

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CONTRATO DE FRANQUIA

Daniel Elias do Nascimento

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Sayad Diniz

Ribeirão Preto

2013

DANIEL ELIAS DO NASCIMENTO

O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CONTRATO DE FRANQUIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
Privado da Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo para a obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Sayad Diniz

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Elias do Nascimento, Daniel

O equilíbrio contratual no contrato de franquia / Daniel Elias do Nascimento -- Ribeirão Preto, 2013.

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Gustavo Saad Diniz

Nome: Daniel Elias do Nascimento

Título: O equilíbrio contratual no contrato de franquia

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof^(a). Dr^(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^(a). Dr^(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof^(a). Dr^(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para Sérgio e Luciene, que fazem quem sou e me encorajam a ser quem desejo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Sérgio e Luciene, exemplos de pai e mãe, pessoas e profissionais que sempre nortearão minha vida, obrigado por confiar e incentivar minhas escolhas.

Agradeço aos meus irmãos Gabriel e Tiago pelos ensinamentos, paciência, cuidado e convivência durante esses anos de graduação, tornando nossa casa um lar acolhedor.

Aos meus amigos de longa data Antônio Augusto, Augusto, Basileu, Bruno, Fábio, Gabriel, Geraldo, Mateus e Juliano, agradeço tê-los por perto.

Ao professor Francisco Rodovalho de Sousa, meu primeiro professor de Direito Civil na Universidade Federal de Uberlândia, obrigado por seus valiosos ensinamentos.

À Lana Lígia Galati que me fez não desistir do Direito. Exemplo de pessoa que guardarei comigo, firme, humilde e humana.

À Faculdade de Direito “Jacy de Assis” onde iniciei meus estudos na carreira jurídica.

À Renata, minha querida prima, estudante e profissional dedicada, sem seus valiosos escritos, cadernos e livros dificilmente chegaria aqui.

À Carolina Caliento de Carvalho, parte fundamental do meu crescimento pessoal e acadêmico. Agradeço pela oportunidade de me apresentar o universo empresarial, compreensão, tolerância com meus flexíveis horários de trabalho e amizade.

Ao professor e meu orientador Dr. Gustavo Sayad Diniz, aquele que foi por inúmeras vezes o meu incentivo em frequentar as aulas, agradeço pela honestidade, por partilhar seus ensinamentos, a sua confiança, paciência e amizade.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar o equilíbrio contratual no contrato de franquia empresarial. Para isso leva em consideração a dependência econômica ínsita ao tipo contratual e baliza-se no princípio da boa-fé objetiva. Analisa quais condutas podem levar ao desequilíbrio do contrato sob a ótica do franqueador, e como devemos interpretá-las. Nesse sentido, exclui-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e apresenta institutos do direito civil e empresarial que podem reprimir e coibir o abuso da dependência econômica no contrato de franquia.

Palavras-chave: Franquia. Contratos. Boa-fé. Dependência Econômica. Franqueador. Práticas Abusivas.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the contractual balance of a franchise contract. In this regard, it considers the economic dependence inherent to the type of the contract and on the principle of good faith background. It analyzes which practices can lead to the imbalance of the contract from the perspective of the franchisor, and how we interpret them. In this sense, it excludes the application of the Code of Consumer and presents institutes of civil law and corporate law that can suppress and curb the abuse of the economic dependence in the franchise agreement.

Keywords: Franchise. Contracts. Good faith. Economic dependence. Franchisor. Abusive Practices.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	17
2. ELEMENTOS DO CONTRATO DE FRANQUIA	19
2.1. Conceito	19
2.2. Elementos e conceituação segundo Lei 8.955/1994	21
2.3. Circunstâncias	22
2.4. Autonomia da vontade das partes	24
2.5. Boa-fé objetiva.....	26
2.5.1. A boa-fé e o Código Civil	27
2.5.2. Boa-fé nos contratos empresariais	31
2.5.3. A boa-fé nos contratos de franquia.....	33
3. EQUILÍBRIO CONTRATUAL	35
3.1. Descrição do texto legal – Lei 8.955/94	35
3.2. Cláusulas essenciais do contrato de franquia.....	39
3.3. Dependência Econômica.....	43
3.4. Equilíbrio entre as partes?.....	46
3.5. O CDC e o contrato de franquia	48
3.5.1. Aplicação do CDC ao contrato de franquia.....	52
4. DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL	56
4.1. Qualificação do Desequilíbrio	56
4.2. Práticas abusivas	57
4.2.1. Imposição pelo franqueador de condutas e condições contratuais gravosas	58
4.2.2. Imposição pelo franqueador de condutas e condições contratuais discriminatórias	60
4.2.3. Imposição de Condutas e Condições que visam dificultar o desenvolvimento ou romper relações comerciais	61
4.2.4. Conflito na quebra dos territórios.....	61
4.3. O abuso da dependência econômica e o abuso de direito previsto no art. 187 do CC	62
4.4. A eficiência jurídica do sistema de franquia como parâmetro interpretativo e o comportamento abusivo do franqueador	63
4.5. Modificação ou prorrogação coativa da avença e dependência econômica	64
4.6. Dependência econômica e lesão	64
4.7. Extinção do contrato de franquia e dependência econômica	66
4.8. Abuso de dependência econômica e resolução do contrato.....	67
4.9. Resilição unilateral e abuso de dependência econômica	67
4.10. Negativa de renovação contratual sem aviso prévio	69
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	71

BIBLIOGRAFIA	78
---------------------------	-----------

1. INTRODUÇÃO

Segundo dados da Associação Brasileira de *Franchising* (ABF), no ano de 2012 o negócio da franquia faturou na casa de 103, 292 bilhões de reais no Brasil, com cerca de 105 mil unidades distribuídas em todo o território nacional. Ainda, gerou o expressivo número de quase um milhão de empregos diretos¹. Diante da relevância da franquia empresarial no cenário econômico brasileiro, nos propomos a estudar o contrato de franquia, seus pressupostos e as conseqüências jurídicas que deles emergem. Assim, o presente trabalho versa sobre *o equilíbrio contratual no contrato de franquia*.

A dissertação está dividida em três capítulos, somados à introdução e considerações finais. O primeiro traz o conceito do contrato de franquia, seus elementos segundo a Lei 8.955/94 que tipificou o negócio do franchising, demonstrando as circunstâncias históricas de seu surgimento.

Ainda, no primeiro capítulo destacamos princípios elementares e fundamentais para alcançarmos o fim proposto pelo trabalho que são os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé. Nesse último detalhamos e contextualizamos a atuação da boa-fé nos contratos de franquia.

No segundo capítulo pretende-se detalhar os artigos mais importantes da Lei 8.955/94, esclarecendo as suas interpretações, bem como explorar as principais cláusulas que devem estar contidas no contrato de franquia segundo o código de regulamentação da Associação Brasileira de *Franchising*.

Relevantíssima é a descrição da caracterização da dependência econômica, dos seus elementos constitutivos e como ela se configura no contrato de franquia. O seu desenvolvimento está atrelado à edição de uma avença duradoura, de execução continuada, dotada de investimentos específicos em razão do contrato, à ausência de alternativas equivalentes ao franqueado e à potenciais comportamentos oportunistas oriundos dessa situação.

Assim, são identificadas as fontes de dependência econômica e quais são aplicáveis ao contrato em espécie tratado. Depreende-se que nada há de ilícito na existência da

¹ <http://www.portaldofranchising.com.br/numeros-do-franchising/evolucao-do-setor-de-franchising>, acessado em 21 de agosto de 2013.

dependência econômica por si, todavia, o seu abuso é que deve ser reprimido e evitado pelo direito.

Nesse diapasão excluimos a aplicação do Direito do Consumidor para tutelar tal relação jurídica, uma vez que ela é um negócio essencialmente empresarial e a utilização da legislação especial poderia comprometer o bom fluxo das relações mercantis.

No terceiro capítulo passamos a contextualizar o abuso da dependência econômica. Ele é tratado em situações concretas sobre diversas formas exemplificativas, sobre a óptica do direito contratual, da teoria do abuso de direito e do princípio da boa-fé objetiva. Evidenciamos algumas práticas abusivas que podem ser adotadas pelo franqueador em desfavor do franqueado.

Nas considerações finais fazemos algumas observações acerca da revisão do contrato por onerosidade excessiva, analisando seus elementos fundamentais e a possível aplicação no contrato de franquias.

Ao final, trabalha-se com uma leitura conclusiva das noções desenvolvidas. Primeiro destaca-se que o contrato de franquias possui características próprias e essas podem levar ao abuso de dependência econômica por parte do franqueador. Posteriormente ressaltam-se os princípios fundamentais que devem balizar a interpretação contratual como a boa-fé objetiva e a dependência econômica, de modo a tutelar a posição do franqueado dependente; evitando, assim, o abuso da dependência econômica pelo franqueador.

Por último, importante salientar que o trabalho é todo desenvolvido da óptica do potencial desequilíbrio gerado por condutas do franqueador, todavia, em diversas situações o desequilíbrio contratual pode ter como causa as ações do franqueado, não sendo esse o enfoque do presente trabalho.

2. ELEMENTOS DO CONTRATO DE FRANQUIA

2.1. Conceito

Na economia contemporânea não se pode mais conceber a empresa de forma isolada, confinando-a nos seus próprios limites. Devemos considerá-la em face do mercado, seu relacionamento com o mesmo, e modo de atuação. Via de regra, uma atividade empresarial necessita de fornecedores - de quem a empresa adquire os insumos necessários à sua atividade - e de consumidores - aqueles que vão comprar a sua produção e ser a fonte de renda.

Existem duas formas de se obter os insumos. Ou a empresa os produz, integrando-os à sua cadeia produtiva, ou vai ao mercado adquiri-los de terceiros, realizando com esses diversos contratos.

No que tange à forma do produto chegar aos consumidores também temos dois caminhos distintos. O primeiro e mais clássico deles é a venda direta pela empresa ao cliente. O próprio produtor coloca-se diretamente junto ao consumidor, oferecendo aquilo que ele mesmo produziu. Um segundo caminho será se o agente econômico buscar a colaboração de outros empresários para facilitar o escoamento de sua produção, agindo no mercado por meio de vendas indiretas.

Assim, não mais podemos conceber a empresa como estática; os modernos complexos produtivos não se configuram tão somente estoque de bens, mas formam feixes de relações contratuais, a empresa moderna é concebida como um feixe de contratos.

A franquia empresarial é uma atividade essencialmente comercial desenvolvendo-se principalmente por meio de contratos. Caracteriza-se por um complexo de contratos, sendo, *a priori*, um principal e outros acessórios. O contrato principal, aqui designado como “contrato de franquia” é aquele celebrado entre o franqueador e o franqueado. Aproxima-se a um contrato de distribuição, de representação ou agência.

Podemos caracterizá-lo como um acordo através do qual o detentor da propriedade industrial licencia a uma empresa para que essa produza e comercialize diretamente ao público certos produtos de marca já consagrada e valorizada. Além disso, fornece serviços de assistência na organização de métodos de exposição, expansão dos produtos e/ou serviços (“know-how”), em contrapartida, é para tanto, remunerado pelo licenciado. A autonomia econômica e jurídica é elemento essencial, embora integre a rede de distribuição do

franqueador, o franqueado não estabelece qualquer vínculo empregatício com o primeiro, não participando da empresa franqueadora.

Sob o prisma comercial nada mais é do que um método adotado para a distribuição de produtos e/ou serviços, consistente na parceria entre uma empresa, em princípio, mais experiente, e outras empresas, geralmente menos experientes, no qual a primeira transfere às últimas a experiência e competência por ela desenvolvida, no que se refere à produção e distribuição de certos produtos².

Juridicamente trata-se de um negócio bilateral, consensual, oneroso, de execução continuada, híbrido, e empresarial.

A bilateralidade se manifesta na dupla posição ocupada pelas partes, ambas são credoras e devedoras de certas prestações. O franqueador deve receber as remunerações pelo fornecimento do know-how, métodos de administração e produção dos bens/serviços, e, por óbvio, é devedor desse fornecimento para o franqueado. Esse, por seu turno, é devedor da prestação pecuniária e credor no que tange ao recebimento do know-how, percepção de bens/serviços, formas e estruturas de administração.

Segundo Orlando Gomes³, contratos consensuais são aqueles que se formam *solo consensu*, que se tornam perfeitos e acabados por efeito exclusivo da integração das duas declarações de vontade. Não há necessidade de entregar a coisa para o aperfeiçoamento do negócio jurídico.

É um contrato oneroso, pois à vantagem obtida corresponde um sacrifício da parte; esse sacrifício harmoniza-se com o proveito percebido pela outra parte. No caso ambas as partes têm vantagens, posto que o franqueado já se estabelece negociando produtos ou serviços anteriormente trabalhados junto ao público consumidor, por meio de técnicas de marketing testadas e aperfeiçoadas pelo franqueador⁴; e este, por sua vez, pode ampliar a oferta da sua mercadoria ou serviço, sem novos aportes de capital, além da possibilidade da percepção de diversas remunerações pecuniárias do franqueado, a diferentes títulos.

Uma vez que as prestações não são feitas em um só momento, de imediato, porém, continuamente, temos o contrato de franquia como um contrato de execução continuada.

² ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012. p. 16.

³ p. 90.

⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 427.

O contrato de franquia é híbrido, constituído por diversos elementos de variados tipos contratuais, como de fornecimento, concessão, prestação de serviços e outros. Embora tenha essa natureza híbrida, a aglutinação desses elementos torna a franquia um contrato peculiar.

Devemos destacar o fato de ser a franquia um contrato empresarial ou mercantil estrito (“franquia empresarial”). Pressuposto disso é afirmarmos que uma das partes é um empresário (ou sociedade empresária) que exerce sua atividade de acordo com os termos dos arts. 966 e 982 do Código Civil, e a outra parte da relação jurídica também é empresa ou pessoa não caracterizada como consumidor⁵. Ou seja, ambos os contratantes são instituições movidas pela busca do lucro e que assumem o risco da atividade para obtê-lo.

2.2. Elementos e conceituação segundo Lei 8.955/1994

O art. 2^a da Lei 8.955/94 traz o conceito de franquia empresarial, *in verbis*:

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 desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.

Relativo aos sujeitos do contrato de franquia, as figuras do franqueador (*franchisor*) e do franqueado (*franchisee*) são os elementos triviais. O franqueador é aquele que deve dispor dos produtos, bens e/ou serviços que tenha assegurada a comercialização. Pode ser o próprio produtor ou fabricante, como também um distribuidor geral ou alguém que possa dispor da marca dos produtos e permitir sua comercialização por outro, constituindo uma empresa.

O franqueado é aquela empresa, seja individual ou coletiva, que irá contratar o fornecimento perante o franqueador, utilizará de sua experiência, seu *know-how*, e, em contrapartida irá pagar o preço.

A franquia tem por objeto a exploração de um produto com assistência técnica do franqueador. Por produto entende-se tudo que é oferecido: artigos para revenda, equipamentos, maquinaria, instalações em geral, material de propaganda e exposição, manuais, treinamentos de pessoal, etc. Diversas são as naturezas dos itens comercializados.

⁵ VERÇOSA, Haroldo M. D. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

Todavia, é essencial que esses, além de preencherem o requisito primário do art. 104, II, Código Civil, qual seja, o objeto ser lícito, possível, determinado/determinável, os produtos devem estar garantidos por uma marca devidamente registrada e o franqueador tem de ser autorizado a conceder a comercialização dos mesmos para outras pessoas.

2.3. Circunstâncias

Não podemos precisar quando surgiu o contrato de franquia empresarial. No entanto, certo é que a primeira notícia de sua existência, semelhante àquele que conhecemos hoje, ocorre nos EUA, pós Segunda Guerra Mundial.

Ao que consta, havia um grande contingente de pessoas desmobilizadas de suas atividades ou nos campos de batalha ou nas indústrias que procuravam nova oportunidade para se firmarem economicamente. Segundo Sebastião José Roque⁶, o marco inicial da franquia empresarial é tomado pelos irmãos Dick e Mac Donald. Esses iniciaram suas atividades antes da Segunda Guerra começar; vendiam basicamente cachorro quente numa barraca em Arcádia, no estado da Califórnia, qual tinha o nome de “Airdome”. Três anos mais tarde mudaram-se para San Bernardino, Califórnia. Substituíram a barraca por um restaurante já com o nome de “McDonald’s” e com algumas variações no cardápio; os garçons atendiam sob patins e iam até os clientes no carro. Surgia daí um modo próprio de trabalho, com produtos fáceis e rápidos, o atendimento no carro dos clientes evitava a espera dos fregueses e diminuía a necessidade de espaço físico para mesas e cadeiras.

Em conseqüência dos práticos métodos de trabalho, conseguiram reduzir o preço dos produtos vendidos, além de oferecerem a praticidade e economia de tempo como grande novidade. A dinamicidade e eficiência do modo de trabalho, junto com os já famosos hambúrgueres e batatas fritas conquistavam cada vez mais clientes. A freguesia aumentou rapidamente e a estrutura do “McDonald’s” já não era mais suficiente para atender a demanda. A insuficiência em ofertar perante a demanda despertou o interesse em se montar outros pontos de venda, inclusive fora de San Bernardino. Assim, foi inaugurado outro restaurante em Phonix, Arizona e no ano seguinte mais um em Downey, Califórnia. No entanto, esses novos restaurantes possuíam donos próprios, e já funcionavam sob o sistema próprio da franquia.

⁶ ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012. p. 66.

O nome “McDonald’s”, seus hambúrgueres, e a forma de trabalho foram sendo concedidos para a utilização e em troca os donos da “McDonald’s” recebiam *royalties*. Inúmeros outros restaurantes foram abertos em vários estados americanos e, conforme sabemos hoje, a “McDonald’s” se tornou uma das maiores franquias do mundo, possuindo restaurantes em todos os continentes, chegando inclusive à China. Tomamos esse marco apenas como “convencional”.

Embora a expressão “franchising” seja nova, e o modo como a concebemos configure-se recente historicamente, práticas semelhantes devem ter ocorrido em muitos outros lugares e com certa antecedência. Ainda de acordo com os ensinamentos de Roque, interessante e em muito se aproxima das características da franquia empresarial, a experiência das máquinas de costura “Singer Sewing Machine”, por volta do ano de 1850. Essa deu concessão a milhares de pessoas nos EUA para utilizarem o nome “Singer” em seu logotipo, vender máquinas de costura com essa marca, prestar assistência técnica, vender peças avulsas e ministrar cursos para a produção de roupas utilizando as máquinas de sua distribuição.

Posteriormente aos EUA, o sistema de franquia adentrou à Itália, França, tomou conta da Europa e, a partir daí, foi tornando-se largamente utilizado no mundo. Sua enorme virtude e razão de sucesso decorrem das vantagens que traz para ambas as partes contratantes bem como para o público consumidor.

No que tange ao franqueador, a disponibilidade de capital para investimento não é tão grande se comparado à expectativa de lucro; as instalações das lojas, sua organização, pagamento de vendedores, encargos trabalhistas, tudo correrá por conta do franqueado. A estrutura central do franqueador é absolutamente pequena perto da rede de franqueados que ele suporta.

A certeza de já ter para quem vender seus produtos e a facilitação da expansão do mercado consumidor já é garantida pela rede de lojas franqueadas. O franqueador de antemão produz com a garantia do escoamento de sua produção. Assim, ele não corre risco de ter estoque sobrando, custos excessivos com armazenagem, conservação de produtos, capital mobilizado, etc. Somado-se a isso, não há o alto risco pelo crédito, capital investido nas lojas, pois, caso alguma franqueada venha à falência, ele pouco perde e, como exerce enorme ingerência sobre o franqueado, é possível controlar os riscos por meio de auditorias, organizando previsões de orçamento, fluxo de caixa, etc.

Para o franqueado as vantagens advindas com o sistema de franquia são principalmente na seara da transmissão do *know-how* de trabalho e dos produtos já consagrados no mercado.

2.4. Autonomia da vontade das partes

O desenvolvimento do sistema capitalista, mormente nos séculos XVIII e XIX trouxe novos modelos, e com eles vieram novas concepções intelectuais que transformaram sobremaneira o direito, particularmente o direito civil.

O poder das terras convivia gradativamente com o crescente poder dos possuidores de dinheiro. As origens, a ancestralidade, as tradições de sangue deixavam de ser tão valoradas sendo substituídas pela força dos burgueses. O Liberalismo buscava refletir a liberdade formal, dar segurança e garantir as relações privadas. A civilização ocidental baseada em um regime institucional, característico de sociedades de base ou militarmente estruturadas, se transformava para fundar-se em uma sociedade contratual, de cunho industrial.

Nesse contexto devemos reconhecer a autonomia da vontade, Luiz Rodrigues⁷ afirma que não há somente uma autonomia da vontade, ela varia conforme a idiossincrasia de cada época, existindo diversas “autonomias da vontade”. No séc. XVIII construiu-se um conceito que foi substituído nos séculos seguintes acompanhando as transformações econômicas e sociais.

Nos tempos modernos existem duas correntes a respeito do surgimento da autonomia da vontade. A primeira que tem como seu grande expoente Immanuel Kant⁸ que a define como aquela propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua própria lei, é o não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente no querer mesmo, como lei universal.

Outra, surgida no séc. XIX traz a primeira concepção da autonomia da vontade de caráter subjetivo, individual. Como consequência da Revolução Francesa, nada mais natural de que os homens vivessem iguais, livres para criar e produzir o direito. Antonio Junqueira

⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, jul/set de 2004. p. 116.

⁸ KANT, Immanuel. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, jul/set de 2004. p. 117.

de Azevedo⁹ identifica tal período como insular da dignidade humana, de caráter dualista, distinguindo homem e natureza. Esse conceito de autonomia da vontade corresponde a uma faculdade conferida às pessoas para agir ou não agir, de um ou outro modo. A autonomia seria plena, o direito ou liberdade de contratar somente seria impugnado se o homem não fosse capaz de fazê-lo ou não o quisesse.

Por força de grandes mudanças sociais há no sec. XX uma alteração na idéia de autonomia da vontade. A aceitação do princípio da autonomia da vontade como soberano e emitente de todos os efeitos jurídicos tornaria a lei meramente supletiva, teríamos como limitador apenas as disposições de ordem pública e os bons costumes. Assim, analisar tão somente a autonomia da vontade na interpretação contratual seria suficiente para alcançar a justiça contratual e a igualdade entre as partes.

A princípio não nos caberia indagar acerca da justiça e do equilíbrio contratual, pois, as partes, munidas de sua liberdade e autonomia encerraram compromisso sem qualquer tipo de vício, não seria lógico do ponto de vista racional alguém firmar algo que lhe seja prejudicial, que lhe traga mais malefícios que benesses.

Contudo, sabemos que outros fatores variados e circunstâncias influenciam positivamente (e negativamente) na formação e execução contratual. O agente econômico é egoísta e busca maximizar seus lucros a qualquer custo. Para tanto, muita vezes emprega meios obscuros, ludibriando o contratante de boa-fé. Assim, a análise volitiva tão somente não é suficiente para alcançarmos a justiça social do contrato; a autonomia da vontade não pode encontrar um fim em si mesma. Na ânsia de tutelar a liberdade dos cidadãos o Estado acaba permitindo abusos, relações que em muito são díspares, embora ainda advinda da vontade dos agentes contratantes.

Em busca da justiça social, baseada nos princípios valorativos da pessoa, as relações privadas passaram a sofrer influência e a serem, em maior ou menor escala, direcionadas pelo Estado que tenta reequilibrar as relações privadas. A decadência do voluntarismo jurídico não importou, obviamente, na eliminação da relevância da vontade na determinação de direitos e obrigações que formam o conteúdo do negócio jurídico¹⁰. A sua posição passa a ser definida

⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002a. p. 13.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Forense, Rio de Janeiro, 1983. p. 80.

como autonomia privada, ou seja, uma vontade que é autorizada pelo ordenamento jurídico a alcançar um fim próprio.

A autonomia privada atende aos princípios da função social da propriedade, da concentração de capitais e traz a crescente intervenção do Estado nas relações econômicas¹¹.

Como princípio do direito contratual, a autonomia privada é a vontade individual de buscar relações jurídicas concretas, previstas e reguladas abstratamente no ordenamento jurídico. No campo econômico-jurídico, a liberdade de contratar refere-se à possibilidade ou não de contratar; de negociar e determinar o conteúdo do contrato; à escolha dos contratantes, à alteração do esquema legal do contrato, à oportunidade de celebrar contratos atípicos, editando a forma se for o caso.

Ter a liberdade de auto-regular os próprios interesses econômicos, desde que submetidos às imposições legais é a essência da autonomia privada. Assim, o negócio jurídico deve respeitar a lei, os ditames de ordem pública e os bons costumes. Nesse sentido a boa-fé exerce um papel fundamental de impor um comportamento que interfere diretamente na autonomia privada, impondo limites à atuação dos particulares.

2.5. Boa-fé objetiva

Em princípio temos dois conceitos clássicos de boa-fé: um subjetivo e outro objetivo. O primeiro trata a boa-fé não como um princípio, mas, sobretudo como um estado psicológico em que a pessoa tem a convicção de ser titular de um direito que só existe aparentemente. O indivíduo está em escusável estado de ignorância acerca da realidade dos fatos e da lesão a direito alheio¹². Tal entendimento pode ser exemplificado pelo art. 1201 do nosso Código Civil “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”. Ainda, podemos encontrar essa acepção, por exemplo, nos artigos 1214, 1219 e 1561 do mesmo Código.

A boa-fé objetiva é aquela externa, um padrão de comportamento a ser seguido (“standard”), uma conduta leal e aguardada pela outra parte. Ela é analisada de forma externa

¹¹ GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Forense, Rio de Janeiro, 1983. p. 87: “Desde o momento em que a autonomia privada deixou de ser o equivalente jurídico da liberdade econômica no quadro liberal e o poder de iniciativa dos particulares teve de se subordinar à realização do desenvolvimento nacional e da justiça social e quando passou a admitir, no mesmo passo, a intervenção do legislador, ou do juiz, na elaboração do regulamento contratual, isto é, no conteúdo dos contratos, o negócio jurídico deixou de ser a fonte exclusiva dessa elaboração, dividindo com as autoridades administrativas e judiciais o abastecimento”.

¹² ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

ao indivíduo, diz respeito à atitude que de fato esse tomou, pouco importando a sua convicção. Pressupõe uma relação jurídica entre no mínimo duas pessoas, impondo-lhes mútuas obrigações de conduta; padrões de comportamentos exigíveis e reunião de condições que sejam capazes de ensejar na outra parte confiança no negócio celebrado.

O princípio da boa-fé encontra sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem suas condutas de forma cooperativa, solidária, incentivando a justiça social, sedimentando o princípio da solidariedade social.

A solidariedade social está ligada a um sentimento de sociabilidade próprio a cada ser humano. Os seres humanos se mantêm integrados e coesos por motivos inerentes a si, como caráter social, e não por causa de comando de seus líderes religiosos ou políticos¹³.

Conforme ensina o professor Marco Aurélio Grecco¹⁴, quando a Constituição estabeleceu em seu art. 3º, I, que é objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, ela resguarda as liberdades individuais nas suas diversas formas, e também visa implementar meios e instrumentos de cooperação entre seus membros; cooperação esta na qual o agir individual é definido pelo respeito aos nossos semelhantes.

O princípio da boa-fé é em última análise, a tradução no campo jurídico do indispensável cuidado, estima, lealdade e busca pela justiça social que devemos conceder ao nosso semelhante.

Para descobrir a boa-fé no caso concreto deve-se perguntar: qual seria a conduta adequada, leal, confiável conforme os padrões culturais incidentes no tempo e lugar? A questão deve ser objetivada, sendo irrelevantes os aspectos subjetivos do agente.

2.5.1. A boa-fé e o Código Civil

Encontramos inicialmente a menção ao que seria a boa-fé no revogado art. 130 do Código Comercial de 1850¹⁵. Posteriormente, no Código Civil de 1916 verificamos a boa-fé de forma expressa¹⁶, todavia, ela não é tratada como cláusula geral – instrumento legislativo

¹³ CHARON, Joel M. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Mota. 5. Ed. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 32.

¹⁴ GRECCO, Marco Aurélio. *Solidariedade Social e Tributação*. In GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (orgs.). São Paulo: Dialética, 2005. p. 173.

¹⁵ “Art. 130 – As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”.

¹⁶ “Art. 1443 – O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade (...)”.

“aberto” que permite o ingresso no ordenamento jurídico de padrões de conduta, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo. Ela é trazida como um princípio geral de direito (não positivado) ou em casos pontuais como conceito jurídico indeterminado (como na posse ou no casamento putativo) ¹⁷.

Não havia uma base social, constitucional para sua efetivação como modelo no direito obrigacional, era um precário sistema pontual e fechado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e com a edição do Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé assume a função de ser um modelo comportamental. Apesar de setorizada nas relações de consumo, sua inserção no CDC foi de fundamental importância para o desenvolvimento de diversas obras relacionadas ao tema, facilitando a positivação no Código Civil de 2002.

O atual Código Civil traz em três oportunidades distintas e relevantes a boa-fé, sejam elas nos arts. 113, 187 e 422 respectivamente.

O art. 113 dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé. O magistrado não deve se prender à interpretação literal do texto contratual, deve observar o sentido correspondente às convenções sociais, atuando no estrito cumprimento do ordenamento jurídico, concretizando aquilo que foi previamente estabelecido pelas normas.

A chamada “função limite” é exercida pelo art. 187 ao afirmar que comete ato ilícito aquele que, ao exercer o seu direito, exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé. Ou seja, funciona como verdadeiro limitador do exercício de direitos subjetivos, visando evitar o abuso do direito. O juiz deverá decidir além da lei, observando os limites sociais dos direitos subjetivos privados em contraposição ao problema intersubjetivo dos limites da pretensão perante o sujeito passivo desta.

Temos no art. 422 que as partes devem guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato (“conclusão”), bem como durante a execução deste o princípio da boa-fé. Apesar de não afirmar expressamente que essa deva ser observada no momento posterior ao adimplemento obrigacional acreditamos que tal está implícita no dispositivo. Assim, o art. 422 estabelece uma conduta, criando deveres anexos objetivando tutelar os bens e as partes,

¹⁷ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 84.

seja nas tratativas preliminares, antecedentes ao contrato, como também na execução do contrato e no momento pós adimplemento.

Essa cláusula geral impõe deveres de conduta completamente desvinculados da vontade dos atores do negócio jurídico obrigacional.

Não há somente a vinculação de uma das partes, credor e devedor da obrigação são atingidos por ela. A possibilidade do devedor constituir o credor em mora, quando esse impede ou dificulta um adimplemento, demonstra que a relação obrigacional complexa não se unilateraliza na pessoa do devedor e os deveres são para ambos os pólos da relação jurídica.

Surgem como resquícios dos códigos oitocentistas quando acreditava-se que os interesses dos contratantes eram divergentes, havendo cooperação somente quando houvesse uma liberalidade tal qual como na doação, por exemplo.

Assim, percebemos que os deveres de conduta independem da vontade das partes, são exigências da boa-fé e derivadas do sistema, transcendem o campo da mera contratualidade. Judith Martins-Costa¹⁸ nos ensina que:

A boa-fé produz deveres instrumentais e “avoluntários”, independentes da vontade subjetiva, indica que eles não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de pontual explicitação legislativa: tem a sua fonte justamente no princípio incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional.

Os deveres anexos podem ser diversos tais como: dever de confidencialidade, de cooperação, não-concorrência, custódia, vigilância, etc., variam de acordo com o caso concreto. Uma constante mutação dos deveres de conduta ocorrerá no tempo e no espaço, a título de exemplificação, consideremos uma venda de um carro a um certo preço a um leigo, e a venda do mesmo bem a um mecânico especialista. Observamos que o mesmo negócio gerou diferentes deveres; no primeiro, surgem os deveres de esclarecimento e informação, já quando o negócio é realizado com um mecânico que tem o conhecimento técnico essas obrigações não estarão de forma tão intensa presentes.

Embora os deveres anexos sejam da gama mais variada, para fins de breve exposição, iremos tipificá-los em três categorias: de esclarecimento, de lealdade e de proteção.

¹⁸ Judith Martin- Costa. In: ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 96.

Deveres de proteção ou deveres de cuidado são aqueles que pretendem tutelar as partes dos riscos ao seu patrimônio na vigência da relação jurídica. Os danos salvaguardados são aqueles ocorridos contra a integridade da parte ou aos seus bens¹⁹.

Conforme dissemos, o dever de cuidado abrange também a integridade da parte, essa entendida como um todo seja física, moral ou psíquica. Por consequência, a violação dessa proteção pode causar dever de reparação, ainda que ela seja extrapatrimonial²⁰.

No que tange ao dever de lealdade destacamos que ele é o mais imediato, aquele que necessariamente surge quando se inicia qualquer fase preliminar à realização de um negócio jurídica. Impõe às partes a necessidade de alinhar sua conduta de forma proba, abstendo-se de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar a relação, agindo cooperativamente, dignamente e de forma recíproca.

Será lesiva ao dever de lealdade qualquer conduta que comprometa o fim do negócio, o equilíbrio econômico das prestações, a cooperação mútua das partes²¹. A colaboração das partes é essencial para a melhor efetivação das prestações e cumprimento do fim obrigacional proposto.

O dever de cooperar pode ensejar uma conduta omissiva como, por exemplo, quando a parte tem a obrigação de não divulgar informações confidenciais e relevantes da outra; bem

¹⁹ É o caso do julgamento do REsp 107.211 - SP, STJ, 4ª Turma, relatado pelo. Min. Ruy Rosado, DJ 3/2/1997, no qual afirma o dever de proteção ao veículo estacionado no estabelecimento da empresa que se beneficia do agente que ali estaciona o veículo: “O cliente do estabelecimento comercial que estaciona o seu veículo em lugar para isso destinado pela empresa não celebra um contrato de depósito, mas a empresa que se beneficia do estacionamento tem o dever de proteção, derivado do princípio da boa-fé objetiva, respondendo por eventual dano”.

²⁰ Verificamos que os tribunais reconhecem que dever de proteção não se limita ao dano material, mas também ao extrapatrimonial-moral, conforme julgamento da Apelação nº. 9162484-33.2005.8.26.0000, TJSP, 38ª Câmara de Direito Privado, relatado pelo Des. Eduardo Siqueira, DJ 28/09/2011, “APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C CANCELAMENTO DE PROTESTO E NEGATIVAÇÃO JUNTO AO SERASA – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. A inclusão indevida do nome do Autor nos órgãos de proteção ao crédito, resultou em abalo moral que deve ser ressarcido pelo Réu, ora Apelante.”

²¹ O desequilíbrio das prestações diante da ação omissiva e de má-fé de uma das partes é especialmente comum nos contratos de seguro, e, uma vez reconhecidos, afasta o dever de indenizar. “CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. ARTIGOS 746 e 747 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. MÁ-FÉ DEMONSTRADA PELA SEGURADORA. AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. INEXIGIBILIDADE. 1. Afasta-se a pretensão indenizatória quando a seguradora logra provar que o contratante agiu de má-fé, ao deixar de informar doença preexistente, com grave quadro clínico, comprometendo a sua função cardíaca, bem assim pouco tempo antes de realizar procedimento cirúrgico na tentativa de corrigir seu problema de saúde, que, inclusive, levou-o ao óbito. 2. Em razão dos deveres anexos ou laterais da obrigação principal, tanto o credor quanto o devedor devem agir com lealdade, solidariedade e boa-fé para o fiel cumprimento da obrigação pactuada entre as partes. 3. Apelação não provida.” (TJDFT, 4ª Turma Cível, Apelação Cível 20090110837350 APC, Rel. Des. Cruz Macedo, DJ 24/05/2013).

como também poderá ser comissivo, caso em que uma parte pode facilitar à outra acesso a dados ou a execução de serviços.

A ruptura nas negociações preliminares pode se caracterizar como infração ao dever de lealdade quando aquele que não possui real interesse de contratar gera falsas expectativas induzindo a contraparte a uma situação de confiança, levando-a a realizar, em muitos casos, grandes despesas, sem conduto, ter condição ou interesse real na concretização da negociação.

No momento pós contratual poderá projetar se a responsabilidade advinda da lesão ao dever de lealdade, mesmo que a obrigação principal já reste cumprida. Os deveres acessórios existem de forma autônoma à obrigação principal, sobrevivendo ainda que adimplida a obrigação principal.

Por obrigação de esclarecer ou informar entendemos ser aquele dever que se fundamenta na existência de um déficit de informações: uma parte possui informações que a outra necessita para melhor alcançarem o objetivo do negócio entabulado. Evidente que muitas informações são confidenciais e não são essenciais para a consecução do objeto contratado, devendo essas permanecerem sigilosas. Todavia, aquelas que são de fundamental importância devem ser reveladas, esclarecidas e postas à disposição da outra parte visando os propósitos comuns do contrato. Na esfera do Código Civil, via de regra, os contratantes encontram-se em posições de relativa igualdade, não há, *a priori*, uma discrepância que impõe a uma parte um maior dever de informação do que à outra, visto que ambas, em posições simétricas buscam simultaneamente a consecução de interesses comuns.

2.5.2. Boa-fé nos contratos empresariais

A boa-fé é um instituto tradicional do direito empresarial, ela diminui os custos de transação, facilita o fluxo das negociações, sendo elemento de fundamental importância para o bom andamento das relações mercantis.

Nas palavras de Forgioni²² “agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídico e normalmente esperado dos ‘comerciantes cordatos’, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado (ou em certo ambiente institucional) sempre de acordo com o direito”, ou seja, a boa-fé comercial abandona os indícios de subjetivismo.

²² FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 99.

A boa-fé aqui é tratada no seu sentido objetivo, de um comportamento padronizado conforme modelos esperados, significa agir no mercado de forma correta, como os contratantes honestos o fariam buscando a finalidade comum no uso do tráfico mercantil.

Uma empresa que age em qualquer mercado regulado juridicamente deve pautar seu comportamento pelas normas jurídicas. O “agir conforme a boa-fé” é sabido de antemão como um pressuposto basilar na atuação de sucesso da empresa. Tem-se a noção exata de quais serão as conseqüências do agir em descompasso com a boa-fé, existem no mercado diversas experiências que nos revelam quais os possíveis prejuízos de tais ações.

Assim, o comportamento honesto não implica de forma alguma um custo desnecessário, um gasto, pelo contrário, ele leva ao desenvolvimento de confiança, ao aumento de grau de certeza e previsibilidade do mercado nas atividades empresariais diminuindo os custos de transação. À medida que se aumenta o grau de impessoalidade no mercado, os agentes econômicos dispensam menor dedicação às características subjetivas da outra parte, concentrando-se na operação econômica, dinamizando-a, reduzindo os custos transacionais.

Um ambiente institucional, forte, no qual a confiança e a boa-fé dos seus atores se sobressaem, o fluxo das relações comerciais é facilitado. Porém, o mercado não é constituído somente de agentes que prezam pela boa-fé e confiança. Alguns agem de forma contrária a ela, minando a confiança depositada nele pelo mercado e conseqüentemente gera um ambiente instável de negociações. As normas jurídicas devem coagir e atuar sobre tais sujeitos. O direito comercial deve fazer com que as negociações sejam compensatórias, assegurando o ambiente o mais estável possível.

Merece destaque a observação de Forgioni²³ quando afirma que a boa-fé e o direito comercial estimulam a eficiência do agente econômico exigindo dele comportamento honesto. No entanto, o respeito ao princípio da boa-fé não deve ser confundido, em hipótese alguma, a uma excessiva proteção das partes, desestabilizando o sistema. Afinal, o direito empresarial premia a eficiência de um agente perante o “erro de cálculo” do outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis não se deve trazer a boa-fé como sinônimo de equidade ou consumerismo.

²³ FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 103.

2.5.3. A boa-fé nos contratos de franquia

O contrato de franquia tem na dependência econômica um elemento inerente à sua constituição. As hipóteses de desigualdade material merecem tutela, e a informação do agente econômico acerca do negócio cumpre papel fundamental no redimensionamento do problema. A boa-fé exerce um importante parâmetro de interpretação evitando, ou ao menos, balizando quando da exploração abusiva da dependência econômica.

A importância do dever de informar encontra-se tipificada na Lei 8.955, principalmente na obrigação do franqueador de enviar a Circular de Oferta de Franquia, que deve conter em linguagem clara e acessível informações substanciais do negócio ofertado.

Serão fornecidas informações acerca da estrutura da franquia, sua composição societária, financeira, o direito sobre marcas e patentes, os investimentos necessários, as taxas a serem pagas por cada produto, publicidade, seguro mínimo, etc. A Lei de Franquia é um referencial de interpretação para avaliar as condutas oportunistas pautadas na falta de informação do agente²⁴.

Outra perspectiva importante da boa-fé é aquela que lhe impõe a função de excluir comportamentos. Não se verifica uma conduta positiva, do que seja agir de boa-fé, contudo, do contrário, identifica ações tidas como de “má-fé”, aquelas que não devem ser adotadas pelas partes.

Nesse diapasão identificamos três perfis da má-fé que influenciam as respectivas etapas negociais²⁵: (i) “pré-negociação e formação dos contratos”, (ii) “execução” e (iii) “extinção”.

Na fase de pré-negociação e formação dos contratos são condutas que devem ser evitadas, tratadas como agir de má-fé, essencialmente aquelas ligadas à prestação ou omissão de informações. A parte não deve omitir informações necessárias ao bom cumprimento do contrato assim como também maquiar tais informações será um agir de má-fé.

O momento da execução contratual está intimamente ligado ao da extinção do pactuado, pois, normalmente, a extinção é fomentada pelas práticas advindas da execução da avença. Assim, há quebra do estabelecido no art. 422 do Código Civil quando uma das partes

²⁴ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de Dependência Econômica nos Contratos Interempresariais de Distribuição*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - USP, 2007. p. 131.

²⁵ *Ibid.*, p. 132.

toma medidas evasivas e não esperadas, desvinculando-se dos princípios de lealdade e previsibilidade que devem pautar os atos mercantis. O abuso pelo franqueador do poder de determinação, a imposição de condições gravosas ou discriminatórias e a desvinculação do fim pretendido pelo contrato caracterizam as condutas enrustidas de má-fé. Uma das partes desvincula-se dos objetivos centrais que justifica o acordo, tornando a obrigação economicamente inviável, levando a extinção da avença.

Relevante ressaltar que do prisma do direito contratual, a atuação ilícita independe de qualquer prejuízo à concorrência. A boa-fé integra-se e ganha destaques para coibir abusos no plano contratual, entretanto, a Lei Antitruste funciona como um significante referencial para o preenchimento da cláusula geral da boa-fé no âmbito mercantil. Isso porque embora muitas das condutas abusivas na prática não configurem prejuízos à concorrência e à livre iniciativa, diversas das ações vedadas do ponto de vista anticoncorrencial transpassam o limite da tutela antitruste e ganham relevância na regra comportamental de boa-fé, exigindo padrões de atuação nas relações contratuais.

Fica evidente essa função integrativa da Lei Antitruste no parecer da Secretaria de Defesa Econômica no processo administrativo nº 08012.003005/2002-37²⁶, que reconhece a inexistência de influência do McDonald's sobre mercado dominante ao concorrer por meio de lojas próprias com suas franqueadas independentes, todavia, ao afirmar a prática de “canibalismo” do McDonald's sobre suas franqueadas, expõe uma extrapolação ao princípio da boa-fé, revelando uma relação de direito empresarial privado:

Outrossim, ainda que restasse comprovado que o Representado teria a intenção de eliminar as lojas franqueadas, passando a ter apenas lojas próprias, tal como sobejamente reiterado pela AFIM, ainda assim o Representado não possuiria poder de mercado para afetar significativamente o mercado em questão, sendo improvável, portanto, que ele arcasse com tais prejuízos, já que posteriormente não conseguiria recuperar tais perdas ou fechar o acesso de tal mercado a seus concorrentes (p.47).

²⁶ Processo Administrativo nº 08012.003005/2002-37, CADE, parecer SDE, disponível em <http://portal.mj.gov.br>, acessado em 20 de agosto de 2013.

3. EQUILÍBRIO CONTRATUAL

3.1. Descrição do texto legal – Lei 8.955/94

Com a edição da Lei 8.955 de 1994, o contrato de franquia passou a ser um contrato típico, estabelecendo a legislação as suas linhas básicas, nominando-o como “contrato de franquia empresarial”.

Conforme dito anteriormente, o art. 2º da lei traz o conceito da franquia empresarial, *in verbis*:

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

A chamada Circular de Oferta de Franquia (“COF”), um instrumento fundamental no negócio da franquia, vem descrita no art. 3º da Lei, *in verbis*:

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 (...).

A Circular de Oferta de Franquia é um documento essencial que deve ser fornecido pelo franqueador ao franqueado por escrito e em linguagem acessível, preliminarmente, quando aquele intenciona contratar com esse. O art.3 estabelece o mínimo de informações obrigatórias que têm de constar na COF. São dados acerca da empresa do franqueador, como demonstrativos financeiros, balanços, direitos de propriedades industriais, pendências judiciais, etc., que permitem ao franqueado identificar a solidez, o poderio econômico, e a confiabilidade da empresa do franqueador.

Também deve ser fornecido ao franqueado detalhamento da configuração da franquia, do que consiste o negócio, como funciona, o investimento necessário para se iniciar a franquia, o perfil desejado de franqueado, se haverá exclusividade territorial, possibilidade de realizar vendas fora do território do franqueado, quais as funções que devem ser desempenhadas pelo franqueador e franqueado, o limite da ingerência do franqueador, se

existem e quais são as cotas mínimas de compra de produtos, a remuneração a ser paga por cada um deles e todas as demais despesas que irá incorrer, o tipo de auxílio e treinamentos que serão fornecidos, especificando a frequência, duração e custos.

Ainda, deve trazer o modelo do “contrato-padrão” (e do pré-contrato se for o caso) com a descrição completa das cláusulas, inclusive com anexos e prazos, e, por fim, identificar qual a situação do franqueado após o prazo contratado.

A COF faz parte das negociações preliminares, tem a função informativa. Apresenta informações elementares sobre o negócio e o contrato de franquia, possibilitando acesso às experiências anteriores de outros franqueados, sedimentando as bases do relacionamento das partes. Por ela ser um instrumento que baliza a tomada de decisão do investidor, fornecendo-lhe informações primárias, a lei no seu art.4º impõe um prazo mínimo de 10 dias²⁷ para que ela seja enviada antes de qualquer tomada de decisão, da efetiva contratação, possibilitando a reflexão do potencial franqueado.

A Lei 8.955 buscou conferir maior clareza e segurança ao negócio, porém, conforme veremos adiante, pode ter ela incentivado práticas abusivas por parte do franqueador. Esse, agora de posse do mínimo de informações quais deva fornecer, as entrega e omiti diversas outras tão ou mais importantes como aquelas frisadas na lei, com o intuito de não desestimular o potencial franqueado a desistir do negócio. Contudo, *a priori*, ao revelar os dados básicos contidos na letra da lei, age conforme ela e pode “regularmente” oferecer seu negócio.

Importante destacar que a COF não é uma proposta, como a enquadrámos na fase de “negociações preliminares”, ela não tem força vinculativa, é ato preparatório à constituição do vínculo contratual. A proposta configura-se por ser uma manifestação de vontade dirigida por uma parte à outra com o objetivo de provocar uma manifestação no destinatário²⁸.

Não ocorre na COF a presença de dois elementos fundamentais para que nasça o vínculo contratual: a proposta e a aceitação. Não há declaração de vontade do franqueador visando suscitar um contrato, tampouco se espera que o franqueado dê a sua aceitação. Ainda que se sustente que a própria Circular de Oferta traga no seu bojo o modelo de contrato (ou

²⁷ “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.”

²⁸ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 120.

pré-contrato), esse é elemento que deve constar em virtude de lei, e não necessariamente encerra uma oferta do franqueador. Ela não é uma declaração de vontade, portanto, o franqueado não tem o direito potestativo de concluir o contrato que lhe foi enviado como minuta “padrão”²⁹.

Apesar da dicção do art.3º da lei afirmar que a COF deve ser “escrita e em linguagem clara e acessível”, a aplicação de tal dispositivo vem sendo relativizada pelos tribunais pátrios. Na Apelação Cível 716.759-9³⁰, o Tribunal de Justiça do Paraná enfrentou a questão, e de forma interessante confirmou a decisão de 1º grau na qual a magistrada supriu a falta da COF formalizada por escrito pelo claro entendimento do franqueado de todas as disposições, das informações de como funcionaria o negócio pela via oral. Isso porque a juíza *a quo* entendeu que o franqueado tinha plena consciência do negócio que estava contraindo, uma vez que era amigo de longa data do franqueador e por diversos momentos (discussões, esclarecimentos que se alongaram por meses) a franquia foi objeto de conversas, não restando dúvidas ao investidor acerca do negócio que entabulava. A ausência da COF por si não basta para gerar nulidade do contrato de franquia, por isso o parágrafo único³¹ do art. 4º da Lei 8.955/94 afirma a “anulabilidade” do contrato de franquia caso a COF não seja entregue ao franqueador no prazo estipulado (no caso não podemos afirmar existir “nulidade” de pleno direito).

A apelação cível mencionada apenas corrobora o entendimento de que a COF tem como função precípua ser informativa, tanto o é que pode ocorrer do potencial franqueador

²⁹ SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2005. p 12-13.

³⁰ “(...) Desta forma, embora as partes concordem que não houve a efetiva entrega da Circular de Oferta de Franquia, o representante da empresa ré-apelante afirmou em seu depoimento, fl. 329: ‘... que verbalmente lhe fora informado quais eram as condições e como funcionava a franquia; que tinha conhecimento que seria o primeiro franqueado da autora; que embora não tenha recebido documento formal, diz que todas as condições lhe foram repassadas verbalmente; que a partir de 2003, conversaram bastante a respeito do assunto, até que chegaram à formalização do contrato; (...) que a minuta do contrato lhe fora repassada por e-mail’. Assim, diante da amizade entre as partes reconhecida na sentença aliado ao fato de que o **réu recebeu todas as informações referentes à negociação, a ausência de formalização do documento previsto nos artigos 3º e 4º, da Lei de Franquia não merece prosperar**. Neste sentido, a MMª Juíza da causa decidiu: ‘... a pretensão da requerida de declarar nula a avença pelo simples fato de não ter sido formalizado documento escrito sobre as condições da franquia, e exigências legais previstas nos art. 3º e 4º, da Lei 8.955/94, não pode prosperar’ ” (grifos nosso). (Apelação Cível Nº 716.759-9, 7ª Câmara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, 9ª Vara Cível).

³¹ Lei 8955/94: “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 pagado 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”.

possuir mais de uma Circular de Oferta de Franquia, de diversos franqueadores, e de posse delas analisar qual seria o investimento mais viável.

Dizer que a COF não tem “força vinculativa” é completamente diferente de afirmarmos que o franqueador não tem responsabilidade por ela.

A responsabilidade civil, dita pré-contratual se configura quando, por exemplo, uma das partes com sua conduta cria justa expectativa à outra, que na esperança de conclusão do negócio e incentivada por aquela, realiza despesas ou deixa de concluir outros negócios. A responsabilidade civil surge não na esfera da culpa contratual, mas, na da aquiliana. Somente ocorrerá no caso de uma delas induzir a outra à crença de que o contrato seria celebrado levando-a a despesas ou a não contratar com terceiros, etc., e depois recuar, causando-lhe dano. O fundamento do dever de reparação é o ilícito genérico, tendo caráter excepcional, e de forma alguma pode ser levada para além dos limites razoáveis de sua caracterização.

A exigência da transparência do negócio não é peculiar à franquia. Os atos jurídicos praticados com dolo são anuláveis segundo dicção dos arts. 145 e 147 do Código Civil³². Assim, o negócio poderá ser anulado caso o franqueador intencionalmente omita alguma situação ao investidor, ou quando expuser a ele informações inverídicas. Por exemplo, na hipótese do franqueador superestimar o número de franquias que o negócio possui ou distorcer o quadro financeiro da rede; também podemos citar, a título argumentativo, a possibilidade de o franqueador apresentar com alarde métodos operacionais que de fato não existem³³.

Nesse sentido, o art.7³⁴ da Lei 8.955/94 afirma ser anulável o contrato de franquia no qual o franqueador veiculou informações falsas na Circular de Oferta de Franquia, impondo-lhe todas as sanções previstas no parágrafo único do art.4º do mesmo dispositivo, sem prejuízo das sanções penais. Tal disposição é claramente fundamentada nos arts. anteriormente citados do Diploma Civil.

³² “Art. 147. Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.”

³³ SAAVEDARA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 17.

³⁴ “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”.

3.2. Cláusulas essenciais do contrato de franquia

Embora tratemos o contrato de franquia como “típico”, a Lei 8.955/94 se presta a regular principalmente a Circular de Oferta de Franquia, e não o contrato de franquia considerado em si. Assim, não estabelece expressamente as normativas básicas, imprescindíveis ao instrumento contratual. Tal tarefa coube à Associação Brasileira de *Franchising*.

A ABF (Associação Brasileira de *Franchising*) é uma entidade sem fins lucrativos, criada em 1987 no Brasil. Ela possui como associados franqueadores, franqueados e diversos colaboradores (estudantes, advogados, administradores, economistas, etc.). Através da promoção de estudos, palestras, cursos, objetiva desenvolver a franquia como modelo de negócio e estabelecer padrões para a prática de *Franchising* no Brasil, de modo a moralizar o mercado e garantir o bom funcionamento do sistema, exercendo um papel de destaque e gozando de grande prestígio entre as principais associações internacionais que cuidam do *franchising*³⁵.

Apesar da ABF não ser um órgão público, ela elaborou e divulgou um código de autorregulamentação do *franchising* no Brasil, que consiste num conjunto de normas que é seguramente seguido por aqueles que fazem parte do sistema de franquia.

No seu item 8³⁶ “Contrato de Franquia”, o código da ABF conceitua o contrato de franquia bem como estabelece quais os temas imprescindíveis do instrumento. Por óbvio deve-se obedecer aos pressupostos de validade do negócio jurídico constantes no art.104 do Código Civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Isto posto, e, nos balizando pela normativa da ABF, destacamos como cláusulas fundamentais do contrato de franquia as que versem acerca: (i) do objeto da Franquia; (ii) território de atuação do franqueado; (iii) obrigações pecuniárias das partes; (iv) prazo de concessão da Franquia; (v) direitos e obrigações do franqueador e franqueado; (vi) concessão de direitos de Propriedade Industrial; (vii) dever de confidencialidade e não concorrência; (viii) hipóteses e conseqüências da cessão ou transferência da franquia; (ix) sucessão das

³⁵ Disponível em < <http://www.portaldofranchising.com.br/sobre-a-abf/atuacao-da-associacao-brasileira-de-franchising>>. acesso em 10 de Julho de 2013.

³⁶ ROQUE, Sebastião José. *Do contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012. p. 122.

partes; (x) causas e conseqüências da rescisão; e, por fim, (xi) forma de resolução de conflito e qual foro (ou câmara – no caso de resolução arbitral) competente.

O objeto do contrato de franquia nada mais é do que a descrição daquilo que se está entabulando por meio daquele instrumento. Via de regra, estabelece quais os tipos de licenças que o franqueador está concedendo, o que elas contemplam como, por exemplo, autorizações para exploração de marcas, nome do franqueador, logotipos, manuais de operações, técnicas de trabalho, desenhos, uniformes de funcionários e demais elementos de propriedade intelectual pertencentes à franquia³⁷.

A especificação do território de atuação do franqueado é de extrema relevância. O franqueador deve demarcar qual o perímetro territorial estará concedendo para o franqueado explorar a franquia, seja de forma exclusiva ou não. Essa designação territorial deve ser a mais clara possível, demonstrando de maneira inequívoca os limites estabelecidos. Ainda, deve constar o direito de preferência ao franqueado quando houver hipótese de abertura de outra franquia no seu território exclusivo. Assim, deverá oferecer a oportunidade de negócio para o franqueado, e somente se esse declinar poderá oferecer a terceiros. Tal cláusula é um dos pilares do *franchising* e pode ser fundamental na decisão do investidor de entrar ou não no negócio. Dela podem ser extraídas expectativas de lucro; seu desrespeito pelo franqueador certamente acarretará em prejuízos ao franqueado³⁸, e, haverá clara violação à boa-fé objetiva contratual.

A questão pecuniária tem de estar minuciosamente descrita no contrato. Existem os custos iniciais (investimento), nos quais estão incluídas as despesas com a adequação do ponto comercial ao *layout* padrão da franquia, à compra de máquinas necessárias ao processo industrial, refrigeradores, computadores e a primeira aquisição mínima de mercadorias. Ressalta-se que esse investimento é muito específico, ou seja, é gasto dinheiro em ativos que

³⁷ROQUE, Sebastião José. *Do contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012. p. 191.

³⁸Para ilustrarmos a questão, trazemos trechos do julgamento da Apelação Cível 20080111302974 APC, 4ª Turma Cível – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Des. Rel. Cruz Macedo: “(...) 1. Restando patente o descumprimento da franqueadora em relação à exclusividade territorial de atuação da franqueada, bem como em relação ao direito de preferência, estipulados no contrato de franquia, este deve ser rescindido, o que, conseqüentemente, importa o pagamento dos lucros cessantes e de multa a serem apurados em liquidação de sentença. Dispõe a cláusula 4.8 do Contrato (fl. 26) que: ‘na hipótese de ocorrência de mudanças de densidade demográfica ou ambiente futuro, bem como da evolução do mercado no bairro onde a franquia está instalada, fundamentadamente em análises técnicas que possibilitem a absorção de uma nova unidade, **será assegurado ao franqueado o direito de habilitar-se, preferencialmente, à nova franquia.**’ Dessa forma, patente a necessidade de consulta prévia às franqueadas quando da intenção de concessão novas franquias”.

difícilmente serão reempregáveis em outra atividade. Para um investidor somente a continuidade do negócio irá possibilitar o retorno esperado ao *quantum* desembolsado.

Tal questão está intimamente ligada ao tempo de contrato. Como exposto, investimentos específicos, via de regra, demandam maior tempo para compensar o risco do investidor, por consequência, o prazo contratual deverá ser proporcional ao risco e expectativa de retorno. Além disso, temos aqui uma questão fulcral no que diz respeito ao equilíbrio contratual. A especificidade dos ativos leva necessariamente a uma dependência econômica do negócio, pois, na ausência de sua continuidade o franqueado não tem (ou dificilmente terá) como se desfazer dos ativos (móveis customizados, máquinas específicas, *layout* padronizado, etc.) a um preço razoável. Portanto, a dependência econômica do franqueado se configura já na primeira fase de investimentos.

O Código Civil, com vistas a proteger o tráfico do mercado e o contratante de boa-fé do término dos contratos de longa duração, evitando que o fim abrupto do negócio cause prejuízos indevidos à parte que investiu no empreendimento, preceitua no seu art. 473, parágrafo único³⁹ que a denúncia dos contratos de longa duração não produzirá efeitos antes de recuperados os investimentos realizados⁴⁰.

Deve-se estabelecer quando as obrigações pecuniárias vencem e que deverão ser pagas em dia; a manutenção do quadro de empregados devidamente treinados e uniformizados; a participação em campanhas publicitárias; a compra mínima de mercadorias e de fornecedores definidos; cuidar para que a empresa franqueada esteja regularmente inscrita nos órgãos e registros públicos nacionais. Relevante destacarmos que o franqueado deve manter a qualidade dos produtos licenciados, comprando as matérias-primas dos fornecedores indicados pelo franqueador e conservando-os adequadamente. Não pode, de forma alguma, adquirir mercadorias de terceiros pelo simples fato dessas estarem mais baratas e possuírem “qualidade semelhante” a designada pelo franqueador. Também, será avaliada a hipótese de o franqueado realizar a venda dos produtos fora do estabelecimento comercial (ex: venda por meio de terceiros no sistema “porta a porta”), e como ela se dará.

³⁹ “Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

⁴⁰ FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 149.

No que tange às obrigações do franqueador, entre as principais citamos o dever contínuo de fornecimento do *know-how*, a assistência no gerenciamento industrial e comercial, trabalhando sempre para incrementar a marca.

Os direitos de Propriedade Industrial são cedidos ao franqueado pelo contrato de franquia. Por óbvio, tratando-se de uma licença, essa é precária, tem termo inicial e final. Não há transferência de titularidade, apenas o uso desses direitos com as finalidades previamente postas.

Por se tratar de um contrato mercantil que regula a revelação e transmissão de muitos segredos industriais/comerciais, sendo esse um dos objetos do negócio, o contrato de franquia deve prever impreterivelmente cláusulas de confidencialidade (“disclosure”). Por meio dessas definem-se quais seriam as informações confidenciais, seu uso adequado pela parte receptora e as situações em que há a possibilidade de serem reveladas.

Ainda, há que se somar a isso a pactuação da impossibilidade de concorrência pelo franqueado com o negócio desenvolvido pelo franqueador. Não pode o franqueado de posse de todo o *know-how* e experiência adquirida na franquia, abrir um negócio próprio, em que não precisará pagar taxas de franquia, *royalties*, despesas com publicidade, etc., concorrendo com o franqueador. O contrato deve trazer de forma inequívoca a zona de proibição de concorrência, descrevendo o território e o prazo mínimo de vigência dessa. O descumprimento de tal cláusula deve trazer uma multa compensatória de elevado valor, pois, como já dissemos, se trata de uma estipulação *sine qua non* para o sucesso da franquia.

A cessão e transferência da franquia não é algo tão simples, pois, cuidamos de um negócio personalíssimo; o franqueador não busca apenas um investidor, mas, sobretudo um bom administrador. O franqueado é escolhido após um minucioso exame cadastral. Suas características pessoais como tipo de formação acadêmica, disposição de tempo para se dedicar ao negócio, engajamento e perfil pessoal, foram detalhadamente analisadas pelo franqueador. O franqueado deve se adequar ao perfil buscado pelo franqueador; esse acredita e depende do trabalho pessoal daquele para o incremento de seu negócio e obtenção de lucros. Por isso, haverá uma série de restrições quando da modificação na composição do franqueado,

seja ele pessoa física, empresária individual ou coletiva⁴¹. Da mesma forma, devemos ponderar também a sucessão do franqueado.

A Lei 8.955/94 não trata da hipótese de extinção do contrato de franquia, ficando a cargo das regras gerais estabelecidas nos artigos 472 a 480 do Código Civil. No contrato de franquia constarão as situações que acarretam a extinção do negócio, estipulação de multa, se for o caso, e as causas extintivas de seu pagamento.

Por fim, no que tange à resolução de conflitos, seguindo a evolução do direito processual empresarial, à solução aos conflitos oriundos do contrato de franquia pode ser atribuída à arbitragem. Os processos arbitrais possuem diversas vantagens como, por exemplo, maior celeridade no julgamento da lide, processos mais técnicos e precisos. Todavia, ordinariamente são de custo muito elevado. A Associação Brasileira de *Franchising*, visando oferecer um serviço especializado e mais acessível financeiramente para aqueles que integram o sistema de franquia, disponibiliza sua própria corte arbitral.

3.3. Dependência Econômica

A dependência econômica é caracterizada quando um agente deve sujeitar-se a outro que lhe impõe condições para que aquele possa sobreviver no mercado. O abuso da dependência econômica é diferente do abuso da posição dominante *stricto sensu*. Nele, o agente preponderante não tem o poder de influenciar preços ou a concorrência, mas, tão somente, poder sobre seus parceiros. Ou seja, ela implica na exploração oportunística da sujeição do parceiro comercial e influencia a condição de independência e indiferença sobre a contraparte e não sobre o mercado. Não cria atuação desleal em mercado relevante que deve ser tutelado pelo direito concorrencial⁴². A origem da disparidade entre as empresas

⁴¹ SAAVEDARA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 30-31.

⁴² Nesse sentido é o parecer da Secretaria de Defesa Econômica no processo administrativo nº 08012.003005/2002-37, que reconhece a inexistência de influência do McDonald's sobre mercado dominante ao concorrer por meio de lojas próprias com suas franqueadas independentes, mas tão somente uma relação de direito empresarial privado: "Outrossim, ainda que restasse comprovado que o Representado teria a intenção de eliminar as lojas franqueadas, passando a ter apenas lojas próprias, tal como sobejamente reiterado pela AFIM, ainda assim o Representado não possuiria poder de mercado para afetar significativamente o mercado em questão, sendo improvável, portanto, que ele arcasse com tais prejuízos, já que posteriormente não conseguiria recuperar tais perdas ou fechar o acesso de tal mercado a seus concorrentes" (p.47). Processo Administrativo nº 08012.003005/2002-37, CADE, parecer SDE, disponível em <http://portal.mj.gov.br>, acessado em 20 de agosto de 2013.

contratantes pode ser identificada nas seguintes causas⁴³: (i) no poder relacional, (ii) poder de compra, (iii) dependência de marca famosa e (iv) no período de crise.

O poder relacional talvez seja o elemento mais importante na caracterização da dependência econômica. Decorre de contrato de longo prazo com investimentos específicos realizados por uma parte para executá-lo.

O poder de compra ocorre quando um fornecedor encontra-se em relação de sujeição econômica diante do seu distribuidor, que tem alto poder de absorção da produção fabricada por aquele. É o caso das grandes redes de varejo, que impõe condições contratuais aos pequenos fornecedores.

A dependência de marca famosa ocorre quando o empresário necessita comercializar produtos conhecidos do público para se manter no mercado. A possibilidade de substituição dos bens é baixa ou inexistente devido às suas características específicas, como, por exemplo, qualidade, à difusão da marca no mercado, especificidade, etc.

Durante o período de acentuadas crises, o fornecedor pode necessitar do distribuidor para absorver sua produção assim como a crise pode fazer com que o distribuidor precise do fornecedor para abastecer seu negócio, diante da ausência de alternativas disponíveis no mercado.

Segundo Conseil de La Concurrence⁴⁴, a caracterização da dependência econômica deve levar em conta fatores como: (i) reserva da parcela de mercado detida pelo fornecedor; (ii) faturamento do agente decorrente exclusivamente ou em boa parte da comercialização dos produtos do agente em posição de superioridade; (iii) ausência de solução equivalente em caso de suspensão do fornecimento, minando o fluxo comercial e (iv) período de crise em que o mercado dispõe de poucas alternativas de negócio para o empresário.

É irrelevante se o agente econômico submisso é economicamente “maior” ou “menor” que o dominante, a origem da dependência econômica é relacional, ou seja, advém das características da própria relação.

⁴³ COURTES. *Dépendance économique e tabus de dépendance économique en droit de la concurrence et em droit des contrats*, 234 e ss apud FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 348-350.

⁴⁴ Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, p.216 e ss apud FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo, 2008. p. 352.

Há dois tipos de dependência econômica, a absoluta e a relativa⁴⁵. A primeira ocorre quando todos os agentes econômicos atuantes daquele mercado são interligados e dependentes entre si. Ela pode se dar por meio de três formas: pelo exercício do poder no mercado, pela limitação das informações ao agente de mercado e pelo controle de compatibilidade com a rede.

O exercício do poder no mercado é caracterizado como uma prática decorrente do poder econômico na qual o agente abusa de sua posição dominante ou pratica algum ato que objetive a dominação do mercado.

Já a limitação de informação do agente de mercado colabora decisivamente para o abuso da posição dominante. Ela ocorre principalmente na chamada “venda casada” em que o empresário subordina a venda de um bem/serviço principal à aquisição de um secundário. O agente econômico subordinado não tem conhecimento suficiente para saber até que ponto há a necessidade de tal vinculação e da prestação secundária para otimizar o bem/serviço principal adquirido ou se aquilo é de fato um abuso praticado pelo vendedor.

O controle de compatibilidade com a rede é manipulado pelo agente que está em posição dominante e introduz no mercado um novo produto, com ou sem inovação tecnológica, entretanto, incompatível com produtos acessórios dos seus concorrentes e tão somente compatível com os seus acessórios.

Observamos a dependência econômica relativa quando um agente econômico, por meio de relações contratuais, se vincula com a empresa contratada, não havendo possibilidade de escolha. Ela se apresenta na forma de dependência conjuntural, dependência de sortimento e dependência empresarial.

A primeira forma de dependência econômica relativa é decorrente de um panorama mais amplo, normalmente de uma crise conjuntural em um determinado mercado que leva à escassez de certo produto. Assim, se um fornecedor se abastece no mercado interno e esse está em crise, faltando o produto “A”, e outro empresário adquire o mesmo produto “A” do mercado internacional, tal fato leva a um poder econômico maior desse último. Embora o poder adquirido seja efêmero, ele pode levar aquele agente que tinha o mercado interno como fornecedor do produto “A”, a se subordinar ao mercado internacional e aos empresários que nele já negociavam.

⁴⁵ SALOMAO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo Malheiros, 2003. p. 204-224.

A dependência de sortimento é aquela que se consolida quando o sucesso de um negócio depende principalmente da venda de certo produto, seja por sua marca, pela sua composição e/ou aceitação que não encontram substitutos no mercado.

A dependência empresarial se edifica em contratos empresariais que criam relações duradouras entre as partes. A parte cria para si por meio da relação contratual uma dependência constante, faz investimentos específicos, adapta todo o seu negócio ao agente dominante. É facilmente identificada nos contratos de distribuição e fornecimento de longo prazo.

Tratando-se da franquia, é claro perceber como ela se amolda nos mais variados fatores descritos acima como causa da dependência econômica. Ela se identifica com a dependência econômica relativa, advinda de contrato, sendo própria e inerente ao *franchising*. Mais precisamente ela se amolda na dependência empresarial uma vez que o franqueado realiza investimentos específicos e adéqua todo o seu negócio às normas impostas pelo franqueador. Isso não exclui também a dependência de sortimento, pois, o franqueado depende principalmente da marca, já trabalhada pelo franqueador no mercado, como grande carro chefe da franquia.

Todavia, não há nada de ilícito no fato de uma empresa ser superior economicamente à outra, mas o abuso dessa relação é que deve ser reprimido pela lei⁴⁶. O contrato deverá permanecer equilibrado (ou desequilibrado) na medida em que foi pactuado e assim deverá ser preservado.

3.4. Equilíbrio entre as partes?

Conforme dito, é evidente que o contrato de franquia encerra uma atividade na qual a dependência econômica é sua característica inerente. Porém, as empresas aderiram voluntariamente aos esquemas contratuais, puderam e tiveram liberdade para ponderar os riscos e as conseqüências da contratação.

A doutrina vem nomeando como “contratos de dependência” aqueles em que as partes contratam sob condições econômicas de dependência. Na verdade, apenas nomeia contratos já largamente utilizados e difundidos, como contratos de distribuição, franquia, etc. Importante ressaltar que esse novo conceito traz à baila a utilidade da noção de dependência econômica

⁴⁶ FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35-36.

que distingue esses contratos de outros, submetendo-lhes de forma mais rigorosa aos princípios da boa-fé e lealdade contratuais⁴⁷.

Esses contratos têm alguns traços em comum, sendo no geral de trato sucessivo e de adesão. Contratos de trato sucessivo ou de duração continuada são aqueles quais as partes devem cumprir prestações contínuas ao longo do tempo, a obrigação é única, porém, fracionada no lapso temporal⁴⁸.

Os contratos de adesão são aqueles em que não há possibilidade de prévia discussão para sua formatação, uma das partes impõe à outra o negócio da maneira que bem entender, estabelecendo unilateralmente suas cláusulas, sendo a única opção de contratação, ou seja, caso a parte não contrate naqueles termos não existe alternativa para obter o bem/serviço.

Não podemos considerar o contrato de franquia como contrato “de adesão”, aquele no qual a parte aderente não tem outra opção que não aderir àquele contrato para obter o produto ou o serviço desejado⁴⁹. Pelo contrário, se trata de um investimento, de uma oportunidade de negócio, o potencial franqueado pode ter inúmeras propostas de franquias na mesma faixa de investimento e deve avaliar qual é a sua opção mais viável. Para isso pode contar com o auxílio de diversos profissionais como, por exemplo, advogados, economistas, contadores, etc., que lhe fornecerão o conhecimento técnico para embasar melhor sua decisão. Não há que se falar em qualquer tipo de imposição pelo franqueador perante o investidor, esse não fica sujeito ao “tudo ou nada”; caso não concretize aquela oportunidade ele poderá ter diversas outras, aquela não é a única via possível para se realizar um negócio de franquia. Podemos falar em “contratos por adesão” na medida em que os contratos oferecidos, até mesmo para diminuir custos transacionais, são padronizados, mas, jamais em “contratos de adesão”⁵⁰.

⁴⁷ FAVA, M.B. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito 2010. p. 63.

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contrato* 17ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 80.

⁴⁹ JUNIOR, Sidnei Amendoeira. *Principais características do contrato de franchising*. In BRUSCHI, Gilberto. COUTO, Mônica. PEREIRA E SILVA, Ruth. PEREIRA, Thomas (orgs.). *Direito Processual Empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 938.

⁵⁰ Nesse sentido “Agravado de Instrumento. Cautelar Inominada. Exceção de incompetência. Contrato de Franquia. Eleição de Foro. Cláusula válida. Decisão resumida rejeitando o incidente. Não se caracteriza a avença como contrato de adesão. A disposição não é leonina e não existe vício em sua estipulação. Decisão agravada sucinta, mas válida e regular. Pronunciamento correto. Recurso Desprovido” (Des. Marcus Faver. J. 19/09/2000. 5ª Câmara Cível 2000.002.07444. Agravado de Instrumento TJRJ). Em entendimento diametralmente oposto: “O contrato firmado pelas partes é de franquia. Contratos que tais, chamados de franchising, segundo doutrina que comungo de Adalberto Simões Filho, em sua natureza jurídica, é ‘contrato típico, misto, bilateral, de prestações recíprocas e sucessivas com o fim de se possibilitar a distribuição, industrialização ou comercialização de produtos, mercadorias ou prestação de serviços, nos moldes e forma previstos em contrato de adesão’. (‘Franchising’, São Paulo, 3ª ed., Atlas, 1998, págs. 36/42). Assim sendo, por ser o contrato de franquia

O desequilíbrio é consolidado especialmente em cláusulas que tratam do prazo contratual, da exclusividade e aquelas pós-contratuais que limitam a liberdade futura do franqueado, tais como as cláusulas de não concorrência.

No caso da franquia, a subordinação, característica direta e ínsita desse tipo de negócio decorre da situação de fato da dependência econômica de um dos contratantes. O parceiro dominante visando garantir seu sucesso futuro, bem como o do franqueado, dispõe de uma série de medidas quais direciona uma estratégia econômica e comercial, estendendo seu poder sobre seus contratantes. Assim, surgem cláusulas de duas ordens: as cláusulas de sujeição e as de controle.

Como cláusulas de sujeição exemplificamos aquelas que fixam as políticas de publicidade e venda, o tabelamento dos preços, a cota mínima de compra a ser efetuada pelo franqueado e a manutenção de toda transparência contábil, comunicando a movimentação financeira ao franqueador quando esse julgue necessário.

Já no que tange às cláusulas de controle podemos destacar aquelas que tratam da obrigação de fornecimento do quadro de funcionários, das parcerias financeiras e comerciais, do inventário detalhado de estoque, da situação física e aparente do estabelecimento, do direito de visitas e inspeção das instalações, etc.⁵¹.

A simples presença da dependência econômica não quer dizer que uma das partes é hipossuficiente em relação à outra. E como vimos essa até é uma característica fática própria ao negócio. Não há nada de ilícito em uma empresa ser subordinada à outra, o que não deve ocorrer é o abuso de tal subordinação, tendo como elemento central a dependência econômica entre as partes.

3.5. O CDC e o contrato de franquia

O sistema consumerista brasileiro encontra suas bases fundamentais no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que estabelece como direito fundamental a defesa dos direitos do consumidor. Além disso, a ordem econômica do nosso mercado, pautado pela livre iniciativa e concorrência, respeitados os princípios da defesa do consumidor, é determinada

considerado de adesão, o foro de eleição é cláusula abusiva que não deve prevalecer em detrimento do aderente, geralmente parte mais frágil na relação do franchising. (DES. Luiz ANTÔNIO ARAÚJO MENDONÇA j. 07/06/2006. 2ª Câmara Cível 2005204295. Agravo de Instrumento TJSE).

⁵¹ FAVA, M.B. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito 2010. p. 72.

pelo art. 170, V da Carta. Encontramos na Lei 8.078/90 as bases infraconstitucionais do Direito do Consumidor pátrio ao estabelecer o Código de Defesa do Consumidor.

A complexidade do Diploma se inicia já quando da análise dos sujeitos de direito dessa relação jurídica especial. O sujeito ativo, intitulado “consumidor”, é definido no próprio CDC em diversas oportunidades, como por exemplo, art. 2º, caput e parágrafo único, art. 17º e art. 29. Tal definição leva em conta o aspecto transindividual, coletivo, e não apenas o individual.

Também encontramos a definição de “consumidor” em outros campos do saber; etimologicamente, a palavra “consumidor” deriva de *consumere*, no sentido de fazer desaparecer pelo uso ou pelo gasto, gastar, destruir, desfazer, despender, absorver, corroer⁵². No aspecto econômico, consumidor é aquele que pratica o ato pelo qual se completa a etapa final do processo econômico⁵³. No campo filosófico, consumidor é aquele que pela venda de sua força de trabalho, obtém o rendimento que necessita para a reprodução de sua atividade material e espiritual.

Juridicamente nos é permitido dizer que existem dois grandes conceitos de consumidor: o objetivo e o subjetivo. No plano objetivo consumidor é aquele quem retira o produto da economia, destruindo seu valor de troca. Leva em conta apenas o ato de consumo praticado, sendo irrelevante o agente quem o pratica.

Tal conceito objetivo se aproxima da doutrina Maximalista, segundo Cíntia Rosa Pereira de Lima⁵⁴:

(...) estende a aplicação das normas do CDC a todos os indivíduos que retiram o produto do mercado de consumo, sendo, portanto, o destinatário fático deste bem, pouco importando a utilidade do mesmo (profissional ou não), basta que este indivíduo não repasse o bem para o mercado de consumo.

Assim, interpretando pela teoria ante exposta o legislador não limitou o campo de aplicação do Código, pois, caso o quisesse, o faria expressamente. Corroborando com esse entendimento, J.M. Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e Jayme Marins:

⁵² DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor*. 2ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.112

⁵³ *Ibid*, p.113.

⁵⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Da Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às Instituições Financeiras*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, 2006. p. 653 – 698.

(...) procurou traçar o legislador, objetivamente, a linha mestra do conceito de consumidor. Neste mister, estabeleceu no art. 2º deste Código que é consumidor ‘ toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’, ou seja, cuja aquisição se insere no termo final dos quadros de um ciclo de produção. (...) De nossa parte, não podemos concordar com a equiparação que se quer fazer de uso final com uso privado, pois tal equiparação não está autorizada na lei e não cabe ao intérprete restringir onde a norma não o faz. (...) Da mesma forma, não se pode pretender limitar a proteção do Código às pessoas jurídicas equiparadas ao consumidor hipossuficiente, pois que em momento algum condiciona o Código o conceito de consumidor à hipossuficiência. (...) Logo, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final. Assim, para o art. 2º, o importante é a retirada do bem do mercado (ato objetivo) sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional ou não (elemento subjetivo)⁵⁵ (ALVIM, et. al. 1995).

Por conseqüência, o consumo intermediário estaria abrangido pelas normas do CDC.

O conceito subjetivo por sua vez, mais disseminado em países europeus, tem seu ponto central na figura do consumidor como aquele destinatário final do produto, ou seja, não basta o ato econômico de retirar o produto do ciclo comercial para o agente se caracterizar como consumidor o agente; somado-se a isso, ele deve ser o último utilizador daquele produto.

Essa concepção aproxima-se da Teoria Finalista preconizando que “as normas do CDC são destinadas tão apenas àqueles que adquirem ou utilizam um produto como destinatários finais, ou seja, para uso próprio ou de sua família (excluindo tão somente o uso profissional)” (LIMA, 2006)⁵⁶. Nesse sentido não podem ser considerados como consumidores pessoas jurídicas que tenham adquirido produtos como insumo, fator de produção.

Por essa razão, na exposta Teoria Finalista clássica, somente as pessoas físicas seriam consumidoras, pois, o sistema consumerista fora projetado para tutelar os vulneráveis, e não era admissível a idéia de uma pessoa jurídica ser vulnerável do ponto de vista técnico, jurídico e fático. Decorre daí uma grande dificuldade de caracterização e proteção das pequenas empresas. Por que uma pequena empresa que não possui expertise em diversos ramos, não

⁵⁵ ALVIM, J.M. Arruda, ALVIM, Thereza, ALVIM Eduardo Arruda, MARINS, Jayma. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 18-31.

⁵⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Da Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às Instituições Financeiras*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, 2006. p. 653 – 698.

possui profissionais dotados de extrema capacidade técnica é menos vulnerável que uma pessoa física e não é a ela possível aplicar as normas do CDC? O doutrina finalista clássica, valendo-se do conceito objetivo puro nos parece insuficiente e de difícil aplicação.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe um conceito diferente daqueles já expostos, alinhando-se à chamada Teoria Finalista Moderada. O art. 2º do Diploma Consumerista brasileiro traz, *in verbis*:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Ou seja, adota o aspecto do destinatário final, desprezando aquele de caráter profissional, todavia, inclui as pessoas jurídicas, indo na contramão da Teoria Finalista Clássica ou Radical.

Assim, surgem discussões acerca de quando a pessoa jurídica pode ser considerada como “destinatária final”, pois, via de regra, ela adquire produtos para empregar na sua atividade fim, utilizando-os como insumos, meios de produção. Toda a lógica consumerista tem como base a hipossuficiência do consumidor. Por conseguinte, a pessoa jurídica somente será considerada consumidora se for a destinatária final do produto, e se demonstrada sua vulnerabilidade perante o fornecedor. Ordinariamente, presume-se que a pessoa jurídica é não-vulnerável.

A vulnerabilidade pode se configurar de diversas formas, pode ser técnica, jurídica, geral. Para sedimentá-la variados instrumentos são empregados como a utilização de conceitos vagos, indeterminados, a não entrega de documentos, contratos, etc. A vulnerabilidade é uma característica configurada de forma permanente ou temporária, e de forma individual ou coletiva, é um estado de sujeição, um sinal de necessidade de proteção⁵⁷.

A dependência econômica é própria e inerente ao contrato de franquia. Tal situação, *a priori*, poderia sujeitar o contratante ao chamado estado de vulnerabilidade fática, segundo o qual é verificada sempre que um dos contratantes que está em posição de monopólio, fático ou jurídico, apresente grande poder econômico, ou ofereça um produto ou serviço essencial

⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Campo de Aplicação do CDC*. p. 71. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

para o outro contratante, e, em razão disso, acaba por ter a sua disposição a manipulação da dependência econômica a seu favor.

Temos em muitos países o abuso da dependência econômica expressamente positivado na sua legislação, como é o caso de Portugal que no art. 7º da Lei 18/2003 traz, *in verbis*:

Artigo 7.º Abuso de dependência econômica

1 - É proibida, na medida em que seja susceptível de afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente.

2 - Pode ser considerada abusiva, designadamente

- a) A adopção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do artigo 4.º;
- b) A ruptura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da actividade económica e as condições contratuais estabelecidas.

3 - Para efeitos da aplicação do n.º 1, entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando:

- a) O fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e
- b) A empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável.

No Brasil, a repressão ao abuso da “dependência econômica” é realizada de variadas formas, contudo, a aplicação dos princípios previstos esparsamente no ordenamento jurídico tem papel fundamental sem o qual não seria possível fazê-la.

3.5.1. Aplicação do CDC ao contrato de franquia

De acordo com a teoria aqui exposta, e aquela adotada pelo nosso CDC (embora de certa forma já mitigada pela jurisprudência nacional), seria essencial para a pessoa jurídica se enquadrar como consumidora ser ela destinatária final do produto e se configurar com ente vulnerável.

O Superior Tribunal de Justiça em julgamento emblemático do REsp Nº 632.958 afirmou que não se aplicam as regras do CDC ao contrato de franquia, nos seguintes termos:

(...) não se pode ter como consumidor o franqueado, eis que sua situação, como acertadamente descrita no aresto fustigado, bem difere da conceituação contida nos arts. 2º e 3º do CDC, de modo algum enquadrando-se como destinatário final ou, mesmo, tendo-se

a franquia, em si, como espécie de produto ou serviço. (...)O contrato de franquia é, pois, essencialmente, figura de comércio, celebrado por comerciantes para fornecimento de produtos e serviços para terceiros, estes, sim, os destinatários finais. E, em não sendo os franqueados autores destinatários finais, as disposições da lei consumerista não lhes pode ser aplicada⁵⁸.

No entanto, o Judiciário brasileiro enfrenta nos últimos anos diversas ações nas quais os Tribunais têm caracterizado o franqueado como hipossuficiente e a ele aplica as disposições do CDC.

O julgamento da AI 59703610259 traz à baila a disposição do art.29 do CDC, de consumidor por equiparação, estabelecendo que “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Pode-se pensar que muitos empresários estão sujeitos às práticas comerciais abusivas previstas no referido capítulo do CDC e como tal, se equiparam a consumidores.

Como na definição de consumidor estrito senso, aqui também temos as correntes Maximalista e Finalista. A primeira acredita que qualquer um sujeito às práticas comerciais abusivas se enquadra no conceito de consumidor por equiparação do art. 29. Já os finalistas acreditam que além da sujeição a tais práticas o agente deve ser vulnerável, levam em conta toda a carga filosófica do CDC, para somente assim ser possível a equiparação proposta pelo art. 29 do CDC. Corrente essa adotada pelo Des. Antônio Jnyr no voto do agravo ante exposto.

Há na jurisprudência brasileira tendência à relativização da figura do consumidor e a aplicação do CDC a diversos outros tipos de contratos que não contratos tipicamente consumeristas. Os contratos interempresariais, aqueles realizados entre empresários, que visam exclusivamente à busca do lucro, têm, em situações concretas se sujeitado à aplicação do CDC pela atual jurisprudência brasileira. Para tanto, é utilizado o conceito trazido pelo art. 29 CDC sob a fundamentação dos finalistas. Assim, não é relevante se o sujeito é o

⁵⁸ Quarta Turma, REsp 632958 / AL, Rel. p. Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, unanimidade, DJE 29/03/2010.

⁵⁹ “Contrato de Adesão. Desequilíbrio entre as partes. Prevalência do foro da obrigação. Não é por se cuidar de relação de consumo, que não é, que se afasta sedizente eleição de foro, em contrato de franchise, senão porque demonstrada satisfatoriamente, a vulnerabilidade de um dos figurantes, evidenciando-se o desequilíbrio entre as partes do negócio, permitindo a aplicação do art. 29 do CDC, verdadeiro canal de oxigenação do ordenamento jurídico comum” (AI 597036102, j. 29.4.97, Des. ANTÔNIO JANIR DALL’AGNOL JÚNIOR, in Revista de Jurisprudência do TJRS, v. 184, p. 184 e ss).

destinatário final do produto, basta que ele seja vulnerável e sujeito a práticas comerciais abusivas.

No contrato de franquia como aqui tratado – aquele principal celebrado entre franqueador e franqueado – não nos parece que o franqueado seja o destinatário final do produto. Porém, tal fato é irrelevante, residindo a questão somente sob o prisma de estar o empresário submetido às “práticas abusivas” e ser ele vulnerável ou não para a possível aplicação do CDC. É de difícil aferição e caracterização tal vulnerabilidade. Hoje dispomos de muitos meios, fontes de informações de diversas áreas que podem elucidar os futuros franqueados acerca do negócio que pretendem se embuir.

É inegável a existência da dependência econômica no contrato de franquia, e, essa, por si só, nada tem de ilícita. O abuso e manipulação da dependência econômica por parte do franqueador e em seu benefício é que deve ser combatido.

Ainda que seja caracterizado o franqueado como ente vulnerável no caso concreto, não pensamos ser a aplicação do CDC como a mais correta em vista do bom funcionamento do mercado.

Existem variados instrumentos que podem e devem tutelar tal relação, como expusemos há toda a base principiológica da Constituição e do Código Civil, a Lei Antitruste, dentre outros.

Seguimos o entendimento de FORGIONI, que adverte que os contratos interempresariais possuem lógica própria, diversa dos contratos civis. Não queremos de forma alguma sedimentar o abuso do poder por aqueles empresários que desfrutam de uma situação econômica avantajada (no presente, o franqueador), todavia, “o vínculo entre ambos estabelece-se em torno ou em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, premidas pela busca do lucro, não se deve subsumi-lo à lógica consumerista, sob pena de comprometimento do bom fluxo das relações econômicas” (FORGIONI, 2009)⁶⁰.

Reconhecemos a existência da dependência econômica como inerente ao contrato de franquia, e o seu abuso deve ser tutelado. Porém, por se tratar de contrato interempresarial, e, com vistas a manter o bom fluxo das relações econômicas, conferir-lhes maior segurança jurídica, tal negócio deve sujeitar-se a tutela constitucional, civil, prescindindo da aplicação da

⁶⁰ FORGIONI, Paula Andréa, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, pg. 34.

lei especial consumerista, ainda que em casos específicos como a aplicação do art. 29 do CDC.

4. DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL

4.1. Qualificação do Desequilíbrio

O contrato de franquia encerra interesses comuns e divergentes entre franqueador e franqueado. Nele o conflito e a aliança, a confiança e a desconfiança convivem simultaneamente. Franqueador e franqueado buscam objetivos comuns e diversos, uma vez que a maximização dos lucros de uma pode ser obtida em prejuízo à remuneração da contraparte⁶¹.

Deve-se buscar harmonizar os interesses de modo a encontrar um ponto de equilíbrio entre as pretensões das partes. A referência ao “ponto de equilíbrio” não significa encontrar o sinalagma contratual perfeito, em que as prestações encontram-se totalmente equivalente às contraprestações. No entanto, as prestações e contraprestações devem manter entre si um mínimo de proporção aceitável⁶².

Embora o contrato de franquia seja um acordo no qual há essencialmente a figura da dependência econômica, não podemos tratar esse fato por si como indesejável. Caso a dependência econômica seja mantida nos termos contratados e conceda eficiência ao negócio jurídico, a ordem jurídica não deverá intervir.

O principal ponto de comum interesse entre franqueado e franqueador é a difusão junto ao mercado consumidor dos produtos, da marca, fornecidos pelo franqueador. Franqueado e franqueador mantém uma clientela comum, e o fortalecimento comercial de um conseqüentemente acarreta benefícios ao outro.

Todavia, trata-se de um contrato empresarial, e, o escopo de qualquer empresário é a maximização dos seus ganhos. A parte, ao celebrar um contrato, gostaria de vincular tão somente o outro contratante, e permanecer livre para deixar a relação a qualquer tempo, sem penalidade alguma, aproveitando a eventualidade de lhe ser apresentada uma melhor oportunidade de negócio. O agente econômico é naturalmente egoísta, se houver chance e principalmente, for economicamente vantajoso para ele, esse irá reorganizar-se independentemente da vontade do outro contratante, mesmo que para isso afronte a vontade e cause prejuízos a outrem.

⁶¹ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p 119.

⁶² *Ibid.*, p.120.

Surgem daí diversos interesses conflitantes entre as partes. Os franqueadores enfrentam a concorrência entre marcas semelhantes, de outros franqueadores e distribuidores, e que concorrem diretamente com seus produtos. Os franqueados por sua vez, além de também estarem sujeitos à concorrência externa, ou seja, de produtos semelhantes de outros distribuidores, ficam à mercê da concorrência interna; da própria concorrência entre a rede de franqueados.

O franqueador tem em mente a venda global de seu sistema, e para aumentá-la, se preciso, irá fazê-lo ainda que cause prejuízo a alguns franqueados. Esses, por seu turno, têm nas vendas que eles próprios realizam sua fonte de renda. As margens do franqueador e do franqueado não são necessariamente diretamente proporcionais. Pelo contrário, podem variar de forma inversamente relacionadas, em que o aumento do lucro de um implica na diminuição da margem do outro⁶³.

São diversas as situações nas quais o comportamento egoísta traz benefícios para o fluxo das relações comerciais. Por exemplo, a concorrência somente existe como consequência da busca em uma empresa superar as demais, ser mais competitiva no mercado, voltada ao seu benefício próprio⁶⁴.

Porém, o oportunismo e o egoísmo do agente franqueador podem prejudicar em demasia os outros contratantes que com ele celebraram negócios jurídicos, e, ao contrário de azeitar o fluxo das relações empresariais, diminuindo os custos de transação, acabam por lesar o mercado, ferindo o interesse geral do comércio.

4.2. Práticas abusivas

A celebração de um contrato poderá levar à alteração do comportamento de uma parte, em detrimento da outra, utilizando do oportunismo pós-contratual⁶⁵. Tal acontecimento é denominado pela doutrina como “risco moral” (“moral hazard” - denominação da doutrina econômica utilizada nas análises jurídicas). Todos os agentes estão sujeitos à modificação do comportamento pós-contratual dos outros contratantes, especialmente em contratos de longa duração. É o caso, por exemplo, do contrato de seguro, no qual após sua contratação, o segurado deixa de ter os mesmos cuidados que anteriormente guardava sobre o bem segurado,

⁶³ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 429-123.

⁶⁴ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p 112.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 146.

aumentando o risco do mesmo de sofrer algum sinistro, deixando de cumprir com seu dever de cuidado.

Classificaremos a exploração da dependência econômica, por meio de práticas abusivas, em três grupos: (i) imposição pelo franqueador de condutas e condições contratuais gravosas; (ii) imposição pelo franqueador de condutas e condições contratuais discriminatórias e (iii) a adoção de condutas para dificultar ou romper a continuidade das relações comerciais duradouras, como uma sanção ao empresário dependente por esse ter recusado cláusulas e condições gravosas ou discriminatórias⁶⁶. Tal classificação é meramente didática, pois conforme veremos, muitas vezes as três práticas se misturam.

4.2.1. Imposição pelo franqueador de condutas e condições contratuais gravosas

A análise e qualificação da conduta ou condição contratual como gravosa, tem como fundamentos elementos objetivos; assim, uma conduta seria gravosa se: (i) atribuísse ao franqueador preponderante vantagem injustificada, incompatível com o fim econômico do contrato; (ii) violasse o princípio da boa-fé objetiva e; (iii) caso estabelecesse um desequilíbrio substancial entre direitos e obrigações⁶⁷.

Por óbvio devemos considerar no momento da interpretação, as peculiaridades do negócio jurídico tratado. A ilicitude, a condição mais gravosa, somente se configurará quando da incompatibilidade dessa com o fim econômico inicialmente pactuado e pretendido pelo contrato. Ou seja, quando alterado o equilíbrio econômico contratado.

Exemplificadamente é prática corrente no negócio da franquia o estabelecimento da obrigatoriedade de manutenção de um estoque mínimo de produtos, determinado pelo franqueador. É preciso que o franqueado tenha uma quantidade satisfatória de produtos em seu estoque que permita a eficiência do sistema como um todo, bem servindo o consumidor⁶⁸. Porém, a partir do momento em que o revendedor é obrigado a adquirir uma quantidade mínima de produtos, fará o possível para desová-lo, mesmo sacrificando o lucro esperado. Melhor recuperar o investimento, ou parte dele, do que amargar prejuízo.

Consciente dessa realidade, o franqueador força o franqueado a adquirir quantidade superior à necessária, pois assim irá aumentar suas vendas em detrimento dos ganhos do

⁶⁶ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de Dependência Econômica nos Contratos Interempresariais de Distribuição*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - USP, 2007. p. 105.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 106.

⁶⁸ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 129.

franqueado. O estoque acima da linha de eficiência gera ganhos somente ao franqueador e prejuízos, ou, perda de ganhos, ao franqueado⁶⁹. Ou ainda, a conduta poderá revelar-se gravosa quando ficar claramente demonstrado para o franqueador que o produto não tem aceitação no mercado local e que a manutenção dos estoques contratados enseja custos injustificados ao franqueado. Caso o franqueador insista na prática, poderá ser caracterizada exploração abusiva do estado de dependência por imposição de condição.

Ainda no tocante ao estoque, pode o franqueador impor ao franqueado a venda de produtos diversos daqueles que seriam a finalidade da franquia. O franqueador aproveita do seu poder relacional sobre o franqueado impingindo-lhe produtos e serviços indesejados, e mais, que estão fora do escopo da franquia. Por exemplo, imaginemos que uma franquia tem por objeto-fim a comercialização de chocolates. Seria abusivo a franqueadora impor ao franqueado a compra de um livro relatando a história de vida do dono da franquia, de como começou a produzir os primeiros produtos e a história de sucesso de sua rede.

O interesse do franqueador não se esgota no momento da venda dos produtos aos franqueados. Muitas vezes faz-se necessário controlar o preço de venda final dos produtos, evitando-se que o comportamento oportunista dos franqueados não entrave o escoamento da produção.

A imposição do preço máximo de revenda dos produtos pode funcionar como um bom referencial de mercado, adequando os bens a preços que possibilitem certo lucro, mantendo-os em um nível competitivo.

Entretanto, a fixação pelo franqueador de preços excessivamente baixos, se comparados aos de mercado, poderá acarretar perda nos lucros do franqueado. O franqueador estará abusando da dependência econômica impondo novos preços máximos, muito menores do que os praticados, porém, que lhe permitiriam maiores ganhos globais - afinal, *a priori*, se sobressairia na disputa entre marcas. Essa situação mostra-se extremamente preocupante no contrato de franquia, pois, em virtude da dependência de sortimentos, o franqueado tem reduzidas suas expectativas de lucro em detrimento do ganho do franqueador.

Diante de tal situação estaria caracterizado o abuso de direito, pois, conforme entendimento aqui exposto, o ganho global do sistema não iria compensar o franqueado das

⁶⁹ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.130.

perdas advindas da diminuição da sua margem de lucro aferida na comercialização dos produtos.

4.2.2. Imposição pelo franqueador de condutas e condições contratuais discriminatórias

Caracterizar-se á o abuso quando o franqueador impuser aos franqueados condições diferenciais de preço, quantidade ou qualidade, não adotados frente a outros franqueados em condições semelhantes. Essa idéia visa evitar que o franqueador obtenha proveito da dependência econômica para conseguir tratamento diferenciado junto ao dependente⁷⁰.

Consideremos que um franqueador possui em sua rede lojas próprias concorrendo com lojas autônomas de franqueados e que passe a impor ou conceder condições diferenciadas para as primeiras. Haveria abuso de dependência econômica, pautado nas condutas discriminatórias adotadas pelo franqueador, oferecendo condições vantajosas para lojas que lhes são próprias em detrimento daquelas autônomas de franqueados. Nesse sentido argumentou a Associação dos Franqueados Independentes do McDonalds em processo administrativo⁷¹ junto ao CADE:

Ainda no sentido de criação de dificuldades à manutenção e ao desenvolvimento dos franqueados, suscita-se, por exemplo, o fato de o Mcdonalds (i) **estabelecer condições diferenciadas entre franqueados** para a concessão do *Temporary Rent Adjustment* e (ii) **impor condições diferenciadas entre lojas próprias e franqueados independentes, tais como diferenciação de promoções, diversidade de custos que impedem as lojas independentes de acompanharem as promoções praticadas pelas lojas próprias.**

A demonstrar a discriminação entre as lojas próprias do Mcdonalds e as de seus franqueados, a AFIM destaca, por exemplo: (i) o Representado ter dado continuidade a promoções (Ex.: Promoção “Filhotes”, em setembro de 2002) **apenas em suas lojas próprias**; (ii) como os franqueados possuem custos mais elevados, muitas vezes eles se vêem **impedidos** de aderir às promoções lançadas pela rede, o que inviabiliza a competição com as lojas próprias do Mcdonalds, instaladas na mesma área de influência dos referidos franqueados; (grifos nosso).

⁷⁰ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de Dependência Econômica nos Contratos Interempresariais de Distribuição*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - USP, 2007. p. 107.

⁷¹ Processo Administrativo nº 08012.003005/2002-37, CADE.

4.2.3. Imposição de Condutas e Condições que visam dificultar o desenvolvimento ou romper relações comerciais

No acima exposto, exemplificamos situações abusivas que são trazidas pelos franqueadores e tentam ser impostas aos franqueados. Esses, normalmente aceitam as condições, posto que, dependem do negócio. Porém, o agente econômico pode recusar-se a adotar determinadas práticas ou aceitar certas situações. Em face do quadro dessa recusa pode o franqueador dificultar ao máximo a execução do contrato vigente por meio de condutas diversas, frustrando o interesse do franqueado na continuação do vínculo. Tais ações podem significar alterações nas políticas comerciais não previstas em contrato, como, por exemplo, custeio do frente, forma de pagamento, atraso na entrega de mercadorias, recusa de venda de materiais promocionais, etc. O franqueador irá trabalhar no sentido de desestimular o franqueado a cumprir o fim econômico do contrato, e a querer o rompimento, por sua culpa, liberando-o de eventual indenização.

4.2.4. Conflito na quebra dos territórios

Um importante instrumento para diminuir as margens do franqueado, e em muitos casos forçá-lo à rescisão contratual, é a quebra da exclusividade territorial. O franqueador considera o aspecto territorial na sua totalidade geográfica, no todo do mercado em que atuam seus franqueados. Esses têm sua designação territorial limitada à região em que propriamente atuam. Ordinariamente, os contratos de franquia geralmente estabelecem cláusulas de exclusividade territorial, que funcionam como norte e fornecem segurança aos franqueados dos seus potenciais ganhos. Porém, as circunstâncias fáticas podem levar o franqueador (impingido pelo aumento do ganho global do sistema) a impor a quebra da exclusividade territorial ao franqueado, valendo-se da premente necessidade desse de aceitar as novas condições ou optar pela denuncia do contrato segundo art. 473 do CC.

Tal é a alegação da Associação dos Franqueados Independentes do McDonalds em processo administrativo⁷² junto ao CADE:

Além disso, haveria uma “canibalização” do negócio por parte do Mcdonalds, na medida em que o Representado, **após** assinar o contrato de franquia, abre novos restaurantes **na área de atuação do franqueado**, que, em pouco tempo, passa a enfrentar concorrência do próprio franqueador, **perdendo, portanto, de 20 a 30% de seu faturamento**. O

⁷² Processo Administrativo nº 08012.003005/2002-37, CADE, parecer SDE, disponível em <http://portal.mj.gov.br>, acessado em 20 de agosto de 2013.

McDonalds justificaria essa atitude alegando que precisa abrir mais restaurantes para ocupar novos pontos e, com isso, eliminar a possibilidade de outras redes de fast food se estabelecerem na região, o que faria, portanto, com que a concorrência fosse eliminada às custas dos franqueados já instalados. (...) A AFIM alega que a predação vertical pode ser comprovada pelo fato de **lojas de franqueados da AFIM não terem sido incluídas** nos panfletos que contêm as lojas McDonalds localizadas na região do centro da cidade de São Paulo, apesar de elas pagarem o valor estipulado no contrato destinado à publicidade das atividades do Representado. O resultado dessa prática seria a saída de vários franqueados do mercado; (grifos nosso).

4.3. O abuso da dependência econômica e o abuso de direito previsto no art. 187 do CC

O art. 187 do Código Civil traz o abuso de direito nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os **limites impostos pelo seu fim econômico** ou social, pela **boa-fé** ou pelos bons costumes. (grifos nosso).

Assim, segundo os termos do Diploma legal, ficará caracterizado o abuso de direito mediante abuso de dependência econômica quando o exercício das prerrogativas contratuais for contrário aos objetivos almejados por seu fim econômico ou boa-fé⁷³.

O fim econômico pretendido pelas cláusulas que asseguram ao franqueador os direitos sobre a franquia devem ser entendidos como o aumento do grau de eficiência jurídica global do escoamento da produção, sem a injusta exploração dos franqueados. A boa-fé aludida é aquela objetiva, o comportamento esperado de comerciantes probos e cordatos, que confere maior grau de segurança e previsibilidade aos negócios jurídicos.

Como interpretar os atos mercantis, saber o que é o exercício pleno de um direito ou o abuso desse? Não devemos adotar uma postura extrema, pois a proteção demasiada do franqueado levará a um desestímulo pela opção da franquia ao franqueado; e, de outro lado, uma tutela excessiva ao franqueador, em respeito ao que teria sido pactuado “livremente”, à “vontade das partes”, poderia mostrar-se desastrosa, permitindo a exploração da parte em dependência econômica. Devem ser estabelecidos padrões interpretativos que balizem a atuação dos empresários entre aquilo que é exercício de direito e o que já é abuso de tal direito⁷⁴.

⁷³ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 428.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 429-430.

4.4. A eficiência jurídica do sistema de franquia como parâmetro interpretativo e o comportamento abusivo do franqueador

A eficiência jurídica deve ser vista como a aptidão do sistema de funcionar segundo atos lícitos. De acordo com alguns autores, os atos e restrições impostas por uma parte, que geram aumento do escoamento da produção, ainda que causem prejuízos aos distribuidores (franqueados), porém, que não causem prejuízo para o mercado, devem ser considerados lícitos⁷⁵. Tais autores se baseiam apenas no critério econômico, na eficiência econômica e prescindem da racionalidade jurídica.

É possível que o franqueador, de forma abusiva, e com o pretense fim de “aumentar a eficiência econômica do sistema”, acarrete perdas ao franqueado que não são compensadas pelo ganho global (aumento no grau de distribuição, maior eficiência econômica), revertendo-se principalmente em benefício do próprio franqueador.

Conforme assevera Paula Andréa Forgioni⁷⁶:

A eficiência da distribuição, para fins jurídicos, parte do interesse comum na atividade de escoamento da produção, mas leva em conta também as perdas experimentadas por uma das partes, bem como a boa-fé e a proteção das legítimas expectativas dos contratantes. Se o ato implicar prejuízo ao distribuidor, não compensado pelos ganhos globalmente tomados em conta, há de ser considerado abusivo; caso contrário, dar-se-ia proteção aos interesses egoísticos (e juridicamente ineficientes) de uma das partes, geralmente aquela de maior poder econômico.

O afirmado ponto de vista tenta impedir o comportamento oportunista e egoísta dos agentes econômicos, melhorando a eficiência e previsibilidade do sistema. Portanto, somente ocorrerá abuso se o franqueador adotar uma postura unilateral na qual os ganhos globais do sistema – melhora na eficiência da atividade de escoamento da produção - não compensaram ao franqueado suas perdas. A obediência à eficiência jurídica requer o atendimento à função social e do fim econômico do contrato, da boa-fé e da proteção da legítima expectativa da contraparte⁷⁷.

⁷⁵ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 430-431.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 431.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 433.

Cumpra esclarecer que o parâmetro da eficiência jurídica aqui tratado, em face do art. 187 do CC, é diferente daquele que subsidia a interpretação e incidência do art. 20 da Lei Antitruste. Nessa, deve-se considerar o prejuízo concorrencial, ou seja, o dano ao mercado⁷⁸.

4.5. Modificação ou prorrogação coativa da avença e dependência econômica

O mercado é dinâmico, está em constantes transformações conjunturais. Essas mudanças podem fazer com que o contrato pactuado em determinadas situações já não seja mais eficiente para regular a avença e haja a necessidade de adaptar as bases inicialmente contratadas.

É claro no nosso ordenamento que o juiz não pode negociar pelas partes e que, somente em raras situações determinadas por texto normativo, há a contratação obrigatória. Deve ser imposta à parte uma nova contratação ainda que essa traga benefícios e ganhos ao sistema? O Judiciário tem a faculdade de autorizar a supressão de direitos contratuais em prol da maior eficiência do negócio? Obviamente a resposta a esses questionamentos deve ser negativa. Não se pode impelir alguém a contratar porque uma nova contratação será melhor para as partes, tampouco obrigar a renovação de um vínculo desde que os negócios estivessem andando bem⁷⁹.

A modificação ou prorrogação da avença somente terá lugar se obtida do consenso dos contratantes, independentemente das supostas “condições mais favoráveis” ao sistema. Tal posição visa fortalecer a segurança, previsibilidade e o respeito aos vínculos contratuais, melhorando os fluxos das relações econômicas. Assim, somente cabe ao agente econômico, excetuado aqueles casos expressamente previstos no ordenamento jurídico, decidir sobre a melhor forma de atuar, se contratando ou não.

No entanto, deve-se ressaltar que estar o juiz desautorizado a negociar pelas partes é completamente diferente do que permitir o exercício abusivo de direito.

4.6. Dependência econômica e lesão

O art. 157 do Código Civil assim descreve o instituto da lesão, *in verbis*:

⁷⁸ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 435.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 437- 438.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob **premente necessidade**, ou por **inexperiência**, se obriga a **prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta** (grifos nosso).

Partindo da premissa que utilizamos no presente trabalho, apresentando o contrato de franquia como um contrato empresarial, não é admissível que o instituto da lesão tenha lugar entre negócios havidos por franqueadores e franqueados fundamentado na “inexperiência” de um dos contratantes. Isso porque esses são agentes econômicos hábeis, perspicazes e devem exercer a profissão de mercadores de forma prudente. O sistema jurídico não tutela o agente econômico incompetente ou que atua sem a diligência necessária esperada dos mercadores naquele segmento da economia.

No que tange à “premente necessidade”, não podemos dissociá-la da vida empresarial. O agente econômico realiza a todo instante inúmeras operações de risco, pautadas em necessidades urgentes.

O “prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” tem lugar nos contratos de execução única ou diferida, não abrangem contratos de longa duração. O franqueador faz investimentos específicos, adquire estoque mínimo com a perspectiva de lucro após determinado tempo, não podemos analisar, por exemplo, as obrigações de compra de estoque, destinadas a uma das etapas do negócio, de forma isolada.

Todavia, Paula A. Forgioni expõe a possibilidade de se aplicar o instituto da lesão nos contratos interempresariais de longa duração, como é o caso da franquia. Para a autora poderiam existir “na prática negocial situações em que o distribuidor em situação de dependência econômica, para não ser expulso do mercado, prefere aceitar novas condições contratuais absolutamente despropositadas por parte do fornecedor, que faz prevalecer seu oportunismo e egoísmo”⁸⁰.

Imaginemos que “A” é um franqueador de lojas que vendem chocolates artesanais. O franqueador “A”, celebra um contrato com o franqueado “B”, no qual lhe garante exclusividade de distribuição em determinado território. Para celebrar tal contrato o franqueado “B” efetuou investimentos específicos e irrecuperáveis, celebrando o contrato por prazo indeterminado. Obviamente, “B” como um empresário diligencioso calculou que o contrato vigoraria por tempo suficiente para permitir a recuperação de seu investimento e a obtenção de lucros. Após um ano de vigência, o território de atuação de “B” mostra-se um

⁸⁰ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 444.

mercado extremamente promissor e o franqueador pretende que o franqueado abra mão de sua exclusividade para que possa fornecer o negócio a outros empresários aumentando o escoamento do seu produto, instalando outras unidades franqueadas naquele território. O franqueador deixa claro que caso o franqueado não renuncie à sua exclusividade, o contrato será rompido unilateralmente. Excetuando o caso do art. 473 do CC – no qual a denúncia só produziria efeito após decorrido o prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos realizados para a execução contratual⁸¹ - caso o franqueado sucumbisse à imposição do franqueador, restaria configurada a lesão.

A dependência econômica qual está sujeita o franqueado pode caracterizar-se como o estado de “premente necessidade” de contratar, não poderia ele deixar de efetuar o negócio sem suportar elevados infortúnios. Assim, segundo Forgioni, a lesão poderia se concretizar no contrato de franquia.

4.7. Extinção do contrato de franquia e dependência econômica

O contrato de franquia poderá se extinguir ao menos por cinco meios diversos: (i) ocorrência do termo final do prazo contratual; (ii) rescisão bilateral; (iii) rescisão unilateral; (iv) resolução e (v) resolução superveniente⁸².

A ocorrência do termo final do prazo contratual da avença não traz mais problemas pois ocorre aquilo que as partes contrataram sem maiores infortúnios, com o advento do tempo, o contrato restaria extinto ordinariamente.

As hipóteses de rescisão bilateral somente terão relevância em casos excepcionais, por exemplo, consentimento viciado por erro, dolo, lesão, estado de necessidade, coação ou abuso de direito. Nessas hipóteses, o distrato não será meio apto a ensejar a cessação do contrato, podendo caracterizar-se o abuso da dependência econômica, principalmente quando em momento subsequente há a conclusão de outro contrato. Imaginemos a hipótese em que o franqueador impõe o distrato para, em seguida, estabelecer novo vínculo com o franqueado, porém, em condições muito inferiores àsoras distratadas⁸³.

A resolução superveniente tem suas bases na teoria da imprevisão e a resolução por onerosidade excessiva. Ambas se caracterizam pela ocorrência de “acontecimentos

⁸¹ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 444.

⁸² MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de Dependência Econômica nos Contratos Interempresariais de Distribuição*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - USP, 2007. p. 140.

⁸³ *Ibid.*, mesma página.

extraordinários e imprevisíveis” que tornem a prestação de uma das partes “excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra”.

Destacaremos dois momentos principais nos quais o abuso de dependência econômica poderá se apresentar na fase de extinção do contrato: a rescisão unilateral do contrato por prazo indeterminado e as hipóteses de resolução⁸⁴.

Via de regra, as hipóteses de resolução decorrem de práticas de abuso de dependência econômica. Ou seja, na presença de determinadas imposições, condições, condutas gravosas e discriminatórias, faculta-se à parte dependente à resolução do contrato. A rescisão abusiva se caracterizará pelo modo com que a parte, de posse da prerrogativa resilitória, a executará.

4.8. Abuso de dependência econômica e resolução do contrato

A resolução contratual poderá ser motivada pelo abuso do franqueador – por meio da imposição de condições e cláusulas contratuais gravosas e discriminatórias, alterando as circunstâncias do contrato - sempre que sua conduta contrariar as obrigações assumidas pela parte, ensejando a incidência de cláusula resolutiva expressa ou tácita.

4.9. Rescisão unilateral e abuso de dependência econômica

O contrato de franquia pode ser por prazo determinado ou indeterminado. A rescisão unilateral se opera de modo diverso em ambos os casos. No caso do contrato por prazo determinado, a rescisão unilateral não é admitida, via de regra, sem o pagamento da respectiva indenização. No contrato por tempo indeterminado a situação é um pouco mais complexa. Cumpre primeiramente esclarecer alguns casos em que o contrato, apesar de expressamente não ser tratado como de prazo determinado, ele o é por equiparação.

Nas hipóteses de renovações sucessivas contratuais por prazo determinado pode o magistrado entender que na verdade trata-se de um único contrato por prazo indeterminado, aplicando a ele a respectiva disposição dos contratos sem um prazo fixo preestabelecido.

Suponhamos um franqueador que celebra contrato de franquia com um franqueado pelo período de cinco anos. Após o início da execução da avença as partes acabam renovando o vínculo por iguais períodos e sucessivas vezes. O franqueado consolida a marca do franqueador na região; o retorno ao fabricante torna-se mais rentável somente se essas

⁸⁴ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de Dependência Econômica nos Contratos Interempresariais de Distribuição*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - USP, 2007. p. 141.

instalarem lojas próprias na região. Não por acaso, o franqueador condiciona a renovação do contrato à diminuição do vínculo contratual e no momento oportuno nega-se a renovar o contrato sem qualquer aviso prévio ou pagamento de indenização⁸⁵.

Em caso semelhante, só que tratando de contrato de distribuição de bebida, já decidiu a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão relatado pelo Em. Desembargador Adão Sérgio do Nascimento CASSIANO, nos termos:

(...) esses contratos de longa duração, de trato sucessivo, execução diferida no tempo, mesmo que, muitas vezes, possuam cláusulas até de renovação anual, na verdade essas cláusulas são contra o próprio consenso entre as partes, que têm presente, sempre, o intuito de prosseguimento ao longo de um grande espaço de tempo de duração desses contratos. Quer dizer, colocam-se essas cláusulas para que a fabricante possa, depois, buscar escapar da indenização que é, sim, devida. Afinal, essas cláusulas que assim autorizam, como referido, contrariam todo o espírito da relação jurídica estabelecida entre as partes. Nesses pactos, mesmo que haja prazo certo, há sempre a expectativa de continuidade, inclusive porque já houveram investimentos e mobilização de estrutura material, pessoal e de mercado (...).

Nesse sentido, corrobora Forgioni:

Tratando-se de contratos de distribuição nos quais uma das partes encontra-se em evidente posição de superioridade em relação à outra, é preciso verificar se não se está diante do ardid de estipulações de prazo determinado que encubram contratos com término indefinido, que subsistem às vezes por longo tempo. Não é incomum que uma parte imponha à outra a celebração de ajuste por 'prazo determinado'. O contratante forte busca, dessa forma, esquivar-se do pagamento da indenização, caso decida não mais continuar o negócio, além de manter uma espada de Dâmocles sobre o distribuidor, aumentando seu poder sobre ele⁸⁶.

Definido um contrato como de prazo indeterminado, mesmo que por equiparação, entendia-se que diante da ausência de culpa, poderia o franqueador proceder à sua rescisão unilateral, sem justo motivo, a qualquer tempo e, para tanto não deveria pagar qualquer espécie de indenização ou ressarcimento ao franqueado em decorrência da rescisão.

Razão simples para o dispositivo seria não prender o contratante eternamente em uma avenca, facultando-lhe a possibilidade de renunciar a ela caso assim desejasse. Porém, diante das peculiaridades que cercavam os contratos interempresariais de longa duração,

⁸⁵ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de Dependência Econômica nos Contratos Interempresariais de Distribuição*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo - USP, 2007. p. 143.

⁸⁶ FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 487.

especialmente aqueles nos quais há dependência econômica, não se tardou a excepcionar a regra.

Assim, editou-se o parágrafo único do art. 473 do Código Civil nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a **natureza** do contrato, uma das partes houver **feito investimentos consideráveis** para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito **depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos** (grifos nosso).

O contrato não poderá ser terminado de forma abrupta, sem aviso prévio e tempo razoável ao franqueado. Anote-se que “tempo razoável” é algo que deve ser determinado casuisticamente, considerando diversas variáveis.

Também será abusiva a denúncia realizada pelo franqueador após o incentivo por novos investimentos do franqueado (como mudança de layout, renovação de maquinário, etc.).

A denúncia unilateral que represente represália do franqueador à resistência do franqueado às imposições de condições contratuais mais gravosas ou discriminatórias também pode se caracterizar como abusiva. Tomemos, por exemplo, o citado caso do franqueado que é impelido a abrir mão da exclusividade territorial e diante da sua negação em anuir com o fornecedor, recebe notificação para rescisão imediata, sem prazo razoável.

4.10. Negativa de renovação contratual sem aviso prévio

A negativa de renovação do vínculo contratual sem aviso prévio, ou com aviso de prazo exíguo, por parte do franqueador, pode se equiparar à rescisão unilateral abusiva. Uma vez que a renovação é prerrogativa do franqueador, cabe a esse informar o franqueado da sua decisão com um prazo de antecedência razoável. O lapso temporal deve ser suficiente para que o franqueado organize seu fluxo de caixa, seus estoques, diminuindo as possíveis perdas, evitando novos investimentos idiossincráticos.

O fundamento dessa equiparação reside nos efeitos práticos da ausência de aviso prévio, uma vez que diante da sua inexistência, o franqueado se organiza como se nada de

inesperado, no sentido de uma resolução, fosse acontecer de modo tão repentino, organizando seu negócio ordinariamente, orientado pela expectativa que mantinha.

A ausência do aviso prévio, ou, o aviso de prazo razoável por parte do franqueador, viola o pleno dever de lealdade e boa-fé contratual, constituindo verdadeira exploração abusiva do estado de dependência econômica, pois deixa o franqueado sem alternativas equivalentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A princípio da obrigatoriedade dos contratos é mitigado quando existem alterações substanciais, por fatos extraordinários e imprevisíveis que alteram as circunstâncias quais o contrato foi pactuado, modificando a execução dos contratos de execução continuada ou diferida, possibilitando sua revisão ou resolução.

Antônio Junqueira de Azevedo⁸⁷ nos ensina que:

A primeira tentativa de explicar a resolução ou a revisão dos contratos de execução periódica ou diferida no tempo, por força de alteração das circunstâncias iniciais sob as quais as partes acordaram, se prende à cláusula *rebus sic stantibus*.

A *rebus sic stantibus* traz a noção de que o contrato deveria ser cumprido somente se as coisas “permanecessem assim” ou, se mantenham no mesmo estado em que foram contratadas. Todavia, ela considerada de forma isolada deixou de ser elemento suficiente para que um contrato pudesse ser revisto ou resolvido. Agora, deve haver o elemento fundamental das novas condições serem imprevisíveis⁸⁸, evoluindo e fundamentando a *rebus sic stantibus* para as teorias da imprevisão no direito francês, a alemã da base do negócio e a da onerosidade excessiva no direito italiano.

A teoria da imprevisão propõe a possibilidade de revisão ou resolução do contrato pela superveniência de fatos futuros imprevistos e razoavelmente imprevisíveis na ocasião da contratação, alterando o estado de fato no qual se deu a convergência das vontades, acarretando uma onerosidade excessiva para um dos estipulantes.

Importante destacar que “caso fortuito” ou “força maior” não se confundem com os requisitos da teoria da imprevisão, possuindo fundamentos e consequências diversas. Aqueles devem ser completamente imprevisíveis, acarretando a impossibilidade absoluta de execução da prestação. O devedor não responde pelos prejuízos causados por caso fortuito ou força maior. Na imprevisão, a prestação ainda é possível de ser cumprida, embora de difícil consecução. Não se está excluída a possibilidade de alguma reparação razoável do devedor ao credor.

⁸⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira. A alegação da lesão. Se não-cabimento na relação entre prestação e contraprestação de contrato entre comerciantes. *Estudos e Pareceres de Direitos Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.120.

⁸⁸ “ A impossibilidade de prever a mudança desse estado veio a ser considerada condição indispensável à modificação do conteúdo do contrato pela autoridade judicial, ou à sua resolução. Julgou-se esse requisito tão importante que a construção nova passou a se conhecer sob a denominação de *teoria da imprevisão*”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.43.

A imprevisão está pautada em alterações extraordinárias, mudanças normais são previsíveis e constituem o próprio risco do negócio, e mais, a capacidade de prevê-las ou não poderá determinar o maior sucesso de um contratante em desfavor do outro. Nesse sentido, Orlando Gomes afirma que as alterações devem decorrer de circunstâncias extraordinárias, mudanças ordinárias constituem uma das próprias razões que motivam o indivíduo a contratar, garantindo-o contra as variações que trariam inseguranças ao seu negócio. Ainda que o agravamento da condição econômica da parte derive de onerosidade contratual que poderia ser razoavelmente prevista, não deve o contratante pretender a resolução do contrato ou a alteração do seu conteúdo. Sendo a alteração razoavelmente previsível, prevalece a obrigatoriedade da avença⁸⁹.

A teoria da base do negócio afirma que os contratos se firmam sobre fundamentos, a chamada base do negócio. Essa, no seu aspecto subjetivo, é algo comum das partes, não faz parte do conteúdo contratual, só pode ser determinada pelas próprias partes⁹⁰. É uma representação dos contratantes acerca das diversas condições nas quais se fundam o negócio, as circunstâncias em que se baseiam a vontade contratual.

Os contratantes estão obrigados à boa-fé e o devedor ficaria desobrigado da prestação caso houvesse alteração significativa na sua base de negócio. Todavia, o reconhecimento de uma das partes acerca da base de negócio subjetivo da outra implicaria uma certa dificuldade na aplicação de tal teoria gerando insegurança jurídica ao instituto. Mais do que isso, se nenhuma das partes houvesse verdadeiramente tido uma representação sobre a base negocial da outra, o problema do desequilíbrio contratual ficaria sem solução⁹¹.

A teoria da onerosidade excessiva tem desenvolvimento fundamental na Itália, principalmente após a Primeira Guerra Mundial. O problema a ser solucionado foi como a influência de um evento (no caso, a Guerra) afetaria o cumprimento dos contratos entabulados antes da Guerra. Ainda era possível o adimplemento das prestações, porém, haveria uma onerosidade excessiva para a parte cumpri-la⁹².

⁸⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.42-44.

⁹⁰ Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardoso. *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo –USP. São Paulo, 2009. p. 68.

⁹¹ *Ibid.*, mesma página.

⁹² *Ibid.*, p. 80.

A doutrina italiana exige alguns requisitos para a intervenção nos contratos⁹³: (i) que o contrato seja de execução continuada, periódica ou diferida no tempo; (ii) a prestação ainda não pode ter sido adimplida e (iii) a onerosidade deve ser excessiva, consequente de evento extraordinário e imprevisível. Na presença de todos esses requisitos, é possível resolver o contrato por justa causa ou determinar a sua adequação às novas circunstâncias.

A onerosidade excessiva vem tratada no Código Civil Brasileiro no art. 478, *in verbis*:

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 (grifos nosso).

O art. 478 limita seu campo de aplicação aos contrato de execução continuada ou diferida. O tempo integra a causa final do negócio e seu advento é desejado pelas partes, pois, só assim, será possível executar o contrato e a prestação ser adimplida. É o caso do contrato de franquia em que as partes querem uma prestação que naturalmente se consolida no tempo. Se não fosse o efeito do tempo nas relações contratuais não haveria lugar o problema da onerosidade excessiva. No contrato de franquia, o advento do tempo é desejado pelas partes para que ambas possam implementar suas respectivas prestações, sendo caracterizado por contrato de execução continuada.

A onerosidade se caracteriza quando há prestações recíprocas, ou seja, quando a parte se presta a um sacrifício vislumbrando uma prestação que o compensaria. Há paridade de posições entre as partes que fazem um juízo acerca da conveniência em assumir uma perda pela vantagem oferecida. É uma relação de correspectividade entre atribuições patrimoniais de equivalência subjetiva entre sacrifícios e vantagens, ou seja, o contrato estará equilibrado desde que as partes acreditem que seu sacrifício patrimonial irá compensar seu ganho.

Onerosidade excessiva é a perturbação desse equilíbrio em desfavor de um dos contratantes, o que se recebe já não mais compensa aquilo que se dá. O que causa o desequilíbrio não é a alteração de alguma situação subjetiva do devedor, porém, modifica-se a relação objetiva entre as atribuições patrimoniais.

⁹³ Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardos. *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo –USP. São Paulo, 2009. p. 82.

É condição *sine qua non* esclarecermos os sentidos dos termos “subjetivo e objetivo”. Conforme dito, a onerosidade traz consigo uma idéia de equivalência subjetiva, ou seja, foram os contratantes que entenderam que as prestações eram equivalentes. Todavia, a partir da pactuação contratual dessa relação o equilíbrio subjetivo reconhecido ganha existência própria, passando a ser referencial objetivo de equilíbrio, independentemente da vontade das partes. É o mesmo que afirmar que as prestações dispostas no contrato oneroso, depois de sua formulação, guardam entre si uma necessária relação de equivalência. Tomando-se por base essa relação constituída é que deveremos, objetivamente, analisar se, supervenientemente, ela permanece na mesma proporção ou se foi desequilibrada⁹⁴. Assim, na onerosidade excessiva, a prestação torna-se tão gravosa que uma das partes não consegue mais encontrar correspectividade na outra prestação. O (des)equilíbrio emergido durante a fase da execução deve ser contraposto àquele originalmente estabelecido.

Não podemos de forma alguma confundir a dependência econômica inerente ao contrato de franquia com a pré-existência da onerosidade excessiva. Ao contratar a parte já está ciente da situação de dependência econômica, e, realiza diversas deliberações no sentido de analisar que seu sacrifício será compensado pelas vantagens obtidas das contraprestações. Assim, firma o contrato que está subjetivamente equilibrado. Somente o abuso, a exploração da dependência econômica irá mudar o equilíbrio avençado, que deve ser analisado por meio de padrões objetivos.

A obtenção de “excessiva vantagem” por uma das partes é um dos requisitos para se aplicar a teoria da onerosidade excessiva. Salienta-se que a vantagem relevante só é aquela extrema, a vantagem pouco significativa não tem relevância. Isso, pois, imaginemos que uma parte sofra desproporção na sua prestação, contudo, diante do mesmo fato superveniente a outra parte também esteja arcando com um elevado aumento nos seus custos de produção, por qual razão haveria de reajustarmos o contrato em favor de um dos contratantes?⁹⁵

Nesse sentido o julgamento da Apelação Cível N ° 7.243.368-2, 21ª Câmara de Direito Privado, relatado pelo Des. Itamar Gaino, j. 17 de Junho de 2009 reconhecem a necessidade de se observar o beneficiamento do credor em face do desequilíbrio imposto ao devedor:

⁹⁴ Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardos. *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo –USP. São Paulo, 2009. p. 98.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 107.

Ao juiz não é dado olhar apenas para a situação do devedor. Deve averiguar se efetivamente está acontecendo o desequilíbrio na relação contratual de natureza continuada, ou seja, se o credor está se beneficiando indevidamente à custa do devedor.

Eventos extraordinários são os que apesar de poderem ser genericamente previstos, não entram no andamento ordinário das coisas mundanas. São aqueles que raramente ocorrem.

O imprevisível é aquilo que não poderia ser legitimamente esperado pelas partes, de acordo com sua justa expectativa; devemos considerar as circunstâncias concretas do negócio, a capacidade de previsão do agente, levando em conta sua racionalidade limitada; e as características do ramo de atividade no qual a prestação devida está inserida⁹⁶.

Tais teorias devem ser aplicadas com enorme cautela no campo do direito contratual empresarial. Os empresários que celebram entre si avenças, os fazem fundados em uma atividade profissional premida pelo lucro, no entanto, altamente arriscada. Ao assumir os riscos que incorrerá, não pode o empresário querer subsumi-lo à acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, quando na verdade é ínsito da atividade e penaliza a desventura empresarial.

O contrato de franquia poderá ser revisto com base na Teoria da Imprevisão, todavia, nesse caso não enxergamos a dependência econômica como plano de fundo para tanto.

Isto posto, concluímos que o contrato de franquia desenvolve-se por meio de diversos contratos, sendo um principal - celebrado entre franqueador e franqueado - e outros acessórios.

Podemos caracterizá-lo como um acordo através do qual o detentor da propriedade industrial licencia a uma empresa para essa produzir e/ou comercializar diretamente ao público certos produtos de marca já consagrada e valorizada. Além disso, fornece serviços de assistência na organização de métodos de exposição, expansão dos produtos e/ou serviços (“know-how”), em contrapartida, é para tanto, remunerado pelo licenciado.

As características particulares desse tipo de avença empresarial gera conseqüências relevantes sobre a autonomia do franqueado.

⁹⁶ Luiz Philipe Tavares de Azevedo Cardos. *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo –USP. São Paulo, 2009. p. 117.

Os investimentos idiossincráticos realizados desde a primeira fase de execução do contrato, a racionalidade limitada, a ausência de alternativas equivalentes no caso do franqueado tentar se desvincular do franqueador, e a dependência de marca famosa são os principais elementos que tornam o franqueado economicamente dependente do franqueador. Nesse cenário, o franqueador, embutido do seu espírito egoísta poderá tentar maximizar seus ganhos, independentemente da vontade do franqueado. Assim, adotará condutas ou irá impor condições gravosas e discriminatórias, caracterizando essas como abuso do direito ou lesão, sempre impingidas e afrontando o princípio geral da boa-fé, que deve ser guardado por todos os comerciantes probos e cordatos.

A dependência econômica não constitui ilícito por si considerada, sendo característica ínsita ao contrato de franquia. Portanto, nada há de gravoso ao se firmar um contrato no qual a dependência econômica é seu apanágio, qualquer raciocínio oposto levaria à indesejável inflexibilidade dos negócios jurídicos, acarretando um estrangulamento do fluxo das relações de mercado, em flagrante ofensa aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

O direito repreende e deve interferir nas práticas quando essas são desacompanhadas de razões equilibradas, executando fins diversos daqueles típicos do contrato almejado, visando o abuso e a exploração pelo franqueador do franqueado.

Diante de tal situação o ordenamento jurídico deve responder, mormente por meio dos fundamentos do direito civil e empresarial, prescindindo da lógica consumerista, sob o risco de comprometermos o bom fluxo das relações econômicas.

Assim, os princípios da boa-fé objetiva e do abuso de dependência econômica exercem papel de destaque. A boa-fé objetiva assume três principais funções: (i) interpretação das cláusulas contratuais – art. 113 CC; (ii) fixação dos limites postos ao exercício de direitos – art. 187 CC e; (iii) explicitação de deveres e obrigações comportamentais – art. 422 CC.

Nesse sentido, a Lei Antitruste nos serve como grande instrumento referencial para o preenchimento da cláusula geral da boa-fé no âmbito mercantil. Isso porque embora muitas das condutas abusivas na prática não configurem prejuízos à concorrência e à livre iniciativa, diversas das ações vedadas do ponto de vista anticoncorrencial transpassam o limite da tutela antitruste e ganham relevância na regra comportamental de boa-fé, exigindo padrões de atuação nas relações contratuais.

Configurado o abuso da dependência econômica restará configurada a violação ao princípio da boa-fé. Nos âmbito das relações contratuais os direitos não podem ser exercidos arbitrariamente, desvios e desregramentos deverão ser corrigidos e coibidos por instrumentos de direito civil e empresarial visando assegurar o equilíbrio contratual e o interesse dos contratantes.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, J.M. Arruda, ALVIM, Thereza, ALVIM Eduardo Arruda, MARINS, Jayma. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Estudos e Pareceres de Direitos Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002a.
- BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 1999.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. COUTO, Mônica Bonetti. PEREIRA E SILVA, Ruth Maria Junqueira de A. PEREIRA, Thomas Henrique Junqueira de A.(orgs.). *Direito Processual Empresarial*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. *A Onerosidade Excessiva no Direito Civil Brasileiro*. (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: USP. São Paulo, 2010.
- CRETELLA NETO, José. *Manual Jurídico do Franchising*. São Paulo: Atlas, 2003.
- CHARON, Joel M. *Sociologia*. Tradução de Laura Teixeira Mota. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FAVA, M.B. *Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2010.
- FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Contrato de Distribuição*, 2e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Contratos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- _____. *Novos Temas de Direito Civil*. Forense, Rio de Janeiro, 1983.

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. *Abuso de Dependência Econômica nos Contratos Interempresariais de Distribuição*. (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: USP, 2007.

REDECKER, Ana Cláudia. *Franquia Empresarial*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

ROQUE, Sebastião José. *Do Contrato de Franquia Empresarial*. São Paulo: Ícone, 2012.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2005.

SALOMAO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo Malheiros, 2003.

VERÇOSA, Haroldo M. D. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Revista

Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, jul/set de 2004.

Sites

<http://www.portaldofranchising.com.br>

<http://portal.mj.gov.br>