Rodrigues Junior, como um *inadimplemento fortuito*.”

Desta forma, somente após se verificar que a obrigação não poderia ser cumprida no momento do seu vencimento é que se analisará a possibilidade de isentar o devedor das responsabilidades decorrentes do inadimplemento. Não por outra razão, a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, dispõe em seu art. 6º⁸ que “as consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393⁹ do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos”.

Nesse contexto se inserem os contratos de franquia, posto que evidentemente de prestação continuada e expostos às consequências da pandemia, a exemplo da paralisação compulsória das atividades. Porém, o que se deve analisar é se de fato o inadimplemento foi causado pela crise epidêmica ou, ainda, se por conta da epidemia houve um agravamento dos efeitos decorrentes do inadimplemento anterior.

Após a análise acima, verifica-se que, nestas condições específicas, o franqueado, devedor, poderá invocar o caso fortuito ou a força maior para se isentar das consequências posteriores ao surgimento da crise.

Quanto à diferença entre os institutos acima citados, parte da doutrina, a exemplo de Caio Mário da Silva Pereira¹⁰ afirma que caso fortuito é o acontecimento natural ou evento da natureza, enquanto que a força maior é o fato derivado da ação do homem ou do Poder Público. Outra parcela da doutrina confere definições absolutamente inversas¹¹.

Para uma terceira corrente, o caso fortuito é a circunstância relacionada à pessoa do devedor ou sua empresa, ainda que não emane de culpa sua, enquanto que a força maior é o fato que decorre de ordens da autoridade pública, de ocorrências políticas (como guerras) e dos fenômenos naturais¹². Por fim, há ainda aqueles que veem os dois institutos como sinônimos, não os diferenciando¹³.

⁸BRASIL. *Lei nº 14.010*, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. v. II. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 339.

¹¹AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 270.

¹²RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 239

¹³FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 121.

Não obstante as diferenças de interpretação para os institutos supracitados, verifica-se que o art. 393 do Código Civil¹⁴ encampou a inexistência de diferenciação e apenas expôs os requisitos para a caracterização: a necessidade e a inevitabilidade.

Como bem pontuado por Guilherme Calmon¹⁵, “a definição da natureza jurídica da pandemia da Covid-19 no âmbito das relações obrigacionais é irrelevante, pois o que importa é sua caracterização como um fato necessário e cujos efeitos são inevitáveis em determinadas circunstâncias. E aqui há outro ponto a merecer observação: a isenção do dever de indenizar, no presente caso, só existirá se a obrigação não for cumprida necessariamente por conta dos efeitos da Covid-19, como a necessidade de afastamento e isolamento que se lhe impõe”.

Especificamente em relação aos contratos de franquia, não se mostra razoável exigir de um franqueado o pagamento de *royalties* se o mesmo permaneceu com as atividades paralisadas, sem qualquer movimentação financeira no período, por ocasião de um evento a que não deu causa e inevitável, razão pela qual o entendimento que vem se consolidando é no sentido de aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos de franquia, analisando-se caso a caso o evento que deu causa ao inadimplemento.

2. A RESISTÊNCIA À FLEXIBILIZAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS NO *FRANCHISING* E AS IMPLICAÇÕES NA RESPONSABILIDADE CIVIL

É compreensível a resistência das franqueadoras na flexibilização da aplicação das cláusulas previamente contratadas entre as partes em meio à pandemia, na medida em que estas igualmente sofreram os impactos da paralisação das atividades e das restrições impostas pelas autoridades no combate à disseminação do coronavírus.

A inevitabilidade do evento – pandemia – é uma característica que deve ser observada tanto para a franqueadora, como para a franqueada. Nesse contexto se mostra relevante o tratamento isonômico entre credor e devedor que deve nortear os próximos passos nas tratativas entre as partes envolvidas.

Nos dizeres de Otavio Luiz Rodrigues Júnior¹⁶, “credor e devedor devem necessariamente figurar em posição de igualdade frente aos benefícios da teoria, desde que demonstrem o legítimo interesse (a comprovação de que a onerosidade excessiva está a lhes

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 14.010*, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

¹⁵CALMON, op. Cit., nota 5.

¹⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 164.

causar prejuízos ou tornar insuportável a permanência da execução do contrato). Razão disso é a natureza do sinalagma e o princípio constitucional da isonomia.”

Além disso, impõe-se a observância da função social do contrato, elevada à categoria de princípio e positivada no Código Civil, por meio do artigo 421¹⁷, segundo o qual os contratos não devem ser regidos apenas pelos interesses econômicos das partes, mas também pela sua função social, sob pena de inviabilizar a manutenção da atividade empresarial.

Em contrapartida, o que não se mostra razoável é fechar os olhos e buscar o cumprimento à risca do contrato ou intentar o descumprimento integral do mesmo, deixando de reconhecer os efeitos catastróficos desse evento em benefício de apenas uma das partes, pois não é este o objetivo do *franchising*, que comumente possui em seu bojo o espírito da cooperação, por razões inerentes a esse instituto.

Importante mencionar que o instituto em comento, muito embora regulamentado em nosso ordenamento jurídico somente na década de 90, pela Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, teve sua origem em 1860 no espírito empreendedor do empresário norte-americano, por meio de experiência pioneira da empresa Singer Sewing Machine, que, para ampliar sua rede de distribuição, sem despender recursos próprios, passou a credenciar agentes em diversos pontos do país, franqueando-lhes a marca, produtos, publicidade, técnica de vendas no varejo e conhecimentos técnicos¹⁸.

No entanto, o crescimento do sistema de franquias somente se deu após a Segunda Guerra Mundial, “quando ex-combatentes norte-americanos buscavam uma forma de engajar-se na atividade profissional e aumentar seus rendimentos. Concediam-se a determinadas pessoas, que se constituíam em empresas, marcas de produtos para a revenda, devidamente registradas, já do conhecimento do público e aceitas por sua qualidade, preços e outras propriedades”¹⁹.

Assim, a facilidade na distribuição de produtos e serviços é o que se busca nesse sistema, sendo imprescindível a mencionada cooperação, já que o sucesso dele somente é possível mediante a conjugação de esforços entre as empresas e colaboração recíproca.

Verifica-se do próprio conceito de *franchising*, estampado no artigo 1º da nova lei de franquia, Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019²⁰, que este é na realidade, nos dizeres de

¹⁷ BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

¹⁸ VENOSA, Silvio. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/01/09/franquia-apontamentos-nova-lei/>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1.401.

²⁰ BRASIL. *Lei nº 13.966*, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm>. Acesso em: 04 mar. 2021.

Silvio Venosa²¹, um contrato de cooperação entre empresas independentes, em busca de resultados operacionais, na medida em que a franqueadora autoriza o uso de marca e outros objetos de propriedade intelectual, mediante remuneração direta ou indireta ao franqueado, sendo, portanto, bilateral, oneroso e comutativo.

Após a breve análise das características do *franchising*, permite-se perceber o quão importante é a flexibilização nas relações contratuais no período pandêmico, até mesmo com vistas à preservação das empresas.

Conforme perfeitamente colocado por Fábio Ulhoa Coelho²², em recente parecer elaborado a pedido da Associação Brasileira de Franchising:

A pandemia da covid-19, declarada pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020, é, por sua dimensão, um fato imprevisível e extraordinário, que, afastando a incidência da regra da excepcionalidade da revisão judicial dos contratos empresariais, obriga o ajuste do negócio jurídico, para reestabelecimento das condições originárias as mais próximas possíveis àquela em que se encontravam as partes, ao contratarem.

(...)

A doutrina civilista que se dedicou ao tema é unânime em afirmar que a pandemia da covid-19 é um evento imprevisível e extraordinário, daqueles que autorizam a revisão judicial dos contratos nos termos dos arts. 317 e 479 do Código Civil. Não há um autor sequer que tenha considerado essa pandemia ou suas consequências um fato jurídico sem as características de imprevisibilidade e extraordinariedade.

Assim, resistir à flexibilização nas relações contratuais importará em elevado risco de responsabilidade civil da parte resistente, pelos danos causados à outra parte. Neste sentido, o Enunciado 443 da V Jornada de Direito Civil do CJF²³ – Conselho da Justiça Federal, *in verbis*:

O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida.

Outra não poderia ser a conclusão da interpretação da norma, visto que somente os casos fortuitos internos, entendidos como aqueles decorrentes da própria atividade, não são excludentes da responsabilidade civil.²⁴

Neste sentido, se o encerramento das atividades da franqueada foi ocasionado pela paralisação das atividades e posterior queda do faturamento, em razão das restrições impostas

²¹VENOSA, op. Cit., nota 15.

²²COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer à Associação Brasileira de Franchising - ABF*. Disponível em: <<https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2021/02/parecer-Fabio-Ulhoa-para-ABF-sobre-IGPe-13-aluguel.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²³ Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/356>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁴NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017, p. 893.

no combate à disseminação do coronavírus, pelas autoridades locais, não se mostra razoável exigir do franqueado o cumprimento integral do contrato e a imposição de multa compensatória por eventual rescisão.

Da mesma forma, os danos causados ao franqueado em razão de eventuais protestos, inclusão do nome em cadastros restritivos de crédito e outras medidas que venham a macular o nome do mesmo perante o mercado, podem gerar um passivo para a franqueadora, que pode ser evitado. Cabe aqui a observância do dever de cooperação.

Importante observação é feita por Arnaldo Rizzardo²⁵, ao mencionar que:

No plano das relações pessoais entre o franqueador e o franqueado, impõe-se o cumprimento das obrigações próprias do contrato, sob pena de responsabilizar-se o faltante, consoante bem salienta a jurisprudência: “Franquia é cum contrato comercial atípico pelo qual um comerciante, titular de determinada marca, cede o uso desta a outro comerciante, com a prestação de assistência técnica par a comercialização do produto. O franqueado assume integralmente o financiamento de sua atividade, remunerando o franqueados com uma percentagem, geralmente calculada sobre o volume dos negócios realizados. O franqueados é responsável pelo descumprimento das obrigações assumidas que causem danos ao franqueado (...)”

Por outro lado, se o franqueado já vinha descumprindo o contrato antes mesmo da pandemia e pretende se valer desta para a dispensa do pagamento da multa compensatória em eventual rescisão, não há que se falar em responsabilizar a franqueadora por eventual protesto ou outra medida restritiva de crédito.

Ambas as partes devem, portanto, buscar um denominador comum, cedendo de ambos os lados, para que se cumpra a função social do contrato e se busque a preservação da empresa, evitando demandas desnecessárias.

3. RELEVÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO NOS CONTRATOS DE FRANQUIA DURANTE A PANDEMIA

A negociação em contratos de franquia, em meio à pandemia, tornou-se relevante, como forma de praticar a advocacia preventiva, demonstrando que o valor das relações, mais uma vez, se sobressai em meio às fragilidades do negócio, quando o assunto é a imprevisão.

Porém, imprescindível se torna destacar que tal conclusão deriva também das alterações trazidas pela nova lei de franquia, Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019²⁶, ao

²⁵RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 806.

²⁶BRASIL. *Lei nº 13.966*, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm>. Acesso em: 04 mar. 2021.

afastar a aplicação do legislação consumerista à relação entre as partes fixando como legislação aplicável somente a civil e a empresarial, além de passar a admitir a cláusula de arbitragem²⁷ nos contratos.

Desta forma, o primeiro ponto que deve ser considerado é a impossibilidade de se invocar a legislação consumerista e o segundo é a análise de existência de cláusula de arbitragem no contrato firmado entre as partes, de maneira que, caso esta exista, não poderá a parte se valer diretamente da via judicial.

Feitas tais considerações e caminhando para as questões efetivamente mais práticas, cabe aqui uma constatação, feita por Carlos Moreira, em 27/05/2020, em seu artigo²⁸, onde o mesmo relata que no mês anterior “foi constatado, segundo levantamento do Sebrae, que a queda de faturamento por conta da pandemia havia atingido o percentual de 89%”.

Segue o citado autor²⁹ destacando que “muitas franqueadoras têm se mobilizado internamente para tentar trazer soluções para as suas redes no geral. Muitas têm optado pelo diálogo a fim de acalmar os empreendedores, apontando os possíveis caminhos para que lidem com essa situação”.

E outra não poderia ser a conclusão, já que, diante do cenário em tela, o comportamento mais sensato é o que terá melhor resultado útil e prático. E tal assertiva vale tanto para franqueadas, quanto para franqueadoras.

Naturalmente, lançar mão de uma notificação extrajudicial, antes de se cogitar a propositura de uma ação judicial, é o caminho menos tortuoso, mais prático e que evidenciará a boa-fé objetiva e a função social, princípios fundamentais que norteiam os contratos. Logo, para se evitar a resolução do contrato é que se busca a revisão do mesmo.

Nesse contexto surge o dever de renegociar, já debatido no meio jurídico e considerado fruto da interpretação e aplicação do artigo 422 do Código Civil³⁰, na medida em que este impõe a observância da boa-fé objetiva em todas as etapas do contrato, de maneira que a recusa da renegociação diante do desequilíbrio contratual que eventualmente venha a favorecer economicamente uma das partes, poderia render ensejo à possível pleito

²⁷Ibid.

²⁸MOREIRA, Carlos. Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/orientacoes-importantes-para-negociar-com-franqueadoras-na-criese/>>. Acesso em: 03 abr.2021.

²⁹Ibid.

³⁰BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021

indenizatório em favor do prejudicado, posto que não renegociar, quando as circunstâncias concretas, assim determinarem, enseja uma espécie de ato ilícito³¹.

Aprofundando ainda mais a questão, Marco Aurélio Bezerra de Melo³² aponta para a necessidade de uma lei excepcional, já que há o interesse do Estado em evitar a excessiva judicialização das ações de revisão contratual, assim como das eventuais ações de resolução e/ou indenizatórias, ampliando o debate:

Se for admitida a premissa de que a recusa indevida de renegociar o contrato diante de desequilíbrio contratual configura ato ilícito, é possível existir uma lei que determine tal comportamento antes da demanda judicial. Além dos requisitos processuais do artigo 330, §§ 2º e 3º, do CPC para as ações revisionais de obrigação, deveria ser demonstrada ao julgador a existência de uma prévia tentativa de renegociação e que esta restou frustrada, pois o réu a quem se imputa, no âmbito da teoria da asserção, a vantagem excessiva, se recusou a rediscutir o contrato que se protraí no tempo e foi alvejado pela pandemia.

Adverte, porém, o jurista³³ que não se trata de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas sim de propor uma regular determinação legal de requisito prévio ou uma condição de procedibilidade, tal como já decidido, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 631.240³⁴, em que se firmou o entendimento de que a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, na hipótese de exigência de prévio requerimento administrativo de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, junto ao INSS.

Fabio Ulhoa Coelho³⁵ bem observou em citação ao artigo de Anderson Schreiber que não obstante o debate referente ao dever de renegociar seja rico, deixa de apresentar importância prática, principalmente em experiências jurídicas brasileiras, em que basta o reconhecimento da possibilidade de pleitear a revisão judicial do contrato, pois ela “já oferece ao contratante uma via para obter a superação do desequilíbrio contratual, talvez mais simples e igualmente eficiente se comparada ao leito de um provimento jurisdicional substitutivo da vontade do contratante que descumpra seu dever de renegociar.”

³¹TARTUCE, Flávio. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/838910947/por-uma-lei-excepcional-dever-de-renegociar-como-condicao-de-procedibilidade-da-acao-de-revisao-e-resolucao-contratual-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em: 12 abr.2021.

³²Ibid.

³³Ibid.

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 632140*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur283852/false>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

³⁵COELHO apud SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020, p. 398.

No entanto, o que se pretende demonstrar é que, se de fato houvesse uma lei neste sentido, certamente estimularia as partes a buscarem a renegociação, antes de se judicializar a questão. Contudo, ainda que essa lei não exista, outros fundamentos podem ser utilizados como meio de se evitar o longo caminho de uma ação judicial, como já demonstrado em linhas anteriores.

Não parece razoável pressupor que as partes pretendam a imediata rescisão e imposição das cláusulas pré-estabelecidas no lugar de uma tentativa de preservação da empresa, da função social da mesma e do contrato em si, além da multicitada boa-fé objetiva, que deve prevalecer na relação contratual.

Isto porque, a depender do caso concreto, nos dizeres de Marco Aurélio Bezerra de Melo³⁶, “é adequada a concepção indenizatória em desfavor daquele que não observa o dever de renegociar e recolhe abusivo proveito econômico diante da pandemia ou mesmo sufoca a contraparte sem restaurar o propósito contratual inaugural”.

Neste sentido, pode ser interpretada como ato ilícito a negativa de renegociação em meio à pandemia e a imediata judicialização do caso, nas discussões de revisão de contrato de franquia, cabendo ressaltar que tal dever também se aplica ao franqueado, que deve demonstrar o interesse na preservação da relação jurídica com a franqueadora e a busca pelo pagamento de eventuais débitos, ainda que de forma parcelada, sob pena de sofrer as consequências estipuladas em contrato.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho pretendeu-se demonstrar que, em meio à pandemia, tornou-se primordial a busca por soluções advindas de negociações, com o objetivo de flexibilizar a relação entre franqueadora e franqueado, para manter ambas as partes em atividade e evitar a judicialização da questão, já que a negociação frustrada pode se tornar um passivo e trazer implicações no âmbito da Responsabilidade Civil.

Abordou-se a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de franquia, durante a pandemia, mediante uma análise histórica do Princípio da Força Obrigatória dos contratos ou *pacta sunt servanda*, bem como a introdução do conceito da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente no Código de Defesa do Consumidor, através do art. 6º, inciso

³⁶TARTUCE, op. Cit., nota 25.

V, e, finalmente, no Código Civil de 2002, que consagrou por completo a Teoria da Imprevisão, nos artigos 393 e 478.

Objetivando demonstrar que, não obstante a doutrina civilista seja unânime em afirmar que a pandemia é considerada um evento imprevisível e extraordinário, a aplicação da teoria em comento não é absoluta, verificou-se que deve ser analisado caso a caso e somente após se constatar a impossibilidade do cumprimento da obrigação no momento do seu vencimento é que deve ser aferida a possibilidade de isentar o devedor das responsabilidades decorrentes do inadimplemento.

A análise de princípios como o da isonomia, onerosidade excessiva, função social do contrato e preservação da empresa, foi de extrema relevância para essa pesquisa, em que também foi possível apresentar uma abordagem histórica do *franchising*, a fim de demonstrar que a facilidade na distribuição de produtos e serviços é o que se busca nesse sistema, sendo imprescindível o espírito de cooperação, já que o sucesso dele somente é possível mediante a conjugação de esforços entre as empresas e colaboração recíproca.

Constatou-se, assim, que a resistência à flexibilização nas relações contratuais importará em elevado risco de responsabilidade civil da parte resistente, pelos danos causados à outra parte, sendo unânime o entendimento de que o caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida, ou seja, quando se tratar de caso fortuito externo.

Uma das conclusões trazidas nesta pesquisa foi a relevância da negociação em contratos de franquia, em meio à pandemia, visto que a imediata judicialização, sem a prévia tentativa de conciliação, pode ser interpretada como ato ilícito, aplicando-se tal interpretação para ambas as partes, pois, se por um lado a cobrança desmedida da franqueadora, sem qualquer flexibilização é mal vista, o desinteresse do franqueado no pagamento dos débitos, ainda que de forma parcelada ou sem qualquer proposta, também o é.

Demonstrou-se, ainda, a importância da existência de uma lei que viesse a impor a comprovação da prévia tentativa de negociação entre as partes como condição para a propositura de uma ação de revisão contratual, sem que tal implicasse em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, em razão de o tema já ter sido pacificado em sede de repercussão geral, firmando-se o entendimento de que a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o princípio em comento.

Resguardadas as diferentes opiniões sobre o tema, buscou-se trazer uma concepção profunda do dever de renegociar, com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, concluindo-se que não parece razoável pressupor que as partes pretendam a imediata rescisão, com a

imposição das cláusulas pré-estabelecidas, optando trilharem o longo caminho de uma ação judicial, ao invés de buscarem a preservação da empresa e da função social desta e do contrato, bem como o interesse na manutenção da relação jurídica entre as partes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: RT, 2001.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 28 fev. 2021.

_____. *Lei nº 13.966*, de 26 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm>. Acesso em: 04 mar. 2021.

_____. *Lei nº 14.010*, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 632140*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur283852/false>. Acesso em: 11 abr. 2015.

CASTRO, Thiago Soares Castelliano Lucena de. *O coronavírus e a teoria da imprevisão: contratos no Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/lucena-castro-coronavirus-teoria-imprevisao>>. Acesso em: 27 out. 2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Parecer à Associação Brasileira de Franchising - ABF*. Disponível em: <<https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2021/02/parecer-Fabio-Ulhoa-para-ABF-sobre-IGPe-13-aluguel.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2021.

COELHO apud SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Relações jurídicas contratuais sob regime emergencial e transitório (Parte I)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-08/direito-civil-atual-relacoes-juridicas-contratuais-regime-emergencial-parte>>. Acesso em: 27 out. 2020.

LOPES, Geraldo Evangelista. *As cláusulas pacta sunt servanda e rebus sic stantibus e suas consequências jurídicas*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/as-clausulas-pacta-sunt-servanda-e-rebus-sic-stantibus-e-suas-consequencias-juridicas>> . Acesso em: 27 out. 2020.

MOREIRA, Carlos. Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/orientacoes-importantes-para-negociar-com-franqueadoras-na-crise/>>. Acesso em: 03 abr.2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. v. II. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

_____. *Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/838910947/por-uma-lei-excepcional-dever-de-renegociar-como-condicao-de-procedibilidade-da-acao-de-revisao-e-resolucao-contratual-contratual-em-tempos-de-covid-19>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

VENOSA, Silvio. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/01/09/franquia-apontamentos-nova-lei/>>. Acesso em: 04 mar. 2021.