

Franquia Empresarial enquanto Sistema

Franchise as System

Arnaldo Rizzardo¹

Raif Daher Hardman de Figueiredo²

Resumo: O presente artigo tem por objeto a análise da franquia empresarial enquanto (sub)sistema econômico e negócio jurídico sistêmico. O estudo toma por base a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann. Apresenta-se um viés multidisciplinar embasado em bibliografia econômica, organizacional, sociológica e jurídica. A análise também leva em consideração dispositivos legais do sistema jurídico brasileiro e estrangeiros. A conclusão aponta para a necessidade de interpretação da franquia empresarial a partir de uma perspectiva de coletivismo, coordenação e colaboração, posicionando a boa-fé objetiva como principal fonte de obrigação contratual.

Palavras-chaves: Franquia empresarial; Sistema; Coletividade; Coordenação; Colaboração.

Abstract: This sheet aims to analyse the franchise as a system. It is based on Niklas Luhmann's theory of autopoietic systems. It is a multidisciplinary analysis, relying economic, sociology and law bibliography. This analysis takes into account also provisions of positive Brazilian and international law. Through this work, we intend to demonstrate the need to interpret the franchise from a perspective of collectivity, coordination and collaboration, bringing objective good faith to the center of contractual obligation.

Keywords: Franchise; System; Collectivity; Coordination; Collaboration.

I. Introdução

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Advogado, professor e autor. E-mail: arnaldorizzardofilho@hotmail.com.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduado em Direito dos Contratos pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). Advogado. E-mail: raifdhf@hotmail.com.

A publicação da nova lei de franquias (Lei nº 13.966), em 27 de dezembro de 2019, que revogou a Lei nº 8.955/94, naturalmente, reascende o interesse da doutrina sobre o tema. Embora este artigo tenha perfil preponderantemente zetético, pois aplicável independente do direito positivado, continua pertinente em razão do provável ressurgimento das mais diversas discussões sobre o negócio de franquia. De todo modo, optamos por não nos desprendermos das normas postas para demonstrarmos a importância de se entender a franquia enquanto sistema no dia-a-dia do jurista inclusive pelo viés dogmático.

Embora a mudança legislativa esteja muito aquém do necessário³, implementou uma singela – mas importante – alteração quanto ao seu objeto. O art. 1º da Lei 8.955/94 previa como objeto de regulamentação os “contratos de franquia empresarial”. A nova lei, por outro lado, prevê que será objeto de disciplina o “sistema de franquia empresarial”⁴.

Neste trabalho, trataremos da franquia empresarial enquanto “sistema”, que, embora não seja instituto jurídico, é de compreensão essencial para o entendimento da natureza do negócio de franquia empresarial. Igualmente importante é o entendimento da franquia enquanto “rede”, instituto ao qual dedicaremos artigo específico. É importante notar que tanto os institutos da “rede” quanto do “sistema” estão presentes em ambas as leis de franquias; a diferença é que na nova lei foi ampliado o destaque do “sistema”.

Inicialmente, demonstraremos a referência da doutrina e da legislação ao termo “sistema de franquia”, abordando os possíveis significados atribuídos ao termo “sistema” no universo da franquia. Na sequência, apresentaremos a possibilidade de se entender o “sistema de franquia” a partir de uma perspectiva da teoria dos sistemas autopoieticos e confrontando-o com a concepção clássica do contrato. No tópico seguinte, explanaremos de forma breve a teoria dos sistemas autopoieticos. Em seguida,

³ Inobstante a estrutura topográfica da nova lei tenha permanecido a mesma, há acréscimos no que diz respeito ao conceito de franquia empresarial e aos requisitos da circular de oferta de franquia, além de inovações como a previsão de sublocação de imóvel entre franqueador e franqueado e a chamada “franquia internacional”. A previsão de arbitragem é outra novidade legal, embora já fosse praticada no contexto da antiga lei.

⁴ No Projeto de Lei n. 3.234 protocolado em 2012 na Câmara dos Deputados pelo Deputado Valdir Colatto – posteriormente transformada na Lei 13.966/19-, a alteração do art. 1º da lei foi seguida da seguinte justificativa, *in verbis*: “A legislação em comento regula, em verdade, o instituto jurídico da franquia e não apenas os contratos de franquia. Estes últimos integram o sistema de franquia e consolidam a vontade das partes”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=417104458DDEE7B883DC2B07C834EAC5.proposicoesWebExterno2?codteor=965297&filename=Tramitacao-PL+3234/2012>. Acesso em 24/03/2020.

aplicaremos a teoria ao sistema de franquia identificando como ocorre o fechamento operacional e qual o código do sistema estudado. Trataremos do acoplamento estrutural entre sistemas autopoieticos (direito e economia) e realizaremos enfoque na comunicação entre o (sub)sistema econômico da franquia e o (sub)sistema do direito para então apresentarmos a diferença prática entre se entender a franquia enquanto sistema autopoietico de ação cooperada e coordenada.

II. Franquia empresarial enquanto sistema autopoietico

O termo “sistema” já era utilizado pela Lei nº 8.955/1994. O artigo segundo da Lei nº 8.955/1994 dispunha que “Franquia empresarial é o sistema [...]”. Também o seu art. 3º, *caput*, fazia menção à “implantação de sistema de franquia empresarial”. O termo se repetia, ainda, no inciso III do art. 3º e no art. 8º da mesma Lei.

Na Lei nº 13.966/19, constatamos que a própria ementa passa a dizer que a lei dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e não mais apenas sobre o contrato de franquia. Como mencionado na justificativa do projeto de lei nº 3.234 da Câmara dos Deputados que originou a nova lei de franquias, o sistema é um todo do qual o contrato faz parte. Observa-se, ainda, que o artigo primeiro da Lei nº 13.966/2019 dispõe sobre “[...] o sistema de franquia empresarial [...]”.

Mundo afora, também se utiliza o termo sistema de franquia. É o que se vê, por exemplo, na lei modelo de franquia do UNIDROIT⁵ e na conceituação da IFA (Associação Internacional de *Franchising*)⁶.

Mas, o que significa o “sistema” para a franquia empresarial?

A palavra sistema tem diversas acepções. A própria lei de franquia fala em “sistemas operacionais” para se referir a programas de computador que serão utilizados pelos membros da rede. Não obstante seja utilizado o mesmo significante (“sistema”), os significados são diferentes.

Há quem sustente que sistema e contrato de franquia se confundem⁷, e há quem sustente que a utilização da palavra “sistema” é um equívoco legislativo⁸. Não concordamos com esses posicionamentos.

⁵ Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law>>. Acesso em 24/03/2020.

⁶ Disponível em: <<https://www.franchise.org/faqs/basics/what-is-a-franchise>> Acesso em 24/03/2020.

⁷ GIGLIOTTI, Batista Salgado. O funcionamento do sistema de franchising. In *Franquias brasileiras: estratégia, empreendedorismo, inovação e internacionalização*. Org. Pedro Lucas de Resende Melo, Tales Andreassi, São Paulo, Editora: Cengage Learning, 2017, p. 5: “O sistema de franquia é academicamente aceito como um contrato entre dois agentes, no qual um vendo o direito de uso de uma marca, um produto

Segundo os dicionários da língua portuguesa⁹ – na acepção que nos parece mais adequada, sistema significa uma reunião de elementos concretos e/ou abstratos que se interligam de modo a formar um todo organizado. Trata-se do modo de organização ou de estruturação administrativa, política, social ou econômica.

Também não deixa de ser compatível com o instituto da franquia o entendimento de que o “sistema” é uma técnica de distribuição de produtos e serviços para a expansão de negócios¹⁰.

Embora esses dois últimos significados sejam compatíveis com o sistema de franquia, parece-nos relevante apreciar o seu significado através de um viés sociológico, à luz da teoria dos sistemas autopoieticos, elaborada pelo jurista e sociólogo alemão Niklas Luhmann e seguida por inúmeros teóricos.

Conquanto o pensamento jurídico básico sobre a franquia empresarial leve a crer se tratar de uma interconexão kelseniana de disposições legais e cláusulas contratuais com aplicação dos princípios clássicos do direito contratual¹¹, a partir de Luhmann é possível compreender esses sistemas como uma interconexão de operações factuais de comunicação¹².

acabado e algum conhecimento e/ou método de gestão a outro agente, em troca de uma combinação de taxas e remuneração.”

⁸ MELLO, Adriana Mandim Theodoro. Franquia empresarial: Responsabilidade civil na extinção do contrato. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 58: “Ao empregar a expressão ‘sistema’, denota o legislador brasileiro pouca técnica jurídica, já que a natureza da franquia, para a ciência do direito, é de um contrato, e assim deveria ter sido denominada.”

⁹ De acordo com o dicionário Aurélio, sistema é “1. Conjunto de elementos, entre os quais haja alguma relação; 2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam estrutura organizada (...)”. In Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa, Curitiba, Editora Positivo, 2010, p. 703. De acordo com o dicionário Michaelis, é “(...) 2. Conjunto de elementos distintos, com características e funções específicas, organizadas de forma natural ou por meios artificiais (...)”. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=sistema>. De acordo com o dicionário Online de Português, é “reunião dos elementos que, concretos ou abstratos, se interligam de modo a formar um todo organizado; reunião dos preceitos que, sistematicamente relacionados, são aplicados numa área determinada; teoria ou doutrina: o sistema filosófico de Descartes (...)”. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sistema/>.

¹⁰ Nesse sentido: FERNANDES. Marcelo Cama Proença. O Contrato de Franquia Empresarial. São Paulo, Memória Jurídica Editora, 2003, p. 26. BARROSO. Luiz Felizardo. Franchising e Direito. São Paulo, Editora: Atlas, 1997, p. 19. PLÁ. Daniel. Tudo sobre franchising. Rio de Janeiro, Editora: SENAC, 2001, p. 17. É, também, o entendimento adotado pela Associação Internacional de Franchising (IFA). Disponível em: <<https://www.franchise.org/faqs/basics/what-is-a-franchise>>. Acesso em: 24/03/2020.

¹¹ Noutras palavras, uma visão que parte do pressuposto de que a execução do contrato leva em consideração a existência de eventos puramente jurídicos.

¹² A relação básica pela qual o sistema social se delimita em face do seu ambiente é a comunicacional. A sociedade enquanto sistema geral abarca todas as comunicações. O direito enquanto subsistema social abarca as comunicações jurídicas. A economia enquanto subsistema econômico abarca as comunicações econômicas.

Não se quer dizer aqui que a compreensão da franquia enquanto sistema exclua a concepção contratual. Muito pelo contrário, o contrato de franquia é elemento da organização do sistema, assim como a circular de oferta de franquia. O que se quer dizer é que a franquia não se resume ao instituto jurídico-formal do contrato.

Mas o entendimento do contrato enquanto elemento do (sub)sistema de franquia impõe na sua interpretação de acordo com o código cooperativo e o acoplamento coordenativo. E a teoria clássica do direito obrigacional aplicável aos tradicionais contratos de troca, que acontecem no ambiente estritamente de mercado, é incompatível com a natureza dos contratos no contexto dos sistemas interempresarial, simplesmente porque desconsidera a cooperação enquanto relação interna das empresas que compõem os (sub)sistemas de franquia, assim como a necessária coordenação das mesmas.

É por isso que se torna imperioso analisar a franquia enquanto (sub)sistema social autopoiético.

Uma vez que o paradigma racional luhmanniano é a operação factual¹³, ou, simplesmente, um fato econômico, a estratégia de compreensão do que se tratam os sistemas de franquia empresarial é identificar as diferenças entre suas operações factuais de comunicação e as operações factuais das demais relações econômicas do sistema econômico. Identificados os elementos operacionais que distinguem e destacam os sistemas de franquia empresarial, será possível compreender como o sistema jurídico deve recepcionar essas comunicações irritantes advindas do sistema econômico.

Em termos gerais, a sociedade é um macrosistema composto de sistemas como o jurídico, o econômico, o político, o da saúde, o da educação, dentre outros. Cada um desses sistemas sociais fecha-se operacionalmente para distinguirem-se do seu ambiente. No caso do sistema do direito, por exemplo, seu ambiente, o mundo, é composto pelos demais sistemas.

Em razão do fechamento operacional e de seu autodesenvolvimento interno, os sistemas sociais tornam-se cada vez mais complexos, e ao passo que suas operações tornam-se históricas, exsurtem deles novos subsistemas ou elementos sistêmicos. Trata-se da evolução dos sistemas.

¹³ “Luhmann parte da Assunção de uma realidade (rectius: realidade “empírica”) decomposta em sistemas, entendidos os últimos como conjuntos de ações ou dispositivos (“elementos”) que se articulam com vista à produção de um efeito (*Wirkung*) e, na unidade do seu peculiar *modus operandi* se autonomizam no ambiente circundante (“*Umwelt*”).” In COSTA. António Manuel de Almeida. O Funcionalismo Sistêmico de N. Luhmann e os seus Reflexos no Universo Jurídico. Coimbra, Editora: Almedina, 2018, p. 14 e 15.

Considerando-se que os sistemas de franquia empresarial são (sub)sistemas do sistema da economia¹⁴, e, portanto, sendo seu ambiente composto por todo o restante do sistema econômico (além dos demais sistemas sociais), é preciso identificar o que destaca os (sub)sistemas de franquia empresarial do sistema econômico.

Conforme referido acima, esse destaque se verifica nas interconexões operacionais factuais enquanto ações de comunicação operacionais. Determinadas operações são cíclicas e recursivas, e tal fenômeno se dá em razão de uma técnica racionalmente desenvolvida, como será demonstrado no item abaixo.

II.1. Fechamento operacional e autopoiese

A interconexão de operações factuais destaca o sistema do ambiente por meio do fechamento operacional¹⁵; a internalização de um contínuo recebimento de *feedbacks* (transformação de *inputs* em *outputs*¹⁶) enquanto parte de uma operação maior. Os sistemas, por meio do fechamento operacional, desenvolvem ciclos operacionais internos passando a ser um (sub)ambiente¹⁷.

A teoria dos sistemas autopoéticos se fundamenta na diferença entre sistema e ambiente. Os sistemas são operativamente fechados simplesmente porque utilizam suas próprias operações para produção de mais operações, autoreproduzindo-se (autonomia, autolimitação). Trata-se do conceito de autopoiese, que posiciona ideia de constituição autorreferencial para o nível das operações elementares do sistema.

O ponto chave é que o próprio fechamento operacional permite aos sistemas se abrirem cognitivamente ao ambiente para captar-lhe as irritações que reputam úteis à sua própria evolução¹⁸. Em síntese, os sistemas operam estruturalmente fechados e cognitivamente abertos, e assim evoluem.

Aliás, o fechamento operativo do sistema permite o aumento interno de sua complexidade através da redução da complexidade que lhe cerca. É dizer, o sistema reduz o seu objeto (“repertório”) para poder aumentar a sua complexidade através de

¹⁴ Sem esquecer a ambivalência do código, conforme adverte Luhmann (2016, p. 1024).

¹⁵ O fechamento operacional, para Luhmann, é um princípio, mas não um princípio normativo.

¹⁶ Segundo Luhmann (2016, posição 1038), “[...] *não existe nenhum input de comunicação jurídica no sistema do direito, pois não há absolutamente comunicação jurídica fora do sistema do direito*”.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, p. 57.

¹⁸ “[...] o sistema do direito pode levar em consideração fatos externos, mas somente como informação produzida internamente [...] Por isso, a distinção entre normativamente fechado e cognitivamente aberto é praticada somente no interior do sistema [...]”. In Luhmann, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, p. 114.

sua estrutura¹⁹. A autorreprodução do sistema pode torna-lo tão complexo que ele mesmo passa a ter subsistemas.

Para que o fechamento ocorra, necessita-se de uma “codificação binária”, um esquematismo que provê um valor positivo e um valor negativo representativo da unidade do sistema. O código não é uma norma, mas sim a estrutura de um processo autopoietico. No caso do direito, o código é lícito/ilícito; no caso da economia, lucro/prejuízo. O sistema autodesigna-se a partir de um código binário que carrega valores²⁰.

Nesse contexto, identificaremos como o (sub)sistema de franquia empresarial se diferencia do sistema econômico, como ocorre o seu fechamento operacional e qual o seu código binário.

II.II. O subcódigo econômico dos (sub)sistemas de franquia empresarial

Magalhães e Sanchez²¹, professores de economia e administração de empresas, a partir de Luhmann, tratam as redes empresariais segundo os conceitos de “organização” e “estrutura”. Sob a perspectiva autopoietica, “organização” significa relacionamentos ou rede de regras que governam relações entre os componentes do sistema. Por outro lado, “estrutura” significa relações entre os componentes do sistema na prática e a resolução dos constrangimentos surgidos na operação.

Zeleny²², outro professor de economia e administração de empresas, segue na mesma direção, entendendo as relações interorganizações como redes de interações, reações e processos identificados por uma organização e diferenciados por uma

¹⁹ Nas palavras de João Maurício Adeodato, “repertório é o conjunto de possibilidades escolhidas como desejáveis entre as inúmeras que a complexidade do mundo circundante oferece; estrutura é o conjunto de regras que garantem o sistema contra a possibilidade de que venham a ocorrer outras alternativas que não aquelas selecionadas no repertório”. In ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89. “Sintetizando: a luz do quadro descrito, toda a estrutura social consubstancia o resultado de uma seleção operada, entre várias alternativas, através do assinalado o esquema mutualista. Por outro lado, qualquer sistema social mais não constitui do que uma sucessão encadeada de reduções da complexidade realizadas no quadro da mesma auto referência mutualista, que se articulam nós termos de uma Problemstufenordnung. (...) O que vem de assinalar-se relaciona-se com o fato de Luhmann assimilar todos os sistemas a um modus operandi ficando ancorado em estruturas e, assim, no estabelecimento de respostas tipos que possibilitem o automatismo da solução dos problemas concretos”. In COSTA. António Manuel de Almeida. O Funcionalismo Sistemico de N. Luhmann e os seus Reflexos no Universo Jurídico. Coimbra, Editora: Almedina, 2018, p. 40 e 42.

²⁰ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, p. 101 e ss.

²¹ MAGALHÃES, Rodrigo; SANCHEZ, Ron. Autopoiesis theory and organization: an overview. In: MAGALHÃES, Rodrigo; SANCHEZ, Ron (Org.). Autopoiesis in organization theory and practice. Bingley: Emerald Group Publishing, 2009, p. 5.

²² ZELENY, Milan. Human systems management: Integrating knowledge, management and systems. World Scientific, 2005, p. 159 e ss.

estrutura. Trata-se da organização de regras de coordenação para uma determinada estrutura. As regras de coordenação definem a natureza da execução recorrente da ação. A organização dirige a estrutura; a estrutura segue a organização.

A identidade ou unidade do (sub)sistema de franquia empresarial está insculpida nas relações factuais dos membros do (sub)sistema, e a teoria autopoietica identifica a organização pela sua diferença de determinada relação factual em relação ao resto, a partir de um código que representa a dicotomia entre o sistema e seu entorno, ao mesmo tempo em que representa a unidade básica das suas operações.

A diferenciação a partir do código binário é notada de fato no *modus operandi* da base estrutural da relação em rede. Com a atualização constante da operação, as redes tornam-se históricas, formando um acervo de sentidos em constante evolução.

Nesse contexto, vale destacar que a formação do acervo de cada sistema de franquia é proveniente dos aprendizados e das experiências do franqueador, de seus franqueados e de todos os seus demais integrantes. Esses conhecimentos irritam o sistema, que se vê obrigado a se autoproduzir com novas regras e expectativas seguindo as suas normas estruturais e organizacionais. Mas, o fato é que há uma tendência de que um sistema interempresarial evolua forma mais célere do que empresas estritamente verticais, pois o sistema proporciona mais polos de contato com o entorno e, ao mesmo tempo, uma estrutura preparada para receber e organizar tais elementos de acordo como a linguagem própria do sistema.

Conforme demonstrado por Luhmann, o grau de complexidade da sociedade moderna não permite que as regras sejam criadas exclusivamente por vivências autônomas. O sistema passa a criar expectativas através de técnicas de abstração gerando uma confiança sistêmica²³. Daí porque a irritação experimentada com entorno por diversos sujeitos se mostra mais eficaz que aquela experimentada de forma singular.

²³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 46. No mesmo sentido: ALMEIDA, André Galvão Vasconcelos. In **Revista de Informação Legislativa**, n. 213, jan./mar. 2017, ano 54, Brasília: Senado Federal, p. 241 a 263, Coordenador: VIEIRA, Aloysio de Brito. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas: “A própria relação em torno da confiança com base nos sistemas e, conseqüentemente, em torno da generalização de expectativas está intimamente ligada à hipercomplexidade e à contingência da vida moderna. Na medida em que a experimentação/experiência da conduta humana tornou-se incapaz de representar e/ou controlar as possibilidades fáticas e concretas do mundo globalizado, abre-se espaço a ideia de confiança no sistema. A confiança sistema é, assim, o reconhecimento da limitação e precariedade da experimentação. Ela antecipa o futuro, ao delimitar, com menos esforço e maior eficiência, a redução de complexidade do mundo. (...) A indeterminação do ambiente passa a ser tolerada por meio de uma ordem interna, construída através de uma complexidade já reduzida e administrada pelos sistemas.”

Feitosa²⁴ leciona que as redes substituem a *affectio societatis*, comum aos tipos gerais de contratos societários, pela *affectio cooperandi*, que envolve obrigações de cooperação, negociação, assistência e fidelidade.

As relações, ou melhor, os relacionamentos internos dos (sub)sistemas de franquia empresarial são organizados e orientados por um código, que fecha e identifica cada sistema, e reputa-se que o código dos sistemas formados pelas redes empresariais esteja identificado no binômio “relação de cooperação/relação de competição”. O que for uma “relação de cooperação” está do lado de dentro dos (sub)sistemas de franquia empresarial; o que for “relação de competição”, do lado de fora.

Obviamente que esse código é, em verdade, um subcódigo, da mesma forma que os sistemas de franquia empresarial são subsistemas ou eventos sistêmicos do sistema da economia.

Emerge um paradoxo: o código “relação de cooperação/relação de competição” pressupõe o código geral do sistema econômico “lucro/prejuízo”, forjado sob as ideias de competitividade e concorrência. Ocorre que, nos (sub)sistemas de franquia empresarial, primeiramente se coopera no interior de seus sistemas para depois competir com quem está no seu exterior, ou seja, no seu ambiente.

É possível então identificar os (sub)sistemas de franquia empresarial pela autodeterminação e pela diferenciação de suas relações internas, que são cooperadas. Com isso não se está afirmando que os (sub)sistemas não possuem relações de competição. Efetivamente as têm, porém em face de suas relações externas. Entretanto são justamente as relações internas (endógenas) de cooperação que fecham e identificam os (sub)sistemas de franquia empresarial, diferenciando-os em relação ao exterior, onde só há competição.

A cooperação no âmbito dos (sub)sistemas de franquia empresarial como obrigação implícita deixa de ocupar um papel subsidiário (acessório, lateral), como o ocupado nos tradicionais contratos bilaterais, para assumir o lugar de destaque nos contratos de franquia empresarial.

II.III. O acoplamento entre as autopoieses dos sistemas do direito e dos (sub)sistemas de franquia empresarial

²⁴ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede. *Verba juris*, v. 6, n. 2, p. 195-228, 2003.

Conforme referido no item *III.*, embora fenômenos e eventos autopoieticos constituam-se de operações fechadas e recursivas, possuem abertura cognitiva. Fechamento operacional não significa isolamento. A teoria autopoietica afirma a existência de relações causais entre o sistema e o entorno e que essas relações são necessárias ao sistema. Os sistemas autopoieticos dispõem de capacidade de observação, distinguindo entre a referência a si mesmo e a referência ao demais. É essa observação de segunda ordem que identifica a diferença entre o sistema e o entorno²⁵.

Mas, como é possível diferentes sistemas (direito e franquia empresarial) relacionarem-se? A resposta está no conceito de acoplamento estrutural.

Luhmann²⁶ é enfático ao afirmar que não há sistema totalmente fechado. Uma organização sistematicamente fechada não pode ser completamente fechada às perturbações do seu ambiente. Organizações sistematicamente fechadas assim o são em relação à sua própria organização e estrutura. Entretanto, mantêm intensa interação com o seu ambiente e o fazem a partir de acoplamentos estruturais.

Considerando-se que os (sub)sistemas de franquia empresarial fazem parte do ambiente do sistema jurídico, e o sistema do direito faz parte do ambiente dos (sub)sistemas da franquia empresarial, a abertura de cada sistema e a conexão entre eles são realizadas por meio de acoplamentos estruturais.

Os acoplamentos estruturais emergem quando dois ou mais sistemas interagem, operando uma característica ou um elemento que, embora seja comum, possui significação própria para cada sistema.

Acoplamentos estruturais são suposições estruturais que um sistema faz de determinadas características do ambiente. Luhmann²⁷ descreve os acoplamentos como formas (que não são normativas) constituídas de dois lados (uma distinção, portanto), em que o que se inclui (o que é acoplado) é tão importante quanto o que se exclui (o que não é acoplado). Os acoplamentos são formas que restringem o sistema, facilitando assim o controle do ambiente. A restrição é condição necessária para a redução de complexidade, e, conseqüentemente, para a construção de mais complexidade.

Uma questão social, segundo Luhmann²⁸, está na diferenciação e no acoplamento das autopoieses de diferentes sistemas funcionais. E essa é a questão de

²⁵ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A verdade sobre a autopoiese no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁶ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, pp. 55 e ss.

²⁷ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, pp. 589 e ss.

²⁸ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, p. 607.

agora. No caso dos autopoieticos (sub)sistema de franquia empresarial, buscam-se as características ambientais e as suposições estruturais capazes de acoplá-los ao sistema autopoietico do direito.

Emerge a questão dos códigos, no caso os códigos do direito e da economia e o subcódigo das redes empresariais. Luhmann²⁹ apresentou os códigos do direito (lícito/ilícito) e da economia (lucro/prejuízo). No item anterior, apresentou-se o que se acredita ser um (sub)código para os (sub)sistemas de franquia empresarial: relação de cooperação/relação de competição, que pressupõe o (sub)código o código geral da economia.

Deve haver uma forma que acopla (sincroniza) o código do direito com o (sub)código dos (sub)sistemas de franquia empresarial; uma forma que prepara internamente o sistema jurídico para captar as irritações que os (sub)sistemas de franquia empresarial lhes causam, ao mesmo tempo que prepara os (sub)sistemas de franquia empresarial para receberem as irritações do sistema jurídico. Isso é chamado por Teubner³⁰ de evento ou uma perturbação captada pelo direito e pela economia de seus respectivos ambientes (onde os outros sistemas se localizam), e utilizada para a construção de seus próprios sistemas.

Um acoplamento estrutural entre os (sub)sistemas de franquia empresarial e o sistema do direito necessita de um significado interno para ambos os sistemas, respeitando suas diferenças e ao mesmo tempo funcionando como um “recíproco funil” de concentração de irritabilidade útil. De tudo o que constitui sentido para redes como evento econômico, apenas alguns são úteis ao direito; e de tudo o que constitui sentido para redes como eventos jurídicos, apenas alguns interessam à economia.

Alguns sentidos econômicos específicos dos (sub)sistemas de franquia empresarial (como aqueles que se originam do código cooperativo, por exemplo) são compartilhados com sentidos gerais jurídicos (como as disposições gerais dos contratos do Código Civil: boa-fé objetiva, probidade, função social e adesão). Concentrando esses sentidos da forma correta, é possível desenvolver sentidos jurídicos específicos para as redes.

A autopoiese ocorre porque um sistema é irritado pelo seu ambiente. Essa irritação entra nas operações do sistema irritado, constituindo novos sentidos e

²⁹ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, pp. 606 e ss.

³⁰ TEUBNER, G. C. M. Autopoiesis and steering: how politics profit from the normative surplus of capital. In: ‘T VELD, Robert et al. (Org.). Autopoiesis and configuration theory: new approaches to societal steering. [S.l.]: Springer, 1991.

expectativas a cada ciclo operativo. Como explica Luhmann³¹, os acoplamentos estruturais não se confundem com as causalidades do cotidiano. Acredita-se que os acoplamentos estruturais sirvam como verdadeiros pontos de apoio para que os sistemas sociais renovem as operações de suas próprias autoproduções rumo à evolução.

Nessa perspectiva, a sociedade é considerada um sistema operacional geral e holístico, e seus subsistemas operam e interagem por meio de acoplamentos estruturais. Esses subsistemas não são demasiadamente abertos a ponto de desconstituir a autorreferência, nem demasiadamente fechados a ponto de impedir as irritações que os conectam ao mundo exterior.

Luhmann³² aponta o contrato como sendo um acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e econômico. Significa direitos e obrigações para o sistema jurídico e troca para o sistema econômico. O mesmo elemento possui significado diverso para cada sistema. A partir do momento em que a recíproca irritação ocorre, as operações do direito e da economia começam a se diferenciar das próprias operações passadas.

A pergunta que se faz é simples: o que seria capaz de ter significado comum e respectivamente diferenciado para a economia e para o direito dos (sub)sistemas de franquia empresarial, acoplando ambos e resultando na autopoiese de cada um e da sociedade em geral? Ou, nos termos de Teubner³³, como resolver o conflito entre as lógicas particulares de subsistemas autônomos?

II.IV. A coordenação que acopla os sistemas autopoieticos do direito e dos(sub)sistemas de franquia empresarial

Teubner³⁴ aponta que a evolução do sistema econômico ocorreu pela passagem da operação pelo pagamento para a operação pela decisão, e três são os aspectos de realce:

- a regulação contextual de sistemas autônomos, no sentido de que a regulação externa de organizações complexas somente se mostra possível quando há um alto grau de autonomia interna (o que se faz com estabelecimentos de regramentos gerais para as empresas que constituem o agrupamento);

³¹ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, pp. 589 e ss.

³² LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. São Paulo, Editora: Martins Fontes, 2016, pp. 606 e ss.

³³ TEUBNER, Gunther. "Unitas Multiplex": a organização do grupo de empresas como exemplo. Revista Direito GV, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005.

³⁴ TEUBNER, Gunther. "Unitas Multiplex": a organização do grupo de empresas como exemplo. Revista Direito GV, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005.

- a internalização do mercado na organização, no sentido de que a técnica da descentralização consiste na delegação de poderes de decisão para a base da organização (ou seja, a linha vertical que determina uma organização hierárquica passa a ser traçada de modo horizontal); e

- a dinâmica interna de um processo de auto-observação, no sentido de que os agrupamentos descentralizados possuem uma multiplicidade de centros observacionais cujo critério de observação geral é focado no lucro global da organização como ente coletivo.

Teubner³⁵ propõe, então, a superação das teorias econômicas e políticas da empresa pela teoria autopoietica. Enquanto as teorias econômicas entendem as organizações contratuais como as franquias empresariais como relações entre sujeitos portadores de recursos, e as teorias políticas como organizações privadas de poder, a teoria autopoietica coloca o problema central na relação organizacional. Trata-se de uma visão que sai da tradicional perspectiva macrocorporativista e entra em uma perspectiva microcorporativista.

(Sub)sistemas de franquia empresarial são formas híbridas de organização econômica, caracterizadas por descentralização corporativa e descentralização econômico-organizacional. As operações jurídicas relacionadas devem considerar que as relações contratuais no interior dos (sub)sistemas são de articulação e coordenação de atores semiautônomos que cooperam. Trata-se de uma relação de coordenação de segunda ordem, conforme Luhmann, que aqui se identifica com governança e gestão em nível de rede.

Emerge, então, um questionamento: o que se coordena no âmbito dos (sub)sistemas de franquia empresarial? Teubner³⁶ apresenta três tipos de ações sociais que são igualmente válidas: troca, concorrência e cooperação.

O modelo teórico tradicional, preponderantemente contratualista, dá realce à ação de troca e de concorrência. O modelo autopoietico, por sua vez, dá realce à ação cooperativa. Os reflexos dessa troca de foco são gritantes: “[...] *ao passo que a unidade básica do mercado é a transação monetária, a da organização é a decisão; ao passo que a ação no mercado vai referida primariamente nos preços, a ação da organização vai orientada por expectativas organizacionais internas; ao passo que o cálculo da*

³⁵ TEUBNER, Gunther. Direito, sistema e policontextualidade. Piracicaba: Unimep, 2005.

³⁶ TEUBNER, Gunther. “Unitas Multiplex”: a organização do grupo de empresas como exemplo. Revista Direito GV, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005.

*ação no mercado depende do interesse egoísta do indivíduo, na organização tal cálculo depende essencialmente do interesse 'altruísta' da própria organização*³⁷.

Coordenam-se, portanto, relações de cooperação entre atores autônomos que compõem (sub)sistemas de franquia empresarial. Conforme Fiani³⁸ e Teubner³⁹, estruturas de governança são responsáveis por fomentar a cooperação e resolver litígios. O termo coordenação é aqui utilizado como sinônimo de governança e gestão. O conceito de governança relaciona-se com desenvolvimento sustentável e desburocratização estatal (privatizações). Para Rocha e Luz⁴⁰, governança pode ser descrita como “modelo” democrático de administração dos diversos setores da sociedade. Ela é uma forma de reação operativa que a sociedade desenvolveu no âmago de sua hipercomplexidade, sendo a *lex mercatoria* o exemplo mais notório desse novo modelo no direito.

III. Vetores de interpretação jurídica no âmbito dos sistemas de franquia empresarial

O direito contratual clássico forjado a partir da revolução francesa leva em consideração o código binário da economia de mercado (lucro/prejuízo). Nesse contexto, estabelece a liberdade absoluta de contratar e os princípios do *pacta sunt servanda* e da relatividade dos contratos.

No século passado, esses princípios começam a ser flexibilizados em prol de um estado social. Embora continuem a predominar as relações estritamente de mercado, a liberdade contratual é reduzida em favor da função social do contrato e da boa-fé objetiva como deveres, que passam a constituir deveres anexos e laterais do contrato.

Na atual conjectura jurídica, há que se reconhecer a manutenção da teoria geral da obrigação como regra, bem como a sua mitigação pela boa-fé objetiva e pela função social do contrato (observe-se, por exemplo, os arts. 421 a 423 do Código Civil). Não se ignora que a aplicação destes últimos princípios é amplamente utilizada pelo direito pátrio.

³⁷ TEUBNER, Gunther. “Unitas Multiplex”: a organização do grupo de empresas como exemplo. Revista Direito GV, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005, p. 254.

³⁸ FIANI, Ronaldo. Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico. São Paulo: Elsevier, 2011.

³⁹ TEUBNER, Gunther. Networks as connected contracts: edited with an introduction by Hugh Collins. [S.l.], Bloomsbury Publishing, 2011. e-book.

⁴⁰ ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero K. Lex Mercatoria and governance. The polycontextuality between law and state. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, ano 25, n. 28, 2009.

Vislumbramos que o raciocínio jurídico se baseia, em regra, apenas nas relações estritamente de mercado. Porém, entendemos ser necessária a compreensão de que as relações sistêmicas precisam de uma interpretação diferenciada na qual a boa-fé objetiva e a função social do contrato venham ao centro da obrigação em observância à natureza coletiva, cooperativa e coordenativa de tais negócios.

Os (sub)sistemas de franquia maximizam geração, processamento e aplicação eficiente de informação. Isso porque a partir da cooperação interna aos (sub)sistemas se compartilha conhecimento. Todos os membros dos (sub)sistemas estão em contato com o entorno, principalmente com o mercado, o que amplia sua irritação. E, como demonstrado acima, o sistema evolui a partir de irritações do seu entorno. Em razão da cooperação, os repertórios dos (sub)sistemas não são atualizados e aprimorados apenas para o franqueado que vivenciou determinada irritação.

Há que se notar, ainda, que os (sub)sistemas de franquia precisam ser interpretados a partir de uma perspectiva coletivista. Não obstante a contratação seja formalizada apenas entre franqueador e franqueado, é necessário se entender que há uma responsabilidade transversal de todos para com todos.

A natureza autopoietica dos (sub)sistemas de franquia faz com que seu aprimoramento ocorra com a utilização de seu próprio repertório e em observância à sua estrutura. O sistema é “vivo”; evolui de acordo com a sua estrutura e organização. É operativamente fechado e cognitivamente aberto. De acordo com Antunes⁴¹, a coordenação das redes envolve a adoção de instrumentos contratuais e mecanismos que regulamentam, protegem e estabilizam a ação coletiva. Esses instrumentos e mecanismos são complexos e formatam a abertura do sistema para o seu ambiente, onde enfrentará a contingência econômica e captará o que lhe é útil para seguir evoluindo.

O resultado esperado da coordenação é a identificação exata dos interesses coletivos das redes, que pressupõem os interesses individuais de seus associados. Conforme Bakken, Hernes e Wiik⁴², a coordenação de uma rede deve fomentar os benefícios que a estratégia coletiva tem a potencialidade de gerar, pois é justamente pelos benefícios que representam que as redes são modelos de ação econômica.

⁴¹ ANTUNES, José Antônio Valle; BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato (Orgs.). Práticas de gestão de redes de cooperação. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

⁴² BAKKEN, Tore; HERNES, Tor; WIİK, Eric. Chapter 4 Innovation and Organization: An Overview From the Perspective of Luhmann's Autopoiesis' in R. Magalhães and R. Sanchez (eds) Advanced Series in Management, v. 6, p. 69-88, 2009.

Tem-se, portanto, que os sistemas de franquia empresarial são (sub)sistemas autopoieticos de cooperação e coordenação interempresariais. Sistemas de franquias são coletividades empresariais. Essa tríade, coletivismo, cooperação e coordenação, possui relevância jurídica.

4. Conclusão

Veja-se que a teoria geral de direito das obrigações, inclusive insculpida no Código Civil, foi prototipada a partir de dois modelos contratuais, a compra e venda e a prestação de serviços, que originam obrigações de dar e fazer, respectivamente. Ocorre que, nos sistemas de franquia empresarial, na relação entre franqueador e franqueados e entre franqueados entre si, não há uma obrigação de dar ou fazer. Entre eles não há compra e venda ou prestação de serviço, ou, mesmo que haja, não se tratam das principais obrigações da relação contratual. As principais obrigações da relação contratual de franquia empresarial são as obrigações de cooperar e coordenar, cuja conté legal são os princípios da probidade e da boa-fé objetiva contratual.

Com isso, afirma-se que as principais obrigações do negócio de franquia empresarial são aquelas tradicionalmente tidas como obrigações anexas e laterais⁴³, oriundas de princípios e cláusulas gerais dos contratos. Coordenação e cooperação encontram-se inseridas nos princípios e cláusulas gerais da probidade, boa-fé objetiva e função social do contrato (artigos 421, 421-A e 422 do Código Civil).

Coletivismo, por sua vez, está inserido nas cláusulas gerais de proteção ao aderente (artigos 423 e 424 do Código Civil). Veja-se que a grande maioria das franquias empresariais são formatadas por contratos de adesão. E nem podia ser diferente, pois uma franquia empresarial depende da padronização. A padronização, inclusive, garante paridade entre os membros das redes de franquia, pois, em princípio, todos devem ser tratados iguais.

Não é preciso uma revolução teórica para dar o tratamento jurídico adequado às franquias empresariais. Basta entender que um negócio de franquia empresarial não pode ser tratado como se fosse uma simples compra e venda ou uma prestação de

⁴³ As obrigações principais, segundo o Código Civil, são de dar e fazer (não fazer). Obrigação de dar, segundo a doutrina, trata-se de entregar algo que, na maioria das vezes, é vendido. Corresponde, genericamente, portanto, a um contrato de compra e venda. Obrigação de fazer, por sua vez, compreende a ideia de prestar um exercício, um serviço. Corresponde, também genericamente, a um contrato de prestação de serviço. A doutrina, por sua vez, reconhece a existência de deveres anexos ou instrumentais aos deveres de prestação (cooperação) e de deveres laterais (proteção). Segundo Martins-Costa (2015, pp. 219 e ss), a boa-fé gera deveres anexos (cooperação) e deveres laterais (proteção) aos deveres principais.

serviço. As franquias empresariais são mais complexas, envolvem sentidos diversos do tradicionais para as relações contratuais.

O individualismo e a competitividade das relações econômicas cedem lugar para o coletivismo e a cooperação. Exsurge um novo sentido, que não estava presente no paradigma dos tradicionais contratos de compra e venda e prestação de serviços, a coordenação, pois coletividades empresariais não cooperam aleatoriamente.

Esses sentidos jurídicos para as franquias empresariais são encontrados nas cláusulas gerais dos contratos no Código Civil.

Referências

ANTUNES, José Antônio Valle; BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato (Orgs.). Práticas de gestão de redes de cooperação. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

BALESTRIN, Alsones. Uma análise da contribuição de Herbert Simon para as teorias organizacionais. Revista Eletrônica de Administração, v. 8, n. 4, 2002.

BAKKEN, Tore; HERNES, Tor; WIİK, Eric. Chapter 4 Innovation and Organization: An Overview From the Perspective of Luhmann's Autopoiesis' in R. Magalhães and R. Sanchez (eds) Advanced Series in Management, v. 6, p. 69-88, 2009.

BRASS, Daniel J. et al. Taking stock of networks and organizations: A multilevel perspective. Academy of Management Journal, [S.l.], v. 47, n. 6, p. 795-817, 2004. CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994 (Lei de Franquia). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13966.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.

- BRASIL. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8955.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- BRASIL. Lei nº 4.866, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4886.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- BRASIL. Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6729.htm>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede. *Verba juris*, v. 6, n. 2, p. 195-228, 2003.
- FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Elsevier, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROCHA, Leonel Severo; LUZ, Cícero K. *Lex Mercatoria and governance. The polycontextuality between law and state*. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, ano 25, n. 28, 2009.
- TEUBNER, G. C. M. *Autopoiesis and steering: how politics profit from the normative surplus of capital*. In: 'T VELD, Robert et al. (Org.). *Autopoiesis and configuration theory: new approaches to societal steering*. [S.l.]: Springer, 1991. p. 127-142.
- TEUBNER, Gunther. "Unitas Multiplex": a organização do grupo de empresas como exemplo. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 77-110, 2005 a.
- TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, b.
- TEUBNER, Gunther. *Networks as connected contracts: edited with an introduction by Hugh Collins*. [S.l.], Bloomsbury Publishing, 2011. e-book.

ZELNY, Milan. Human systems management: Integrating knowledge, management and systems. World Scientific, 2005.