



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LORENE MONTEIRO CALMON DE PASSOS

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO FRANQUEADO DECORRENTE
DO CARÁTER DE ADESÃO CONTRATUAL**

Salvador
2013

LORENE MONTEIRO CALMON DE PASSOS

**A PROTEÇÃO JURÍDICA DO FRANQUEADO DECORRENTE DO
CARÁTER DE ADESÃO CONTRATUAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

LORENE MONTEIRO CALMON DE PASSOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

A Deus, que nos oportunizou a
existência.

Aos meus pais, Marcos e Graça, pelo
amor incondicional e paciência.

Ao grande amigo Tupy, pelo novo
mundo que me fez enxergar.

E, aos meus irmãos, Júlio e Maomé
pelo eterno apoio.

AGRADECIMENTOS

Ao Dr. João Glicério de Oliveira Filho, orientador e mestre, que acreditou no potencial deste trabalho, possibilitando o seu desenvolvimento.

A grande amiga Laila Cavalcanti Hage, presente em todos os momentos, apoiando e incentivando meu caminhar.

A Dra. Maria Ivone Souza Rocha, chefe amiga, que, muito além de me oportunizar o crescimento jurídico, também propicia o pessoal.

A amiga Eliane P. Coelho de Moraes, pelos momentos de alegria compartilhados.

A minha avó querida, que por nenhum segundo duvidou de mim, sempre me levando a acreditar que tudo posso.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar de forma crítica a proteção despendida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao franqueado. Para tanto, o estudo perpassa por inúmeros institutos da esfera privada, especificamente pelo contrato de adesão, voltando-se a atenção para as cláusulas abusivas.

Voltando-se, enfim, ao contrato de franquia, o presente estudo se debruça sobre o mesmo, buscando apresentar classificações para o mesmo dentro do ordenamento pátrio, bem assim sua natureza jurídica. Ademais, prossegue analisando os princípios que lhe devem ser aplicados, como os da autonomia da vontade, da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual. Analisa em sequência as nuances envolvidas no contrato de franquia, os regramentos estabelecidos pela Lei 9.855/94, assim como sua amplitude.

Por fim, identifica, ante o caráter de adesão do contrato de franquia, a vulnerabilidade do franqueado, por conta das imposições impostas contratualmente pelo franqueador, que possui uma maior ingerência e capacidade contratual. Dedicase, finalmente, a identificar as soluções apresentadas pelo ordenamento para dirimir eventuais conflitos inerentes ao contrato de franquia, propondo, desse modo, a utilização de alguns dispositivos e princípios do Código de Defesa do Consumidor para ampliar a proteção jurídica detida pelo franqueado.

Palavras-chave: *Franchising* ou Franquia; contrato de adesão; vulnerabilidade; proteção jurídica ao franqueado; aplicação análoga do CDC

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal da República
CLT	Consolidações das Leis Trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2. DO CONTRATO DE ADESÃO	11
2.1 BREVE HISTÓRICO	11
2.2 CONCEITO	13
2.3 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS	16
2.4 NATUREZA JURÍDICA	19
2.4.1 Teoria Normativista	20
2.4.2 Teoria Contratualista	21
2.4.3 Teoria Eclética	22
2.5 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA	22
2.5.1 Da autonomia da vontade e do consensualismo	23
2.5.2 Da função social do contrato	25
2.5.3 Da boa-fé objetiva	27
2.5.4 Da justiça ou equilíbrio contratual	30
2.6 CLÁUSULAS ABUSIVAS	32
3. DO CONTRATO DE FRANQUIA	36
3.1 HISTÓRICO	36
3.1.1 Origem e evolução	36
3.1.2 Desenvolvimento no Brasil	41
3.2 CONCEITO	43
3.3 CLASSIFICAÇÃO	46
3.3.1 Bilateral ou Sinalagmático	46
3.3.2 Oneroso	47
3.3.3 Consensuais e Comutativo	47
3.3.4 Formal ou Solene	48
3.3.5 Típico/ Atípico	49
3.3.6 <i>Intuitu personae</i> ou pessoal	50
3.3.7 Adesão	51
3.3.8 Demais classificações	53
3.4 NATUREZA JURÍDICA	54

4 A PROTEÇÃO DADA AO FRANQUEADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	56
4.1 DO VULNERÁVEL NA ESFERA PRIVADA	57
4.1.1 Conceito e tutela	57
4.2 A PROTEÇÃO DO FRANQUEADO/VULNERÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO	58
4.2.1 Da vulnerabilidade do franqueado	59
4.2.1.1 Distinções necessárias: vulnerabilidade x relação de emprego	61
4.2.2 A proteção dada pelo Código Civil	64
4.2.3 A possibilidade de aplicação da tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor aos franqueados	66
5 CONCLUSÃO	76
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

O negócio de franquias vem crescendo substancialmente no mercado brasileiro, tendo seus índices de crescimento anuais superando os próprios índices da economia nacional. Vários fatores influenciaram este crescimento, dentre eles, o fato ser um negócio mais seguro, via de regra, já firmado no mercado. Assim, surgiram inúmeras franquias no mercado brasileiro, alcançando em 2012 o número de 2.426 unidades de diferentes redes franqueadas, que empregam diretamente cerca de 940.887 pessoas, conforme informado pela Associação Brasileira de Franquias (2013, p. 02).

O *franchising*, como demonstrado, apresenta-se de com um segmento negocial em plena ascensão no mercado nacional. Porém a regulamentação pátria dada a este setor pelo ordenamento jurídico ainda é escassa e imprecisa. Atualmente, a Lei 8.955/94 busca regulamentar a franquia no mercado nacional, porém a novidade mais relevante trazida foi a exigência da circular de oferta, sendo aquém das demais necessidades que este seguimento precisa, especialmente levando-se em consideração o destaque que este vem alcançando na economia nacional.

Com efeito, o trabalho ora desenvolvido propõe-se a realizar um estudo crítico acerca da proteção jurídica despendida pelo ordenamento brasileiro ao franqueado. Para tanto, faz-se necessário analisar preliminarmente alguns elementos cruciais que permeiam o contrato de franquia e as partes nele envolvidas: franqueado e franqueador.

Dentre tais elementos encontram-se as características inerentes ao contrato de franquia, sua classificação pelo ordenamento jurídico, bem como uma análise histórica, jurisprudencial e doutrinária acerca do tema. Focando-se, por fim, nas possibilidades vislumbradas a fim de reverter o desequilíbrio contratual existente.

Para se alcançar o objeto perseguido, é preciso passar por um longo caminho desenvolvido no decorrer da pesquisa realizada, perpassando pela análise dos inúmeros institutos que envolvem o tema principal.

Primeiramente, o presente estudo inicia-se com a análise dos contratos, especificamente a modalidade de adesão. Os contratos que antes eram efetivados

mediante negociações individuais, cederam espaço a contratos cuja estrutura era composta de cláusulas preestabelecidas por uma das partes contratantes. Tal mudança decorreu das exigências contemporâneas, que resultou em considerável aumento da despersonalização das relações jurídicas para se adaptar às produções em massa.

Dentre as características essenciais ao contrato de adesão, volta-se a atenção para investigar as cláusulas abusivas, cuja presença extrapola os contratos de consumo, ocasionando, onde estiver disposta, um desequilíbrio contratual entre as partes.

Buscando-se um melhor entendimento acerca dessa modalidade de contrato, faz-se necessário estudar algumas das principais normas principiológicas que o cercam, como o princípio da autonomia da vontade, da boa-fé objetiva, da função social dos contratos, e bem assim o do equilíbrio contratual.

Posteriormente, em outro capítulo, o trabalho ora expendido analisará o contrato de franquia de forma específica, suscitando, em breves linhas, o perpasso histórico que o *franchising* sofreu ao longo dos anos, bem como suas características, natureza jurídica e classificação estabelecida pelo ordenamento pátrio.

A Lei 8.955/94 que regula especificamente o contrato de franquia será vista, a fim de propiciar uma análise aprofundada das regulamentações adotadas para este instituto contratual, verificando-se as lacunas e omissões nela existentes.

Por fim, volta-se o presente estudo ao seu objeto central, a análise da proteção jurídica conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao franqueado, que devido à sua vulnerabilidade, carece de tutela específica.

Assim, analisa-se até que ponto a condição de franqueado alcança a utilização de forma análoga das normas protetivas estabelecidas pelo microssistema jurídico do Código de Defesa do Consumidor.

2 DO CONTRATO DE ADESÃO

O presente capítulo tem como precípua escopo a análise do contrato de adesão em conjunto com suas nuances, especificamente as cláusulas abusivas, no ordenamento brasileiro. Dessa forma, é de absoluta importância, primeiramente, que sejam firmadas algumas premissas concernentes ao tema, com o fito de melhor compreender o instituto.

Neste ensejo, faz-se necessário uma abordagem histórica, ainda que perfunctória, bem como um exame dos seus elementos, conceitos e demais aspectos relevantes, a fim de que se funde a noção a partir da qual se desenrolará este trabalho.

2.1 BREVE HISTÓRICO

Indispensável, quando se está a tratar da notícia histórica de qualquer modalidade contratual, remissão à noção de contrato alicerçada pelo Direito Romano clássico, porquanto ainda é a utilizada como parâmetro dos ordenamentos civilistas ocidentais. Neste diapasão, estes estruturaram o contrato como sendo um acordo de vontades entre as partes, acerca de um interesse comum.

Ao longo da história, os contratos foram tomando diversos aspectos e formas.

O Código Napoleônico, verdadeiro expoente dos ideais liberais, decorrente da vitória burguesa na revolução de 1789, colocou o contrato como meio de circulação de riquezas, dependendo exclusivamente da vontade dos contratantes.

Tradicionalmente, os contratos eram apresentados como instrumentos próprios à circulação das riquezas (bens e serviços) dentro da sociedade e se efetivavam, até então, mediante negociação individual em que as partes detinham posições de igualdade perante o direito e a sociedade, discutindo livremente as cláusulas referentes ao acordo pactuado.

Segundo Lúcia Âncora Lopez de Magalhães Diaz (2007, p. 174), a existência de dois pressupostos contratuais, quais sejam, a igualdade formal entre as partes

contratantes e o exercício da liberdade de contratar, caracterizava a existência de justiça no contrato.

O advento da Revolução Industrial propiciou inúmeras evoluções tecnológicas e dos meios de produção, vislumbrando-se, a partir de meados do sec. XIX, uma nítida mudança no campo econômico, social e político que refletiram diretamente em uma alteração nas formas clássicas de contratar. Por conta dessa expansão industrial, passou a ser utilizada a contratação em massa, que se desenvolveu posteriormente com a Revolução Comercial. (ALVES, 2011, p. 270)

Durante o período compreendido entre o surgimento e consolidação das modernas codificações no mundo ocidental, entre o século XIX e meados do XX, a definição e entendimento do contrato baseou-se na conceituação pandectista¹ de Savigny, que segundo tradução e citação de Cláudia Lima Marques (2002, p. 41) estabelece que contrato é a “união de mais de um indivíduo para uma declaração de vontade em consenso, através da qual se define a relação jurídica entre eles”.

Com o passar do tempo, no entanto, os contratos, que até então, eram efetivados mediante negociações individuais, cederam espaço a contratos cuja estrutura era composta por cláusulas preestabelecidas por uma das partes contratantes, ofertadas simultaneamente a um leque amplo de pessoas, deixando assim, de seguir a visão clássica de um acordo de vontades baseado na discussão prévia das cláusulas.

A compreensão do contrato, devido ao surgimento da mencionada situação, sofreu uma significativa mudança para adaptar-se às exigências contemporâneas, como o aumento da despersonalização das relações jurídicas em face da produção em massa.

Essas necessidades da vida contemporânea requereram do Direito, especificamente nos ramos obrigacionais e contratuais, a busca por mecanismos, técnicas e modalidades mais eficazes e convenientes para a satisfação das exigências que surgiram com as novas modalidades de negociações. Essa busca deu lugar a um mecanismo mais adequado, mais rápido e seguro, abandonando-se as técnicas negociais baseadas em oferta e contra-oferta. (MANDELBAUM, 1996, p. 126)

O advento de novas formas de contratação promoveu uma verdadeira revolução

¹ A Escola Pandectista alemã foi umas das adeptas da Escola Exegética, que, em breve síntese, afirmava que todo o Direito está contido apenas na lei.

interna. Os interesses que eram considerados pelo Direito como formulados, pautados na harmonia da vontade das partes, deram lugar a manifesta imposição de uma dessas vontades.

Segundo Josimar Santos Rosa (1994, p. 31), o entendimento, na visão conservadora que se afluía à época, era de que o meio contratual estava sofrendo uma metamorfose em seu princípio constitutivo.

Neste contexto, nasce, então, a contratação, muito mais célere, com base em conteúdos predispostos em condições gerais de avença, o contrato de adesão. Essa nova modalidade contratual denotou uma ruptura com o antigo sistema contratual, buscando a satisfação das novas realidades de contratação.

2.2 CONCEITO

O fenômeno da massificação das relações contratuais, fez com que essas relações passassem a ser fundamentadas de forma despersonalizada e homogênea.

No início de século XX, verificada pela ciência jurídica a especificidade do fenômeno apontado, Saleilles denominou tais contratos de contratos de adesão, os quais serão objeto deste estudo. (ALVES, 2011, p. 271)

Neste sentido, afirma Cláudia Lima Marques (2002, p. 61) que:

A expressão *contrats d'adhesion* costuma ser atribuída ao professor francês Raymond Saleilles, em sua obra do início do século, o qual pretendia destacar através desta denominação que nestes contratos somente uma vontade predomina, a que dita a sua "lei", dita o conteúdo do contrato não mais a um indivíduo somente, mas a uma coletividade indeterminada de pessoas, as quais vão se limitar a aderir à sua vontade.

Por entender que contrato de adesão é uma técnica diferente de formação de contrato e não uma categoria contratual autônoma, Cezar Fiúza e Giordano Bruno (2002, p. 68) afirmam que "adesão significa – por adesão- e o fato de que é um traço distintivo desta técnica contratual a sua adesão a cláusulas predispostas."

Os contratos de adesão possuem como característica a inexistência de liberdade de convenção entre as partes, excluindo a possibilidade de debates ou acordos entre as mesmas, tendo em vista a limitação do contratante, que aceita as condições e

cláusulas previamente estabelecidas, pela parte contrária.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) foi o primeiro texto legal editado no Brasil para regular especificamente o contrato de adesão, definindo-o e fornecendo seu regime jurídico, bem como o método de interpretação. Em seu artigo 54², traz o conceito do contrato de adesão como sendo aquele em que uma das partes estabelece de forma unilateral as cláusulas contratuais, sem que a outra parte possa discutir, ou sequer, modificar substancialmente o seu conteúdo.

Posteriormente o Código Civil de 2002, de forma singela, porém abrangente, dedicou apenas dois dispositivos ao contrato de adesão, os artigos 423³ e 424⁴, apesar da centralidade do tema que perpassa em todos os setores da economia, desde as diversas formas de circulação de bens até a prestação de serviços

Não obstante, o fato do contrato de adesão estar presente principalmente nas relações consumeristas, a coexistência de regime próprio no CDC e no CC faz com que este possa ser aplicado a qualquer relação jurídica negocial sem que em um dos pólos exista a figura do consumidor.

Neste sentido, o Enunciado n. 171 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, (2012, p. 38) estabelece que “o contrato de adesão, mencionado nos artigos 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”.

Contudo, há autores, como Enzo Roppo e alguns dos seus seguidores, que divergem quanto à utilização da nomenclatura do contrato de adesão, para os contratos que possuem as características supracitadas, porquanto crêem que a

²Art. 54 CDC. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

³ art. 423 CC. quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

⁴ Art. 424 CC. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

terminologia “contrato padrão” seria mais adequada. Thomaz Saavedra (2005, p. 41) prefere o termo de Roppo, por considerá-lo mais abrangente. Sustenta que há um maior grau de automatismo na declaração da vontade nos contratos “por adesão”, enquanto evidencia uma maior liberdade de escolha da empresa com quem se vai contratar nos contratos “padrão”. Porém afirma que a qualidade que os reúne é serem ambos contratos padronizados, com cláusulas e condições preestabelecidas. Contudo, alega que o próprio Roppo usa ambos os termos indiscriminadamente.

Neste sentido, o referido doutrinador descreve o contrato padrão da seguinte maneira:

Quem, pela sua posição e pelas suas atividades econômicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogêneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida de contrapartes, predispõe, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem querer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, de fato, também de contratos por adesão). (ROPPO, Enzo *apud* SAAVEDRA, Thomaz, 2005, p. 41)

A grande maioria da doutrina e jurisprudência entende que os contratos de adesão, também podem ser equiparados às chamadas condições gerais dos contratos, ambos representam negócios jurídicos cujas características foram mencionadas anteriormente. Entretanto, sob a influência da doutrina francesa, o nome “contrato de adesão” goza maior aceitação no ordenamento pátrio.

Orlando Gomes (1972, p. 4), trata as duas categorias supracitadas como espécie do mesmo gênero, porém adverte da possibilidade de conceituação distinta de cada uma, como bem explica em sua obra monográfica:

A figura jurídica nomeada contrato de adesão apresenta-se sob duplo aspecto, conforme o ângulo de que seja focalizada. Considerada na perspectiva da formulação das cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, recebe a denominação de **condições gerais dos contratos** e é analisada à luz dos princípios que definem a natureza desse material jurídico. Encarada no plano da efetividade, quando toma corpo no mundo da eficácia jurídica, é chamada **contrato de adesão** e examinada no prisma de modo por que se formam as relações jurídicas bilaterais.

Neste sentido, afirma o mencionado autor que “as *condições gerais* podem originar-se de acordo entre as partes, ser projeção de um regulamento administrativo, ou produto da atividade de terceiro, de sorte que não se confundam necessariamente com os *contratos de adesão*” (GOMES, Orlando, 2008, p. 129)

Pode-se separar o surgimento desta relação jurídica em duas fases distintas: a da elaboração das cláusulas e a celebração de cada contrato de forma singular. A primeira é uma fase estática, antecede, de forma abstrata, os contratos que venham a ser futuramente celebrados. Já a segunda é a fase dinâmica na qual se constitui a relação contratual, quando efetivamente se celebra o pacto com a outra parte, concluindo, assim, o contrato dito de adesão e que integra aquelas cláusulas. (MONTEIRO, 2011 p. 7)

Neste sentido, António Pinto Monteiro (2011, p. 7) melhor exemplifica:

Estas duas fases constituem dois momentos distintos do processo de contratação. E originaram diferentes designações para o mesmo fenómeno: com efeito, contratos de adesão, condições gerais dos contratos, cláusulas contratuais gerais, contratos “standard”, etc., têm sido, como se sabe, a terminologia utilizada em vários direitos para designar a mesma realidade.

Em uma breve síntese, no contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo, assim, a uma situação contratual que se encontra, previamente definida, em todos os seus termos. O consentimento, marco da consumação do negócio jurídico entre as partes, manifesta-se como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica.

2.3 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS

Algumas das características do contrato de adesão podem ser observadas em seu conceito, conforme demonstrado anteriormente. Porém, além dos supracitados aspectos estipulados na legislação pátria, a doutrina elenca algumas características implícitas, não presentes no texto normativo, a estes contratos, que serão adiante analisadas.

De acordo com Orlando Gomes (2008, p. 139), o contrato de adesão distingue-se por três traços característicos:

- 1) a uniformidade;
- 2) a predeterminação;
- 3) a rigidez.

Essas três características são traços interligados que facilitam a identificação do contrato de adesão.

Sustenta ainda, o mencionado jurista que a intenção do predisponente é obter de número indeterminados de aderentes a aceitação passiva das mesmas condições, de modo que seja invariável o conteúdo de todas as relações contratuais estabelecidas.

A característica da uniformidade, como mencionado, dispõe acerca da existência de semelhanças ou até mesmo igualdade das cláusulas estabelecidas nos contratos. Pode-se dizer que a uniformidade é uma exigência da racionalização da atividade econômica, que por seu intermédio se desenvolve, sendo possível alcançar um número indeterminado de aderentes.

Uma das características com maior expressão nos contratos de adesão é a predeterminação ou predisposição das cláusulas, já que se trata de modo objetivamente idôneo para atingir sua finalidade. Em uma análise epistemológica, a predisposição estabelece uma determinação prévia de algo, no caso, uma elaboração redacional anterior à fase de negociação e celebração do contrato, de sorte que as cláusulas contratuais já estejam prontas e acabadas, esperando apenas o aceite do aderente

Neste sentido, explica António Pinto Monteiro (2001, p. 7):

A pré-disposição, a que atrás me referi, consiste, via de regra, na elaboração prévia de cláusulas que irão integrar o conteúdo de todos os contratos a celebrar no futuro ou, pelo menos, de certa categoria de contratos: trata-se, "*hoc sensu*", de *cláusulas contratuais gerais*. A esta característica da generalidade anda associada uma outra, a *indeterminação*: as cláusulas são previamente redigidas para um número *indeterminado* de pessoas.

Demais disso, outro traço distintivo dos contratos de adesão é a unilateralidade. Tal característica estabelece que as cláusulas predispostas são elaboradas somente por uma das partes da relação, cabendo ao aderente apenas manifestar sua vontade de aderir ou não.

Outra característica inerente ao contrato de adesão é a rigidez presente nas condições gerais, mas tal característica é antes um desdobramento dos outros traços distintivos. A rigidez das cláusulas está ligado à dificuldade de mobilidade, de alteração das mesmas. Neste sentido, bem elucida Orlando Gomes (2008, p. 140) “As cláusulas são rígidas porque devem ser uniformes e não seria possível flexibilidade, porque desfiguraria a *specie*”.

Eduardo Messias Gonçalves de Lyra Junior (2003, p. 64), faz um breve resumo das características presentes nas condições gerais dos contratos de adesão, a saber:

Elas, as condições gerais, se caracterizam pela **pré-disposição, unilateralidade, imposição, generalidade, abstração e rigidez**. Ou seja, precedem o momento de conclusão do contrato (predisposição); são elaboradas tão-somente por quem oferecerá, no futuro, produtos e serviços (unilateralidade); são impostas pelo predisponente ao aderente, que se limita a aceitá-las (imposição); visam a atender uma miríade de negócios (generalidade); não objetivam um contratante em particular (abstração); não admitem a modificação de seu conteúdo pelo aderente (rigidez).

Além das características já mencionadas, como a adesão em bloco e a declaração de vontade sem discussão, Renata Mandelbaum (1996, p. 153) elenca mais duas características inerentes ao contrato de adesão: a confiança do aderente e a liberdade viciada.

A confiança do aderente, visualizada mais facilmente no contrato de consumo como contrato de adesão, estabelece a relação de confiança que o aderente deposita no estipulante, ao escolher determinada marca por diversos fatores, publicidade, tradição no mercado, etc.

Já a liberdade viciada estabelece uma alteração no elemento da vontade, caracterizada pela adesão. Por conta da necessidade de agilização do tráfico mercantil (negociações), com conseqüente padronização e predeterminação, há uma substituição à liberdade plena de contratar.

Por fim, impende salientar que muitos contratos se formam sem que haja prévia discussão, aderindo uma das partes à vontade da outra, de modo que este traço não é exclusivo dos contratos de adesão. Desta forma, para se rotular o contrato de adesão faz-se necessário o entrelaçamento, a coexistência de todas as suas características principais.

Um bom exemplo, para clarificar a idéia do contrato de adesão em sua essência, é o

contrato de prestação de serviços de transportes. Assim, quem precise viajar utilizando qualquer meio de transporte e não possua outras alternativas, tem que se submeter às condições estipuladas pela empresa transportadora.

Neste sentido, Orlando Gomes (2008, p. 141) afirma que “o que caracteriza o *contrato de adesão* propriamente dito é a circunstancia de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido”.

2.4 NATUREZA JURÍDICA

Importa definir a natureza jurídica específica como o direito percebe cada um de seus institutos, de modo a apontar a melhor identificação destes dentro daquele. Neste tom, elucidadoras são as lições de Alexandre Freitas Câmara (2003, p. 142), “quando se perquire a natureza jurídica de um instituto, o que se pretende é fixar em que categoria jurídica o mesmo se integra, ou seja, de que gênero aquele instituto é espécie.”

A definição da natureza jurídica dos contratos de adesão talvez seja o ponto mais polêmico acerca do tema, muito embora tal figura esteja localizada no título dedicado aos contratos em geral (art. 423 do CC/2002). A posição deste dispositivo normativo dentro do CC/02 revela uma predisposição do legislador em firmar que o contrato de adesão tem natureza contratual, a doutrina, todavia, diverge ao tentar conceituar a natureza jurídica deste instituto.

Existem diversas teorias sobre o mencionado tema, porém, não cabe a este trabalho um estudo aprofundado sobre as subdivisões e nuances de cada uma delas, mas sim uma breve explanação, em linhas gerais, dos elementos que as cercam.

Em dois grupos podem ser classificadas as teorias explicativas da natureza jurídica do contrato de adesão (condições gerais de contratação), a saber: o das teorias normativas e o das teorias negociais. Renata Mandelbaum ainda acrescenta uma terceira teoria: a eclética.

2.4.1 Teoria Normativista

Os adeptos à teoria normativista enxergam o contrato de adesão como negócio unilateral, afirmam que as condições gerais possuem os atributos de normas jurídicas, abstração e generalidade, chegando ao extremo de outorgar poder normativo às empresas. Neste sentido, as condições gerais dos contratos possuiriam a natureza de nova e autônoma fonte de produção do direito, que teriam valores antes mesmo de sua aceitação. (ALVES, 2011, p. 281-282)

Ao tratar do tema, Orlando Gomes (1972, p. 117) afirma que:

A adesão não seria mais do que o comportamento necessário a provocar a incidência das normas numa situação concreta. Impostas inescrutavelmente pelas empresas e seus clientes, não constituiriam o conteúdo invariável de uma série de negócios jurídicos impulsionados pela vontade contratual, senão a submissão desses clientes a regras invencíveis, com igual potencialidade das normas ditas pelo Estado.

Para esta teoria, as condições gerais estipuladas no contrato seriam normas, cuja incidência iniciaria a partir do comportamento necessário (adesão) do aderente. Este ficaria vinculado às condições gerais, independentemente de qualquer ingerência sua quando da sua formulação de tais condições. Ademais, fica adstrito ao cumprimento das normas supletivas destinadas a regular o negócio jurídico contratual, na eventualidade das condições gerais serem omissas em relação a tais tocantes.

O principal argumento dos que defendem o contrato de adesão como negócio unilateral, tem como pressuposto que o conteúdo contratual advém apenas de um dos contratantes e que caberia à outra parte somente aderir às cláusulas previamente estabelecidas que sequer colaborou na sua elaboração.

Raymond Saleilles, a quem se atribui a expressão “contrato de adesão” negava a este natureza contratual, trazendo à baila a idéia de “declaração unilateral de vontade”. Afirmava que o valor jurídico do contrato de adesão não lhe tiraria a força de um acordo de vontades, mas da vontade unilateral de quem o tivesse redigido. Sustentava que a adesão da parte contrária (aderente) não interviria como elemento essencial ao ato, constitutivo, não concernindo a sua formação. Assim, residiria a fonte do liame jurídico na vontade unilateral do autor do ato. (LYRA JUNIOR, 2003,

p. 61)

Esta teoria é subdividida em duas outras: a do poder normativo da empresa e a do uso normativo. Tais subdivisões, não obstante possuírem suas distinções, defendem a idéia do contrato de adesão ser considerado ato normativo, não possuindo assim caráter contratual.

Estas teorias sofreram severas críticas sob dois enfoques: o político-jurídico e o técnico. O primeiro, em razão do inconveniente de justificar a criação de normas jurídicas por particulares, os críticos apontam para o fato das empresas poderem legislar em seu próprio favor, de acordo com seus exclusivos interesses. (MANDELBAUM, 1996, p. 136)

Já do ponto de vista técnico, as teorias normativas possuem o grave defeito de não atentarem para a circunstância de que as condições gerais somente adquirem eficácia jurídica com o ato de adesão, comportamento adesivo por uma das partes. Antes de se concretizarem em um negócio jurídico individual, não passam, segundo a expressão de um autor, de um *nullum* jurídico. (GOMES, 2008, p. 148)

2.4.2 Teoria contratualista

Em uma leitura diametralmente oposta a adrede tratada, as teorias negociais ou contratualistas, como o próprio nome revela, apontam a natureza jurídica das condições gerais como sendo contratual. Apreendem a contratação estandardizada sob uma perspectiva unitária da mesma, com caráter vinculante das condições gerais residindo na sua aceitação pelo aderente. Tal teoria é a mais abraçada pela doutrina e jurisprudência pátrias.

O ato de adesão seria uma aceitação, uma declaração de vontade, uma forma de consentimento, não sendo a predisposição unilateral algo que descaracterizaria o contrato, já que é comum que uma das partes (predisponente) apresente o contrato previamente formulado à outra (aderente), que o aceita.

Esta teoria se subdivide em diversas outras: a) a da interpretação típica; b) a da declaração típica; c) a da relação contratual fática; d) a do comportamento social típico; e) a do negócio de atuação. Apesar de suas peculiaridades, de uma forma

geral e sucinta, elas afirmam que a adesão do contratante é a verdadeira declaração de vontade, transformando as condições gerais do contrato em cláusulas contratuais.

Apesar das delimitações das teorias supracitadas, ainda há divergência doutrinária quanto à sua aplicação. Assim, para alguns autores, como Paulo Lôbo, as teses normativistas e contratualistas apresentam-se insuficientes para explicar a natureza das condições gerais. Estas poderiam ser apenas consideradas uma categoria aproximada analogicamente das normas jurídica e não elas próprias e não teriam a natureza de negocio jurídico contratual. (LYRA JUNIOR, 2003, p. 63)

Neste diapasão, surge uma terceira teoria procurando equilibrar as teses levantadas pelas outras duas, a fim de melhor enquadrar o contrato de adesão.

2.4.3 Teoria Eclética

A terceira corrente (teoria eclética), repudiando uma generalização extrema e absoluta defende uma tese eclética, optando por uma consideração casuística, considerando na totalidade a composição das regras gerais que compõem o contrato de adesão. (MANDELBAUM, 1996, p. 141)

Esta última teoria, busca o equilíbrio entre os elementos que compõem as duas outras já comentadas. Estabelece que a natureza jurídica poderá ser normativa ou contratual de acordo com o caso concreto e por quem elaborará o contrato.

2.5 ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

O presente item tratará de forma sucinta, haja vista que a discussão em derredor dos princípios jurídicos não é objeto principal do estudo em comento, os conceitos e características dos principais princípios que envolvem os contratos, especificamente os de adesão.

Os princípios são normas estruturantes sobre as quais determinado sistema se alicerça. Estes pairam sobre toda a legislação nacional, conferindo-lhe perfil, caráter

e identidade, dando-lhe significado legitimador e validade jurídica.

Os princípios contratuais refletem vicissitudes históricas e evolutivas que a sociedade vem passando ao longo dos anos.

Segundo Orlando Gomes (2008, p. 25), o Direito dos Contratos repousa em quatro princípios, a saber: 1) o da autonomia da vontade; 2) o do consensualismo ; 3) o da força probatória; 4) o da boa-fé. Podendo os três primeiros serem chamados de tradicionais

Contudo, o solidarismo constitucional adicionou à autonomia privada outros três princípios: a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a justiça ou equilíbrio contratual. Tais princípios, ditos sociais, são típicos do Estado Social. Entretanto, o surgimento destes, não eliminou a utilização dos princípios individuais do contrato, mas limitou profundamente o seu alcance e conteúdo.

Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 14) ao defender a necessidade de utilização dos princípios, afirma que:

A utilização de princípios e cláusulas gerais sempre foi vista com muita reserva pelos juristas, ante sua inevitável indeterminação de conteúdo e, no que concerne ao hegemônico individualismo jurídico do Estado liberal, o receio da intervenção do Estado nas relações privadas, por meio do juiz. Todavia, para a sociedade em mudanças, para a realização das finalidades da justiça social e para o trato adequado do fenômeno avassalador da massificação contratual e da parte contratante vulnerável, constituem eles ferramentas hermenêuticas indispensáveis e imprescindíveis.

Faz-se necessária, dessa forma, uma explanação, ainda que de forma breve, acerca de cada um dos principais princípios que envolvam os contratos de adesão.

2.5.1 Da autonomia da vontade e do consensualismo

No Estado liberal, o contrato converteu-se em instrumento por excelência da autonomia da vontade que se confunde com a própria liberdade em seu âmbito geral, seja de contratar ou em relação à propriedade. O princípio da autonomia da vontade também pode ser denominado da autonomia privada ou da liberdade contratual.

Immanuel Kant, um dos mais brilhantes pensadores de sua época, trouxe um conceito claro de autonomia ao distingui-la de heteronomia. A autonomia seria o campo da liberdade pelo qual os seres humanos poderiam exercer suas escolhas e estabelecerem regras para si mesmos, de forma coletiva ou individual. Por sua vez, a heteronomia seria o campo da natureza a cujas regras o homem está sujeito, não podendo modificá-las. (LÔBO, 2003, p. 12)

Posteriormente, os juristas passaram a dar feição dogmática estrita ao princípio da autonomia, limitando seu significado a auto-regulação dos interesses privados, de onde emergem os contratos.

A autonomia da vontade corresponde ao espaço em que a ordem jurídica reconhece a validade e eficácia à vontade das pessoas. Tal autonomia é lícita, desde que venha a ser exercida em função de um objeto lícito e que não afronte a ordem pública a moral e os bons costumes. (PAESANI e VEIGA, 2004, p. 32)

Segundo o princípio da autonomia da vontade, na celebração do contrato imperará a liberdade de contratar. Esta liberdade é expressa por meio da declaração, da manifestação de vontade das partes contratantes, que estão livres para escolher entre contratar ou não, qual o objeto e com quem se contratará.

Como bem salientou Orlando Gomes (2008, p. 25), o supracitado princípio “significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício deste poder toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se”.

Apesar dos contratos possuírem como vetor a função social, que será adiante melhor explicitada, o contrato é um fenômeno eminentemente voluntarista, fruto da autonomia privada e da livre iniciativa.

Neste sentido, afirma Eugênio Kruschewsky (2009,p. 24) que “o ser humano capaz é autônomo para contratar, desde que observe a lei e os bons costumes, únicos limites originariamente impostos a essa liberdade”.

Para os que distinguem o princípio da autonomia da vontade com o princípio do consensualismo, este último informa que o contrato se perfaz com o mero consentimento das partes, de forma livre, sendo desnecessária a utilização de formalidade específica.

Apesar de Orlando Gomes filiar-se à corrente que diferencia os supracitados princípios, na modernidade há o reconhecimento destes princípios como sinônimos, sob a idéia geral da liberdade de contratar.

Nesta senda, GAGLIANO; PAMPLONA FILHO (2011, p. 70), afirmam que:

A autonomia da vontade, nessa linha, vista no plano da bilateralidade do contrato, pode ser expressa pelo denominado consensualismo: o encontro das vontades livres e contrapostas faz surgir o consentimento, pedra fundamental do negócio jurídico contratual.

No que tange aos contratos de adesão, pelo fato do aderente não influenciar, nem participar da elaboração das cláusulas, só lhes restando aderir ou recusar em bloco, pode-se afirmar, que estes representam uma limitação à autonomia da vontade de contratar.

Em sendo assim, apesar de um pouco forçosa, conclui-se que dentre todas as manifestações da autonomia da vontade, a liberdade de estipular o conteúdo das cláusulas contratadas é atualmente a mais sacrificada em face da utilização disseminada dos contratos de adesão.

2.5.2 Da função social dos contratos

O Código Civil de 2002, bem como o Código de Defesa do Consumidor, tem como paradigma a funcionalização do contrato para fins sociais, buscando o equilíbrio entre os interesses individuais com os sociais, tendo como base os fundamentos estabelecidos pelas Constituições do Estado Social. Este Estado se revela pela intervenção legislativa, administrativa e judicial nas atividades privadas, iniciado no ordenamento jurídico brasileiro através Constituição de 1934 e bem definido na Carta Magna de 1988, que faz expressa referencia à questão da função social dos contratos.

Flávio Tanurce (2007, p. 248) em sua obra monográfica acerca do tema, conceitua o princípio da função social dos contratos como “um regramento contratual, de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC⁵), pelo qual o contrato deve ser,

⁵ Art. 2.035. Parágrafo único - Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da

necessariamente analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade”.

O princípio da função social determina que sempre que existam interesses sociais, os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com estes. Tal princípio é a mais importante inovação do direito contratual brasileiro, e, talvez, de todo o novo Código Civil.

Nesta toada, o Código Civil procurou inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, baseando-se na idéia de que seu cumprimento deve se voltar em benefício de toda a sociedade e não unicamente em prol do credor. Assim, no ordenamento atual, os contratos não são exclusivamente objetivados para realização dos interesses patrimoniais, sendo também plenamente reconhecidos para a satisfação de finalidades sociais.

Comentando a função social, como princípio da sociedade, Miguel Reale (1986, p. 10) declara:

Se o contrato é um produto da autonomia da vontade, não quer dizer que essa vontade deve ser incontrolada: a medida de seu querer nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. O contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria; mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e de medida.

O Código Civil de 2002 faz menção expressa à função social, limitando a liberdade de contratar, ao estabelecer em seu artigo 421 que: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Afirma-se que a sociedade não poderá ser prejudicada em decorrência do desequilíbrio contratual. No novel Código Civil, esta função não é simples limite externo ou negativo, mas limite positivo, além de determinar o conteúdo da liberdade de contratar.

O instituto da função social se afirma como conceito jurídico indeterminado, cujo alcance haverá de ser definido e o teor preenchido, com responsabilidade e responsabilização, pela jurisprudência pátria. Do ponto de vista pragmático, tal instituto será mais bem identificado em uma perspectiva negativa, ou seja, não poderá ter seu cumprimento exigido todo o contrato que atentar contra os valores sociais. Havendo ambiguidade em alguma das disposições contratuais, prevalecerá

a que melhor reverencie o interesse da coletividade. (KRUSCHEWSKY, 2009, p. 18)

2.5.3 Da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé, como um princípio geral, foi consagrado em seu aspecto objetivo no ordenamento brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III e 51, IV⁶), apesar de que o primeiro dispositivo legal que previu a boa-fé no ordenamento pátrio foi o art. 131, inciso I do Código Comercial de 1850, entendido pela doutrina como boa-fé subjetiva.

Este princípio revelou-se um marco basilar a ser observado nas relações contratuais, especificamente naquelas onde ocorre um desequilíbrio econômico. O desequilíbrio contratual é inerente aos contratos por adesão e nessa situação comungam os aderentes de quaisquer estirpes com os consumidores gerais.

Neste sentido, faz-se necessário um estudo um pouco mais aprofundado acerca do referido princípio, que está umbilicalmente relacionado ao tema escopo do presente trabalho.

Como bem define Orlando Gomes (2008, p. 43): “O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível”.

Pela boa-fé, o direito valoriza o sinalagma contratual. Protege-se o equilíbrio e sanciona-se a excessiva onerosidade, revitalizando a importância da comutatividade

⁶ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Art. 51 CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

das prestações, reprimindo os excessos do individualismo e procurando a justa proporcionalidade de direitos e deveres, de conduta e de prestação nos contratos. (MARQUES, 2002 , p. 135-136)

O Código Civil estabelece em seu art. 422⁷ que as partes devem guardar o princípio da boa-fé tanto na execução do contrato quanto na sua finalização. Porém, resta implícito no dispositivo que os deveres de condutas relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplica às negociações preliminares. Assim, o princípio da boa-fé deve alcançar as partes antes, durante e depois da execução do contrato.

Em Revisão atualizada da obra, Orlando Gomes (2008, p. 43), diferencia de forma clara as hipóteses da boa-fé, a saber:

Modernamente distingue-se a *boa-fé subjetiva*, que se refere a um estado subjetivo ou psicológico do indivíduo, aplicável notadamente o campo do Direito das Coisas (fala-se em “*possuidor de boa-fé*”, por exemplo), da *boa-fé objetiva*, correspondente a uma regra de conduta, um modelo de comportamento social, algo portanto, externo em relação ao sujeito”.

Neste diapasão, é evidente que a boa-fé referida neste estudo é a boa-fé objetiva, haja vista que se trata do campo do direito contratual, e não a subjetiva, aplicável na seara do direito real e possessório. É a boa-fé de comportamento, importa uma conduta honesta, leal, correta, confiando-se no significado comum da conduta reconhecível no mundo social.

A boa-fé objetiva, também chamada de boa-fé contratual, afirma-se como um comportamento leal, uma atitude de efetiva colaboração com o direito do outro, que deve existir no contrato. Tal instituto estabelece que todos os contratantes tenham uma atitude proativa, zelando pela realização do direito alheio, a fim de que tudo quanto programado na fase pré-contratual seja efetivamente atingido. (KRUSCHEWSKY, 2009, p. 49)

Desta forma, o mencionado princípio traça com maior precisão o perfil ético da relação contratual, visando coibir desníveis intoleráveis, buscando a aproximação do contrato com o instrumento desejado de distribuição equilibrada de riqueza, rechaçando, assim, o enriquecimento sem causa.

⁷ Art. 422 CC. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé

Neste sentido, é elucidadora a lição de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2011, p. 159) ao definir o princípio da boa-fé objetiva:

Trata-se da “*confiança adjetivada*”, uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

Para melhor adequar o princípio à realidade fática, buscou-se sistematizar os diferentes papéis da boa-fé no campo contratual por tratar-se de um princípio amplo, que necessita de concretização para ser aplicado no caso em análise. Segundo Orlando Gomes (2008, p. 29), a classificação mais difundida é a tripartite das funções do princípio da boa-fé, que se dividem em: função interpretativa, função supletiva e função corretiva.

O presente trabalho, não objetiva adentrar profundamente no estudo do referido princípio, porém a análise de alguns conceitos ampliará o entendimento dos itens subseqüentes. Em busca de melhor compreensão da aludida classificação, serão utilizadas as conceituações elaboradas pelo supracitado autor, que de forma clara as define.

No plano hermenêutico da otimização do comportamento contratual e do estrito cumprimento ao ordenamento jurídico, o art. 113 do Código Civil⁸ dispõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé. Complementando tal entendimento, busca o art. 112 do CC⁹ alcançar a real vontade das partes.

Neste sentido, a função interpretativa sustenta que a interpretação conforme a boa-fé deve ocorrer substituindo o entendimento conturbado de determinado item do contrato pelo ponto de vista de uma pessoa normal, razoável, com o intuito de verificar qual o sentido que essa pessoa atribuiria a determinada declaração negocial. (GOMES, 2008, p. 44)

Na relação contratual, existem deveres, ditos anexos, que não são expressos, cujo objetivo é assegurar o perfeito cumprimento da prestação e a plena satisfação dos interesses envolvidos no contrato. Assim, a boa-fé atua em função supletiva criando

⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁹ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

tais deveres, entre os quais se destacam os deveres de informação, sigilo, colaboração e proteção, além da tutela aos bens e à outra parte.

Por fim, há a função corretiva do princípio da boa-fé, função que atua principalmente no controle das cláusulas abusivas sendo utilizada como parâmetro para o exercício das posições jurídicas, atuando como máxima de conduta ético-jurídica. Também chamada de função limite ao exercício de direitos subjetivos, o Código Civil, em seu art. 187¹⁰, utiliza a boa-fé como critério de determinação do abuso de direito.

Estes três setores operativos são aptos a expor a multifuncionalidade da boa-fé. Porém a tridimensionalidade das funções conferidas a este instituto não pode ser examinada de forma estanque, elas se entrelaçam, cabendo ao interprete aplicá-las no direito da forma que melhor se adéque ao caso concreto.

Indiscutivelmente, a boa-fé objetiva ao preservar a coerência e estabilizar as expectativas nos comportamentos sociais, evidenciando o elemento moral do contrato, promove um outro princípio, o da segurança jurídica.

2.5.4 Da justiça ou equilíbrio contratual

O princípio da justiça ou equilíbrio contratual, que também é denominado de equilíbrio material, procura realizar e preservar o justo equilíbrio de direitos e deveres antes, durante e depois da execução contratual, harmonizando os interesses das partes.

Para melhor entendimento do conceito do mencionado equilíbrio, observa-se:

O equilíbrio, significa a contemplação dos interesses legítimos de cada parte, com o qual se liga a exigência de respeito mútuo, para que ninguém realize os seus interesses às custas do outro. Cada contratante terá moderação em seus pleitos, deixando ao outro aquilo que lhe corresponde. Aqui reside a equivalência nos contratos sinalagmáticos e o princípio da proporcionalidade no sentido da proibição do excesso. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 238)

O aludido princípio desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O primeiro baseia-se na identificação do poder contratual das partes dominantes e na

¹⁰ 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.

presunção legal da vulnerabilidades da parte mais fraca. Já o segundo, o aspecto objetivo, considera o real desequilíbrio contratual, podendo estar presente no momento da celebração do contrato ou em virtude de circunstâncias supervenientes que ocasionem uma onerosidade excessiva a uma das partes.

A partir deste instituto, pode-se afirmar que o princípio clássico do *pacta sunt servanda*, da força obrigatória dos contratos, passou a ser entendido no sentido de que os contratos obrigam as partes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas estabelecidos.

Ao contrário dos princípios da função social do contrato e da boa-fé, que possuem previsão expressa no Código Civil, o princípio da equivalência material precisa ser construído mediante interpretação sistêmica do ordenamento. Seu fundamento é consagrado na Constituição Federal, baseado na garantia da justiça social (art. 3º) e na função social da propriedade (art. 170). (EHRHARDT JR, 2008, p. 61)

Quanto à presença da justiça contratual nos contratos de adesão, observa Fernando de Noronha, às fls. 232, em sua tese de doutorado, ao afirmar que:

Nos contratos de adesão, observa um desequilíbrio entre as partes, de desigual força econômica, e até desvantagem jurídica do aderente, que normalmente não tem condições de avaliar as implicações do contrato que assina, e ainda as inibições psicológicas (ele não é entendido, como a pessoa com quem contrata, que é profissional e, além disso, documentos têm sempre uma certa força mágica), compõem um quadro extremamente propício a imposições ilegítimas da banda do lado mais forte, geradoras de graves desequilíbrios entre ônus e riscos do predisponente e do aderente. (NORONHA, apud, MANDELBAUM, 1996, p. 106)

O direito, a seu turno, não busca uma igualdade absoluta nas prestações, tanto que não permite o contrato gratuito, porém no âmbito da atividade econômica que se utiliza de predisposição de condições gerais, a paridade das posições contratuais, o equilíbrio razoável que seja compatível com os princípios da boa-fé e da equidade são limites entre o válido e o abusivo (LÔBO, 1991, p. 155)

Visando impedir os abusos pretendidos pelo predisponente ao estipular cláusulas contrárias à boa-fé e ao equilíbrio contratual, o Estado passa a ter necessidade de intervir na liberdade contratual com o fim de promover uma ordem pública de proteção à parte mais vulnerável, fraca contratualmente.

Além dos já mencionados, inúmeros princípios, regem o contrato de adesão, sendo

um deles o da legitimidade da intervenção controladora. Tal princípio se manifesta na interpretação das cláusulas dúbias, aplicando-se a norma representante do brocardo latino, *interpretatio contra stipulatorem* (art. 423 do CC), ou seja, interpretação contra quem estipula, e no controle de forma direta do conteúdo, mediante a declaração de nulidade das cláusulas que contiverem a renúncia antecipada do aderente a algum direito oriundo da natureza do negócio realizado, conforme art. 424 do CC. (DINIZ, 2011, p. 107)

2.6 DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

São consideradas abusivas as condições estabelecidas que proporcionem um injusto desequilíbrio contratual. Tais condições se caracterizam por atribuírem vantagens excessivas apenas a uma das partes, ao passo que acarrete a outra uma situação de onerosidade demasiada.

Nestes tipos de negócios jurídicos, torna-se frequente a determinação de condições, apenas por uma das partes, de forma impositiva. Tais condições ditas abusivas são expressas por meio de cláusulas contratuais excessivamente vantajosas para quem as determinou, a parte estipulante.

Tais cláusulas contratuais vão ao encontro do princípio da boa-fé objetiva, caracterizando desta forma as chamadas cláusulas contratuais abusivas. Estas são inerentes ao exercício excessivo e abusivo do direito por uma das partes, pois não apenas violam as normas positivadas como também violam os princípios gerais da moralidade e do interesse público.

Como bem sustenta Antonio Jose Maristrello Porto e Lucas Thevenard Gomes (2012, p. 56):

Cláusulas abusivas são dispositivos contratuais considerados excessivamente onerosos para uma das partes, estabelecendo um conjunto de obrigações desproporcional para a parte vulnerável da relação contratual. Cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, nos termos dos arts. 6 e 51 do CDC, e 424 do CC.

Faz-se necessário destacar que os contratos de adesão e as cláusulas abusivas não são expressões equivalentes. Apesar de se constatar com maior freqüência o uso de tais cláusulas nas técnicas de massas, isso não retira a absoluta legalidade e

utilidade dos contratos padronizados.

Com o surgimento da standardização contratual, por meio do contrato de adesão, iniciaram-se frequentes abusos no exercício da autonomia da vontade, por parte do predisponente que redige de forma prévia e unilateral o esquema contratual. Ocorre que, se de um lado as novas técnicas de massa tornaram-se instrumentos indispensáveis, inegavelmente vantajosos à sociedade moderna, de outro, não se pode negar que pelo fato de serem previamente elaborados, estes podem conduzir a abusos pela parte predisponente. (DIAS, 2007, p. 177)

A estrutura diferenciada e única existente no contrato de adesão, não permite que este seja interpretado de forma igualitária aos demais contratos. Tal entendimento pode-se dar em virtude da atualmente mitigada autonomia da vontade, decorrente da prevalência da vontade de uma das partes contratantes.

A elaboração dos contratos de adesão ocorre de forma prévia e unilateral, facilitando assim a inclusão de cláusulas abusivas. Como já explanado anteriormente, o Código Civil Brasileiro limita-se a regulamentar o contrato de adesão em apenas dois artigos, 423 e 424, possuindo uma gama de proteção relativamente pequena ao aderente.

Neste sentido, dispôs Rosaldo de Aguiar:

A experiência tem mostrado que o contrato de adesão, com as suas condições gerais, tem servido para muitos abusos, e se impunha regramento mais específico para excluir ou diminuir o impacto de estipulações sobre multas e outros acréscimos devidos pela mora, eleição de foro quando significa negativa de acesso à defesa em juízo, perda das prestações pagas, dificuldades para a purga da mora ou para as providências tendentes à conservação do negócio, direito de prévia interpelação, limitação de responsabilidade, imposição de mais deveres a um do que ao outro etc. Daí que melhor teria sido ampliar a regulação dos contratos de adesão. (AGUIAR, Rosaldo, apud, MARQUES, Claudia Lima, 2002, p. 65)

As regras de repressão ao uso das cláusulas abusivas, que buscam restabelecer a real equivalência das prestações e evitar que a parte contratual mais fraca seja injustamente surpreendida durante a execução do contrato, fundamentam-se nos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual e concretizam-se no Código de Defesa do Consumidor.

Em sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51¹¹ enumera diversas situações nas quais existem ou podem existir a quebra do sinalagma contratual, elencando uma lista com diversas hipóteses de cláusulas abusivas.

Ao buscar proteger as partes, a legislação especial brasileira (CDC), além de proibir a estipulação de cláusulas contrárias a boa-fé objetiva, disposta no inciso IV do art. 51, preocupou-se também em reprimir das espécies de desequilíbrios na formação do contrato. A saber: *i) desequilíbrio econômico*, vedando a elaboração de cláusulas que possibilitem a desproporção do valor nas prestações estabelecidas, figurando a lesão nos termos do art. 6º, V c/c o art. 51 e §1º, III do CDC¹² e *ii) desequilíbrio de direitos e deveres* entre as partes contratantes, proibindo a estipulação de cláusulas que ocasionem uma situação de extrema vantagem para uma parte desfavorecendo a parte mais fraca, como se observa nas hipóteses elencadas no art. 51 do CDC. (DIAS, 2007, p. 180)

As cláusulas abusivas possuem controle administrativo e judicial, contudo, a legislação brasileira não contempla a possibilidade do exercício de um controle preventivo das cláusulas abusivas por nenhuma das vias mencionadas.

¹¹ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infringam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

¹² Art. 6º CDC - São direitos básicos do consumidor:

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

O controle posterior, porém, pode ser realizado por ambas as vias. Pela administrativa, através dos órgãos que compõem o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor previsto no Decreto nº 2.181, de 20.03.1997, que possibilita a aplicação de sanções às autoridades administrativas¹³. E pela via judicial, o controle em concretos das cláusulas abusivas pode ocorrer por meio de ação de nulidade, proposta não só pelos próprios interessados, como também por entidades e associações incumbidas de proteger os interesses coletivos e pelo Ministério Público, que com base no art. 51 § 4º do CDC¹⁴, também possui legitimidade para o controle em abstrato das cláusulas contratuais abusivas. (ANDRADE, 2009, p. 82)

¹³ Entre as hipóteses de sanção administrativa previstas encontram-se, por exemplo, a multa, suspensão temporária de atividade ou revogação de concessão ou permissão de uso (art. 56, I, VI, VII do CDC). Ressalta-se que o art. 22 do Decreto 2.181/97, estabelece que “fazer circular ou utilizar-se de cláusulas abusivas” é prática passível de multa.

¹⁴ Art. 51 § 4º CDC - É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

3 DO CONTRATO DE FRANQUIA

Dentro da sistemática do estudo ora expandido, o capítulo que se enceta tem por escopo analisar o contrato de franquia com suas especificidades e classificações dentro do sistema jurídico pátrio. Nesse diapasão, buscar-se-á esboçar a origem histórica do referido instrumento contratual, as possíveis classificações que o mesmo vem receber na doutrina pátria, a sua natureza jurídica.

Inicialmente, a fim de melhor compreender o instituto ora objeto de estudo, cabe, de logo, traçar algumas linhas acerca de sua origem histórica, uma vez que tal compreensão servirá de alicerce para futuras perquirições acerca do referido tema.

3.1 HISTÓRICO

O Direito Comercial pautou sua formação, bem como, fincou seu progresso e a atualização de seus institutos nas práticas comerciais realizadas no dia a dia pelos comerciantes. Neste tom, utiliza-se dos costumes e práticas usuais, que são indispensáveis para a evolução e adaptação do comércio à sociedade atual, objetivando o sucesso. Deste modo, como bem salientou a professora Ana Cláudia Redecker (2002, p. 26): “foi a dinâmica mercantil que exigiu que fossem elaboradas normas regulando e normatizando as atividades do franchising”.

3.1.1 Origem e evolução

No período da Idade Média, especificamente na França, surgiu a origem da palavra franquia. Sua derivação, *franchiase*, vem de *franc*, que significa outorgação de um privilégio ou de uma autorização. Durante o feudalismo, existiam cidades onde pessoas e bens tinham livre circulação e eram isentas de pagar impostos ao poder central ou às igrejas, estas eram chamadas de cidades “francas”, *franche* ou

franchise.

Destarte, o verbo *franchiser* era a denominação dada ao ato de conceder um privilégio ou autorização que abolia o estado de servidão. Havendo, assim, senhores feudais que ofereciam *letters of franchise* (cartas de franquia) às pessoas, abolindo para estas o estado vigente, qual seja, o de servidão. (DAHAB, 1996, p. 13)

A etimologia do termo franchising remete-se a Idade Média, como bem salientou Cláudia Pamplona (1999, p. 01), que informa: “Estudos realizados pelo *Bureau of Industrial Economics* indicam que o termo franchising vem do Francês arcaico. Na Idade Média, o vocábulo franchise era sinônimo de condescendência, ou seja, concessão de um privilégio.”

Confirmando esse significado de franquia durante o período feudal, Marcelo Cherto (1988, p. 01), salienta que: “Na Idade Media, *franchise* era o direito ou privilégio que garantia certas liberdades ou autonomias, tanto a cidades, ou países, como aos seus cidadãos”.

Luiz Felizardo Barroso (1997, p. 27) informa que:

Há quem atribua as origens mais remotas do *franchising* (como o conhecemos e praticamos hoje) às expedições ou aventuras marítimas dos diversos reinos existentes à época em que eles se lançavam ao mar em busca de novas terras e riquezas.

Naquele tempo, os reis (franqueadores) ‘franqueavam’ navios (estabelecimentos) e os aprestavam (os aprestos, ou apetrechos era, as respectivas instalações) para que, em nome do reino, sob suas armas (suas marcas), os navegadores (comandantes – máster franqueados ou subfranqueadores) buscassem novas terras (hoje novas unidades franqueadas para incorporação à rede – isto é, ao reino), novos produtos (especiarias) e, por fim, mais riquezas (a lucratividade sempre tão almejada por qualquer empreendimento).

Outra forma rudimentar de franquia, uma forma tosca de *franchise*, tal como conhecemos hoje, também surgiu na Europa, na própria Idade Média, quando a Igreja Católica concedeu a alguns senhores de terras autorizações para que os mesmos passassem a agir em seu nome, coletando os impostos devidos à Igreja. Esses coletores eram remunerados através da retenção, para si próprios, de uma parte dos valores coletados, enviando o restante à Igreja, a quem de direito pertencia. (CHERTO, 1988, p. 02).

Com o fim do período medieval o termo *franchise* e seu conceito, perpetuado durante a época do feudalismo, foram esquecidos. Entretanto, vieram a ser

redescobertos pelos norte-americanos, no final nos anos 90, como sistema moderno de distribuição. Destarte, a palavra *franchising*, que significa franquia em inglês, deriva do francês *franchise*.

Muitos autores, como Marcelo Cherto (1988, p. 03), Sonia Dahab (1996, p. 14), entre outros, atribuem o surgimento da franquia, como é conhecida hoje, com a pioneira experiência da Singer Sewing Machine Company, sediada na cidade de Stamford, Connecticut, nos EUA. Esta grande companhia industrial de máquinas de costuras, em torno de 1860, teria aumentado sua rede de distribuição de produtos através da cessão de sua marca, dos produtos, publicidade, técnicas de vendas a varejo e o *know-how*¹⁵. Desta forma, ampliou sua participação no mercado, atingindo territórios outros, em termos de varejo, com poucos investimentos, os quais não teria condições de explorar sozinha.

A Singer obteve grande sucesso por conta da sua técnica de vendas e transferência de todo o *know-how* aos franqueados, gastando apenas o necessário a sua estruturação como franqueadora. Este sucesso alcançado pela Singer incentivou outras empresas a ingressarem no mesmo sistema de negócios, denominado de *franchising*. Em 1898 a General Motors utilizou o sistema como estratégia para expandir sua rede de distribuição de veículos automotivos, assim como, em 1899, a Coca Cola também o fez, outorgando franquias com o escopo de engarrafar seus refrigerantes (REDECKER, 2002, p. 27-28).

Porém, o desenvolvimento e ampliação verdadeira do *franchising*, como método para a expansão dos negócios de empresas de diversos setores, se deu a partir do início do século XX, quando outros fabricantes americanos ampliaram suas redes de distribuição através de *franchises*, outorgando comerciantes por todo o país. (CHERTO, 1988, p. 12)

Posteriormente, outras empresas de diversos ramos começaram a também adotar este sistema com o intuito, evidentemente, de expandirem sua atuação e representatividade no mercado. Em 1917, por exemplo, os supermercados Piggly Wuggly, resolveram utilizar o sistema para ampliar as suas redes. A Hertz Rent-a-Car, a seu turno, em 1921, adotou o mesmo sistema, sendo até hoje uma das redes

¹⁵ É o conjunto de conhecimento práticos não patenteados, decorrentes da experiência do franqueador e por ele testado, que é secreto, substancial e identificado.

de locadoras de veículos mais conhecida no mundo. Em 1925 foi a vez da A&W Root Beer criar a primeira rede de franquias destinadas a comercialização de lanches e refeições. Nos anos 30, as companhias de petróleo converteram os postos de gasolina antes operados por ela diretamente, em franquias outorgadas a operadores locais. (FERNANDES, 2000, p. 47-48)

Entretanto, inegavelmente, o sistema de franquia, nos seus moldes atuais, expandiu-se sobremaneira após a Segunda Guerra Mundial. É que no período de pós-guerra, com a volta ao território norte-americano dos ex-combatentes, houve uma crise socioeconômica sem precedentes, ante a existência de grande massa de pessoas disponível no mercado, de sorte que uma das medidas encontradas para solucionar a referida problemática foi a reinserção desses soldados no mercado de trabalho, somente viabilizada pelo sistema de *business format franchising*.

Este molde de franchising é bem explicado e defendido por Adalberto Simão Filho (1998, p. 18), a saber:

Com esta gama de fatores, germinou a idéia de utilização do franchising como forma de amenizar os problemas circunstanciais. Dessa forma, por meio de denominado sistema *business format franchising*, houve a viabilização do ingresso ao comércio não só para os ex-combatentes, como também para os demais interessados, como a grande vantagem de poderem iniciar suas atividades de imediato. Não havia a necessidade de experiências, na prática, dos atos de comércio em função da metodologia operacional apresentada em forma acabada pelos franqueadores, e graças à tutela de empresas cujas marcas já eram fortalecidas no mercado com grande aceitação pública.

O governo americano, por sua vez, visando à melhora substancial da gigantesca crise por que passava, incentivou o uso de tal sistema de inúmeros modos.

Neste período, e. g., o *Small Business Administration*, um órgão governamental subordinado ao Departamento de Comércio Americano, que tem por função estimular e viabilizar, a implantação e a sobrevivência de pequenos negócios através de concessões especiais de financiamento, passou a estimular, ainda que não intencionalmente, tal sistema. É que este órgão concedia financiamentos facilitados para aqueles que se propunham a entrar no mercado de trabalho, o que fomentou a aparição, naquela época, de inúmeros franqueados, tendo em vista que muitas pessoas se utilizam desse financiamento para tanto.

A aquisição de um *franchise* representava, na maioria dos casos a alternativa financeira e até socialmente menos onerosa para aqueles que desejavam se

estabelecer por conta própria, mas que não possuíam os conhecimentos, a experiência e tampouco a estrutura necessária.

A forma definitiva do *franchising*, como nova modalidade mercantil no âmbito da distribuição de bens e serviços, foi estabelecida somente em 1955 com a criação, pelos irmãos Dick e Maurice McDonald, da rede de lanchonetes McDonald's. Os irmãos McDonald's, no mesmo ano, franquearam seu primeiro estabelecimento, iniciando assim a maior cadeia de *fast food* do mundo, hoje com o nome de McDonald's Corporation. (REDECKER, 2002, p. 29)

Os irmãos McDonald's começaram vendendo cachorro-quente em uma barraca denominada de AIRDONE em Arcadia, no estado da Califórnia. Após três anos, se mudaram para San Bernardino, onde abriram um restaurante que apresentava um cardápio diferenciado e os "carshops" - garçons e garçonetes que atendiam, sob patins, os clientes em automóveis.

Em 1948 os irmãos desenvolveram e implantaram um esquema especial para tornar seu empreendimento ainda mais racional, aumentando, assim, a sua rentabilidade e reduzindo a demora no atendimento aos clientes. Os "carshops" foram abolidos, dando lugar a guichês no balcão para atendimento direto aos clientes. Simultaneamente, redesenharam a cozinha, distribuindo os móveis, utensílios e funções de forma mais racional, de modo a otimizar seu funcionamento em relação a rapidez e volume. A esse novo esquema foi dado o nome de "*Speedy Service System*", ou Sistema de Serviço Rápido que trouxe um enorme sucesso a lanchonete. (CHERTO, 1988, p. 152)

Começou-se, a partir daí, a produção em larga escala, com produtos fáceis e rápidos, evitando a espera dos fregueses, tendo como seu carro-forte os hambúrgueres e as batatinhas fritas. O movimento ultrapassava a capacidade de atendimento dos irmãos, assim, foram abertas diversas outras lojas que trabalhavam com o mesmo método e produtos da Mc Donald's, só que mediante pagamento de *royalties* para o criador do sistema.

A lanchonete foi visitada pelo fornecedor de misturadores para "milk shake", Ray Kroc, que logo captou o potencial do sistema utilizado e celebrou com os irmãos um contrato pelo qual adquiriu, com exclusividade, o direito de comercializar *franchises* Mc Donald's em todo o território dos Estados Unidos. Por este contrato Kroc detinha

o direito a maior proporção, em relação aos irmãos Mc Donald's, dos *royalties* pagos pelos *franchisee* (franqueados), uma vez que ele era o responsável pela administração do direito de franquia da referida marca, de sorte que estava obrigado a prestar toda assistência e orientação que fossem necessárias aos demais franqueados.

A empresa franqueadora só surgiu em 1955: a Mc Donald's Systems, Inc. Deste momento em diante, a Mc Donald's não possui mais lojas, detendo apenas a propriedade industrial: a marca, os produtos, os métodos de trabalho, o treinamento do pessoal, a assistência técnica e outros elementos tecnológicos. A experiência mundial da Mc Donald's levantou as constantes, que constituem verdadeiros princípios da franquia. (ROQUE, 2012, p. 67)

3.1.2 Desenvolvimento Brasil

No Brasil, a pioneira no ramo de franquias foi o fabricante de calçados da marca Stella, que possuía um grande apelo popular. O seu empreendedor, o brasileiro Arthur de Almeida Sampaio, que em 1910, mesmo desconhecendo esse instituto, passou a adotar determinadas práticas que caracterizam hoje o sistema de franquias.

No tocante a essas práticas, a que mais se destaca é o processo de seleção dos seus representantes comerciais, que faziam eles próprios os investimentos necessários para a instalação de novos pontos, ou simplesmente era concedida a autorização para a utilização de pontos já existentes, onde era instalada (fornecida pelo representado) a placa "Calçados Stella", antecipando-se, portanto, à padronização visual. (REDECKER, 2002, p. 31)

Destarte, estavam presentes três requisitos praticados hoje pelo sistema de franquia, como: a escolha correta e criteriosa do franqueado, a independência da empresa franqueada e o uso da marca do franqueador.

Somente no início da década de 70 que aumentaram as redes de franquia no Brasil. No período de 1975/76 surgiram as franquias de Mister Pizza, Idioma Yázigi, e de perfumes como O Boticário e Água de Cheiro. Nessa época o próprio Mc Donalds,

que utilizava o sistema de franquia e já era mundialmente reconhecido, inaugurou várias lojas próprias no Brasil, na região Sudeste (Rio de Janeiro), Norte e Nordeste.

Quanto à regulamentação do contrato de franquia no Brasil, inicialmente, existiram dois projetos de lei que antecederam o projeto que originou a Lei atual. O primeiro projeto foi o de nº 1.526/89, de autoria do deputado Ziza Valadares, que foi arquivado em janeiro de 1991, porquanto enxergava na franquia um eterno ponto de litígio, contrariando o próprio espírito do franchising. Posteriormente, o projeto de lei nº 167/90, reeditado sob o nº 265/91, do senador Francisco Rolemberg, também acabou sendo arquivado em setembro de 1991, não obstante não ter cometido o mesmo erro do anterior, mas que, efetivamente, deixou de trazer, sob o ponto de vista jurídico e econômico, contribuições relevantes ao sistema. (BARROSO, 2002, p. 131-133)

Finalmente, o contrato de franquia foi regulamentado definitivamente pela Lei 8.955 de 15.12.1994, que estabeleceu uma série de requisitos específicos para a formação do referido contrato. O mais representativo deles foi a exigência de apresentação da Circular de Oferta de Franquia ao interessado, a qual deveria ser por escrito e em linguagem clara e acessível, especificando quais as informações que devem conter no contrato, bem como as obrigações das partes.

Luiz Felizardo Barroso (2002, p. 37) entende a Circular de Oferta de Franquia como sendo:

Um documento indispensável ao candidato à determinada franquia, que esta sendo oferecida ao mercado, pois reúne todas as informações relevantes sobre o negócio que esta sendo proposto; como mais uma opção de investimento, em que pese tratar-se efetivamente, também, de uma verdadeira opção de vida a ser feita, já que ele próprio, o investidor, é quem vai administrar seu investimento.

Entretanto, apesar da mencionada lei inovar em diversos aspectos, ela é omissa em inúmeros outros, principalmente no referente à proteção ao franqueado. Cumpre ressaltar que a referida lei dispõe apenas de onze artigos para regulamentar toda a complexidade do contrato de franquia, de forma que, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, são unívocas ao considerar que o regramento relativo aos contratos em geral previsto no CC/02 deve ser aplicado subsidiariamente ao mesmo ante as omissões do referido diploma legal.

3.2 CONCEITO

A doutrina nacional apresenta os seguintes conceitos do contrato de franquia, que é elencado como “nova” figura contratual.

Neste sentido, Orlando Gomes (2008, p. 578), afirma que:

Como o vocábulo *franshising* designa-se a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar da marca e do produto seu com assistência técnica para a sua comercialização, recebendo em troca, determinada remuneração. Trata-se de um novo método comercial destinado a poupar a abertura de filiais e despesas, pois deve ser independente o comerciante que é licenciado para explorar a marca.

Segundo Arnoldo Wald (1999, p. 546), franquia é o acordo pelo qual um dos contratantes (franqueador) concede ao outro (franqueado) o “direito de usar a marca de produtos ou insígnia, com fornecimento de mercadorias e prestação de serviços mediante remuneração”.

A franquia empresarial, para Fran Martins (1998, p. 486) consiste no “contrato que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marca ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam ligadas por vínculo de subordinação”. Além dos produtos que irá comercializar, o franqueado receberá do franqueador permanente assistência, tanto técnica quanto comercial, inclusive no que tange à publicidade dos produtos.

Em todas essas supracitadas definições, restam evidenciados os componentes que de forma conjunta caracterizam o sistema de franquia, quais sejam:

- a) cessão de marca;
- b) fornecimento de mercadoria;
- c) prestação de serviços.

Acrescentando os elementos da exclusividade e territorialidade aos conceitos anteriormente transcritos, Maria Helena Diniz (1996, p. 43) afirma que:

Franquia ou *franchising* é o contrato pelo qual uma das partes (franqueador ou *franchisor*) concede, por certo tempo, à outra (franqueado ou *franchisee*) o direito de comercializar com exclusividade, em determinada área geográfica, serviços, nome comercial, título ou estabelecimento, marca de indústria ou produto que lhe parece, com assistência técnica permanente, recebendo, em troca, certa remuneração.

O Direito brasileiro adotou a denominação franquia empresarial para um fenômeno empresarial e jurídico. Este sistema permite a exploração mercantil do aviamento, da vantagem ou benefício de mercado, compreendendo-o como um bem cujo valor pode ser economicamente mensurado e juridicamente cedido, mediante um pagamento, uma contraprestação. Assim sendo, permite que o empresário ou a sociedade empresária, ao invés de desenvolver um aviamento próprio, contrate sua cessão jurídica. Desta forma, se estabelecerá conforme o aviamento que lhe for franqueado, pagando ao franqueador, conforme a lei e o ajuste firmado contratualmente pelas partes. (MAMEDE, 2004, p. 301)

O Direito positivo brasileiro, na Lei 8.955 de 15.12.1994, em seu artigo 2º¹⁶, trouxe o conceito legal de franquia.

A franquia, sob o ponto de vista jurídico, é geralmente um complexo de contratos, sendo um principal e os outros acessórios ou dependentes. A incidência desse contrato ocorre principalmente na área propriamente comercial, na distribuição de produtos, procurando fazê-lo chegar mais direta e rapidamente às mãos do consumidor. Possui uma aproximação ao contrato de distribuição e de representação ou agência. Porém, enquadra-se amplamente como contrato de transferência de tecnologia (ROQUE, 2012, p. 16).

O Código de Deontológico Europeu de *Franchising*¹⁷ (1991, p. 02), elaborado por autoridades da comunidade europeia, traz a definição do *franchising* como:

um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços e/ou tecnologias, baseado numa estreita e contínua colaboração entre empresas jurídicas e financeiramente distintas e independentes, o franqueador e os seus franqueados,

¹⁶ 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.

¹⁷ Código de Deontologia é o resultado da experiência e trabalho realizado pela Federação Europeia de Franchising (EFF) e dos seus membros (Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Reino Unido, Itália, Holanda, Portugal e República Federal da Alemanha) em conjugação com a Comissão das Comunidades Europeias.

através do qual o franqueador concede aos seus franqueados o direito, e impõe a obrigação, de explorar uma empresa de acordo com o seu conceito.

Conforme Adalberto Simão Filho (1998, p. 28), a *Internacional Franchise Association* entende que:

Uma operação de *franchise* consiste em uma relação contratual entre o *franchisor* e o *franchisee*, pela qual o *franchisor* oferece ou se obriga a manter um contínuo interesse no negócio do *franchisee*, em campos como o *know-how* e a formação da empresa, em que o *franchisee* opera sob um nome comercial comum, um método ou procedimento próprio controlado pelo *franchisor* e em que o *franchisee* tem ou terá que fazer uma substancial inversão do capital no negócio com seus próprios.

Cumpra ainda salientar, para melhor esclarecimento, a tradução dos termos supracitados, a saber: *franchise* significa franquia, *franchisee* franqueado e por fim *franchisor* franqueador. Faz-se necessária a distinção, uma vez que a Associação Internacional de Franquias, em sua tradução manteve as palavras em seu idioma original.

O contrato de franquia, desse modo, pode ser conceituado como aquele através do qual uma pessoa jurídica (franqueador) cede a uma outra pessoa, física ou jurídica, (franqueado) o direito de utilização de uma marca, a qual deve estar previamente consolidada no mercado e cujo conceito, necessariamente, se encontra plenamente desenvolvido, sem quaisquer vínculos subordinativos, calcado em interesses recíprocos, com ou sem exclusividade, bem assim, com transferência de *know-how* e tecnologia permanentes em troca de uma contraprestação (comumente chamada de royalties); onde o franqueador deve proceder ao controle do referido uso com desiderato único de garantir a qualidade na prestação dos produtos/serviços oferecidos, assim como na uniformidade de tal prestação.

Como disposto na Lei 8.955/94, o contrato é o principal instrumento jurídico da relação franqueador e franqueado. Através dele é que as partes manifestarão o seu aceite sobre tudo o que foi informado por meio da Circular de Oferta, além de outros acordos estabelecidos. Desta forma, faz-se necessária uma análise técnica e minuciosa de todas as informações trazidas por este instrumento, razão por que é indispensável uma análise, conforme será abaixo aduzida, acerca de sua classificação.

3.3 CLASSIFICAÇÃO

Os contratos são classificados a partir de inúmeros critérios, que os representam conforme o ponto de vista utilizado pelo analista ao encarar. Um mesmo contrato pode ser submetido a todos os possíveis critérios classificatórios disponíveis. Conforme exposto no capítulo anterior, além do contrato de franquia ser classificado como de adesão, este também possui inúmeras outras classificações, a seguir elucidadas.

3.3.1 Bilateral ou Sinalagmático

O contrato de franquia pode ser classificado como bilateral ou sinalagmático, oneroso, consensual, típico ou atípico (uma vez que há divergência doutrinária no que tange a tal aspecto classificatório), misto, comutativo, *intuitu personae*, de trato sucessivo ou de execução continuada e de adesão. (REDECKER, 2002, p. 40)

O negócio jurídico unilateral requer a declaração de vontade apenas de uma parte, que pode ser constituída de uma ou de várias pessoas. Já o negócio jurídico bilateral, resulta na vontade concordante dos figurantes contratuais. O seu pressuposto é o consentimento. A bilateralidade expressa essa sintonia, a coincidência ou o ajuste das vontades convergentes. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 262)

Distinguir a bilateralidade e a unilateralidade dos contratos é de fundamental importância, haja vista que existem efeitos que se estabelecem somente em contratos bilaterais, como a *exceptio non adimpleti contractus* (a exceção do contrato não cumprido), a condição resolutiva tácita, o vício redibitório, a evicção, as arras e a distribuição de risco.

Como contrato bilateral, que cria obrigações para ambas as partes, a franquia possuiu duas partes bem definidas, que são o franqueador e o franqueado. Ambos

detêm uma vasta gama de direitos e obrigações, previstos no próprio contrato e na doutrina jurídica já elaborada. Há, portanto, um sinalagma, um equilíbrio entre as prestações recíprocas.

3.3.2 Oneroso

Contrato oneroso é o acordo de vontades em que ambas as partes visam obter vantagens, impondo-se encargos recíprocos em benefício uma da outra. Assim é considerado o contrato de franquia, tendo em vista que provoca variação patrimonial para ambas as partes, que auferem lucros e aplicam recursos em suas atividades.

Neste sentido, informa Fran Martins (1998, p. 489) que:

O contrato de franquia é sempre oneroso. Essa onerosidade provém, em primeiro lugar, de uma taxa, às vezes chamada de taxa de filiação, que o franqueador cobra para conceder a franquia. Algumas vezes, além da taxa, o franqueador exige uma caução em dinheiro para garantir o futuro fornecimento das mercadorias. Ainda, cobra, sobre as vendas, uma determinada percentagem, o que vem de um certo modo diminuir os lucros do franqueado.

Como corolário dessa onerosidade, o contrato de *franchising* é de prestações recíprocas, ambas as partes suportam os gastos.

3.3.3 Consensuais e Comutativos

Nos contratos reais, além da manifestação de vontade, requerem a entrega da coisa para que este se torne perfeito. Em contrapartida os consensuais se tornam perfeitos e acabados apenas por efeito exclusivo da declaração de vontade das partes. O princípio do consensualismo não é anulado através desta classificação, em ambos os casos é necessário o consenso.

O contrato em comento é considerado consensual, tendo em vista que se torna perfeito e acabado com a simples manifestação da vontade do franqueador e do franqueado. Assim, não sendo necessária a existência de outro fato para tornar o contrato perfeito e exequível, tampouco a entrega de coisa para sua celebração.

Comutativo é aquele contrato em que as prestações de uma ou de ambas as partes são de antemão conhecidas e guardam entre si certa equivalência. Já o aleatório, há

incerteza para as partes sobre se a vantagem esperada vai ser proporcional ao dado em contrapartida. Segundo Orlando Gomes (2008, p. 89) o que distingue os contratos comutativos dos aleatórios “não é tanto a correspondência das vantagens procuradas, mas a certeza objetiva das prestações, obtida no ato de conclusão do negócio jurídico.”

Como bem afirma Luiz Edmundo Appel Bojunga (1990, p. 60):

No contrato comutativo bilateral que é o *franchise* pode não ocorrer uma equivalência objetiva das prestações (de varias naturezas) sendo, entretanto, fundamental, uma equivalência subjetiva. Cada contratante conhece e identifica seus próprios proveitos.

No contrato de franquia empresarial cada contratante conhece e identifica os seus próprios proveitos. Há uma equivalência subjetiva, em que a prestação corresponde a uma contraprestação e ambas ocorrem com certeza objetiva.

3.3.4 Formal ou Solene

Com objetivo de dar segurança ao negócio jurídico celebrado, a lei, em alguns casos, exige que certos contratos obedeçam determinada forma, que se torna um requisito essencial à sua validade, não bastando somente a manifestação de vontade das partes para a sua formação.

Como bem informa Orlando Gomes (2008, p. 92): “Dizem-se solenes os contratos que só se aperfeiçoam quando o consentimento é expresso pela forma prescrita em lei. Também denominam-se contratos formais.”

A Lei 8.955/94 determina em seu artigo 6º¹⁸ que o contrato de franquia deve ser em formato escrito. Assim, é formal, sendo um acordo que só se aperfeiçoa quando o consentimento é expresso em um instrumento escrito, por força da lei delinea seus requisitos básicos. Vale ressaltar, que este dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 221¹⁹ do Código Civil, que regulamenta de forma geral os

¹⁸ Art. 6º O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 2 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público.

¹⁹ Art. 221 CC. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor;

negócios. Na dispensa do registro, o contrato vigorará apenas entre as partes, sendo que, para sua oponibilidade a terceiros, deverá ser levado ao Cartório de Títulos e Documentos. Neste diapasão, o supracitado dispositivo também deverá ser interpretado observando-se o art. 401²⁰ do Código de Processo Civil.

3.3.5 Típico / Atípico

Quanto à classificação do contrato de franquia empresarial em típico ou atípico, divergem os autores pátrios quanto a esta estrutura. Segundo alguns, esse contrato é atípico e para outros ele é um contrato típico. (REDECKER, 2002, p. 41)

Primeiramente, faz-se necessário salientar que apesar das expressões: típico ou nominado e atípico ou inominado, que são costumeiramente utilizadas como sinônimos, estas não são corretamente empregadas.

Utiliza-se a expressão “contratos nominados”, quando estes possuírem nomenclatura ou terminologia própria e definitiva, ou seja, possuem um *nomen juris* na lei. Já a tipicidade corresponde aos que possuem regulamentação legal própria.

O contrato típico é aquele cujas regras disciplinares estão previstas de maneira precisa nos códigos ou nas leis, tendo denominação própria, formando espécies definidas. Já o atípico é aquele que não se acha especificamente regulado, não foi previsto pelo legislador. É um contrato fundado no princípio da autonomia das vontades, criado pelas partes, mas que podem, eventualmente, ter terminologia própria e definitiva.

Rubens Requião (1978, p. 45) afirma que: “O contrato de franquia configura, pois, no atual estágio de nosso Direito das Obrigações, um contrato atípico.”

Antes do advento da Lei 8.955/94 que disciplinou o contrato de franquias, o mesmo era tido de forma majoritária pela doutrina como atípico. Com o advento da supracitada lei, que regulamenta tal contrato, este passou a ser “teoricamente”

mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.

²⁰ Art. 401 CPC. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.

típico. Ocorre que há uma discussão acerca dessa classificação, haja vista que não há dispositivos na lei que regulamentem o seu conteúdo. Somente havendo previsão específica no art. 3º, que possui quinze incisos, no art. 4º que determina a Circular de Ofertas de franquia e o art. 6º que estabelece a forma escrita para este contrato.

Conforme informa a professora Ana Cláudia Redecker (2002, p. 42), divergindo daqueles que entendem o contrato de franquia seria típico e dos que utilizam as expressões atípico/inominado e típico nominado como sinônimos, seria “a franquia empresarial é um contrato atípico, mas nominado, eis que a Lei 8.955/94 lhe deu um ‘*nomen juris*’, mas não definiu os direitos e deveres dos contratantes”.

Complementando este pensamento, ensina Fábio Ulhoa Coelho (1995, p. 15-16):

O objetivo da Lei 8.955, de 15.12.1994 (publicada no DOU, 16.13.1994), foi de disciplinar a formação do contrato de franquia. Trata-se de diploma legal do gênero denominado *disclosure statute* pelo direito norte-americano. Ou seja, encerra apenas normas que não regulamentam propriamente o conteúdo de determinada relação jurídico-contratual, mas apenas impõem o dever de transparência na relação.

Assim sendo, a nova lei brasileira não confere tipicidade ao contrato de franquia. Continuam a prevalecer entre franqueador e franqueado as condições, termos, encargos e obrigações exclusivamente previstos no instrumento contratual firmado por eles. Procura, apenas, o legislador no diploma em questão, assegurar ao franqueado o amplo acesso às informações indispensáveis à ponderação das vantagens e desvantagens relacionadas com o ingresso em determinada rede de franquia.

Para o direito brasileiro, portanto, pode-se ainda considerar a franquia exemplo de contrato atípico, já que a Lei 8.955/94 não dispõe sobre o conteúdo da relação negocial, não define os direitos e deveres dos contratantes, mas apenas obriga o franqueador, anteriormente à conclusão do acordo, a expor claramente aos interessados na franquia as informações essenciais.

Diante do exposto, para fins deste estudo, o contrato de franquia será considerado atípico, porém nominado, haja vista que a Lei 8.955/94 é omissa em relação ao seu conteúdo.

3.3.6 *Intuitu Personae* ou Pessoal

O contrato de franquia também se caracteriza por ser *intuitu personae* (ou pessoal), que segundo Orlando Gomes (2008, p. 97) ocorre “quando a consideração da pessoa de um dos contraentes é, para o outro, o elemento determinante de sua conclusão”. A pessoa contratante passa a ser elemento causal do contrato,

agregando a este, elementos subjetivos, como confiança, experiência ou habilidade próprias.

Considera-se no sistema de franquia empresarial, as pessoas contratantes como elementos determinantes para a conclusão contratual, sendo assim, em qualquer de suas formas, este contrato apresenta-se eminentemente personalista. As características pessoais do franqueado é que determinam o motivo de sua aceitação ou eleição pelo franqueador, ou vice-versa. Desta forma, o *franchise* caracteriza-se por ser *intuitu personae*, pois importa aos contratantes que as obrigações acordadas sejam cumpridas pessoalmente (BOJUNGA, 1990, p. 63).

A confirmação dessa característica de pessoalidade encontra-se na obrigatoriedade da existência da Circular de Oferta de Franquia, que será detalhada adiante, trazida pelos incisos V e VI do artigo 3º²¹ da Lei 8.955/94. Esta Circular deverá conter informações detalhadas sobre o perfil do franqueado procurado, relativas às experiências anteriores com administração de negócios, nível de escolaridade, habilidades pessoais, ou seja, características almejadas pelo franqueador para a melhor fluidez do negócio.

Assim sendo, conclui-se que o perfil do franqueado é elemento essencial à celebração do contrato pelo franqueador.

3.3.7 Adesão

O caráter de adesão inerente a determinados contratos, foi profundamente dissecado no capítulo anterior deste estudo. Dessa sorte, cumpre neste momento, utilizar as bases outrora firmadas com o fito de alicerçar o estudo que ora se busca empreender, qual seja, aquele acerca dos contratos de franquia.

²¹ 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:

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

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

O *franchising* é formalizado em um contrato bilateral, firmado entre as partes, franqueado e franqueador. Tal contrato é também um contrato de adesão, que se apresenta para o franqueado em modelo pré-impresso, ou de redação definitiva, com cláusulas inalteráveis, refletindo uma relação de desequilíbrio. Assim como todo contrato dominado por uma das partes, possui uma gama de cláusulas abusivas, que só passam a ser contestadas quando se tornam ameaçadoras à sobrevivência do negócio mantido pelo franqueado.

No contrato de franquia, segundo Luiz Edmundo Appel Bojunga (1990, p. 64), o fenômeno da contratação por adesão é possível ser visualizado em dois momentos, cronologicamente diversos:

Num primeiro momento, o franqueador elabora um sistema para rede de franquia, redigindo cláusulas contratuais abstratas que irão reger o conteúdo das relações contratuais que pretende concluir, de forma uniforme, com os candidatos à franquia. Em um momento posterior, o candidato adere ao sistema, podendo negociar, criando-se entre as partes uma relação jurídica negocial sinalagmática.

O franqueador em tal espécie contratual sempre é a parte mais forte da relação, de sorte que impõe à outra parte (mais fraca - o franqueado) a sua política organizacional e de trabalho. O franqueado, não obstante se tratar de um comerciante independente, tem de aceitar todas as regras impostas em tais contratos com o escopo de beneficiar e proteger o sistema de franquias, sob pena de não efetivar o negócio jurídico.

Diante da proposta apresentada pelo franqueador, o franqueado não possui outra possibilidade a não ser aceitá-la em bloco ou desistir de contratar. Nesse sentido, a idéia contratual, em decorrência da adesão, meramente formal, aperfeiçoa-se com o consentimento livre do aderente.

No contrato de franquia empresarial o princípio da adesão toma o lugar do livre consentimento, o que não torna nula a pretensão dos contratantes e sim fortalece a prática contratual estabelecida. Assim sendo, cabe exclusivamente ao franqueador estabelecer as diretrizes contratuais, não participando o franqueado da elaboração do seu conteúdo. Isto deriva, necessariamente, da natureza do contrato *sub oculi*, uma vez que cabe ao franqueador apresentar ao franqueado, que pouco conhece sobre o negócio, em verdade, as diretrizes que melhor informarão a referida relação negocial.

Logo, se o contratante, futuro franqueado, quiser realizar aquela relação jurídica que lhe proporcione a concretização do negócio visado, deverá submeter-se às cláusulas estipuladas pelo franqueador, detentor do “poder” de concessão, já que no contrato de franquia o princípio da autonomia da vontade se manifesta por meio da liberdade conferida ao do franqueado, parte aderente, de escolher ingressar ou não no negócio jurídico proposto ao público (franquia).

As disposições, em sua totalidade, estabelecidas em um contrato de franquia já são previamente estipuladas exclusivamente por uma das partes (franqueador), cabendo a outra (franqueado) aceitá-las ou não. Esta forma contratual é visualizada nos contratos de adesão, em que se apresentam cláusulas gerais, uniformes e abstratas, elaboradas por apenas uma das partes, conforme explanado no capítulo anterior. Desse modo, resta indubitável que o contrato de franquia é um contrato de adesão.

Como exemplo da constatação da predominância do franqueador e submissão do franqueado, ou seja, do caráter de adesão do contrato de franquia, tem-se o acórdão da Segunda Seção (Terceira e Quarta Turmas reunidas) do Superior Tribunal de Justiça, resolvendo o Conflito de Competência 32.877/SP:

Conflito negativo de competência. Eleição de foro. **Contrato de franquia. Adesão.** Abusividade.

1. **Em contrato de adesão, unilateralmente elaborado pela franqueadora, que impõe todas as cláusulas que regem a relação com o franqueado**, sopesadas as circunstâncias peculiares do presente caso, deve ser reconhecida a abusividade da cláusula de eleição de foro, pois afirmada nos autos a impossibilidade do franqueado efetuar regular defesa no Juízo contratualmente eleito, face a sua difícil situação econômica, decorrente do próprio contrato de franquia. Ressaltado, ainda, o alto poder econômico da franqueadora em contraste com a situação do franqueado.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Lajeado/RS.

(Conflito de Competência Nº 32.877 - SP 2001/ 0087035-0 Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito: Brasília, DJ 26 fev. 2003, S2 - Segunda Seção)

O contrato de franquia, dessarte, é um contrato tipificado como de adesão, e, sendo assim, todas as características, princípios e parte da legislação anteriormente estudada acerca dos contratos de adesão podem e devem lhes ser aplicadas.

3.3.8 Demais classificações

O elemento temporal de execução do contrato de franquia, pela própria natureza do

negócio jurídico, diferencia-se daquele dos contratos instantâneos, que são executados em um único momento. A franquia é um contrato de execução continuada, marcadamente de duração. As prestações não se realizam em um só momento, mas de forma continuada e permanente que perduram no tempo, por prazo determinado, e em alguns casos indeterminado.

A utilidade do contrato é proporcional à sua duração, sendo este tempo definido por ambas as partes. O prolongamento da execução do contrato de franquia (trato sucessivo) é condição para que o negócio produza os efeitos pretendidos pelas partes.

Desta forma, o contrato de franquia pode ser classificado como um negócio jurídico bilateral, comutativo, atípico (dependendo da corrente seguida), oneroso, consensual, não solene (formal), consensual, *intuitu personae*, por adesão e de duração.

3.3 NATUREZA JURÍDICA

Conforme estudado anteriormente, a natureza jurídica especifica como o direito percebe cada um de seus institutos, de modo a melhor identificá-los dentro daquele. Para melhor compreensão do contrato de franquia, objeto do presente estudo, faz-se necessário, ainda que breve, uma dissertação acerca da natureza que o engloba.

O contrato de franquia possui natureza complexa, podendo em certos casos revestir-se das características de um contrato comercial, quando inserido em mercado de comércio (mercância), ou ainda civil, quando se limita a prestações de serviços.

Há uma clara aproximação deste contrato com diversos outros nominados ou inominados, dentre eles, a licença de marcas, de cooperação entre empresas, mandato mercantil, comissão, concessão de vendas, distribuição, etc.

A franquia é contrato autônomo que se forma pela junção de contratos distintos, sendo assim de natureza mista.

Neste diapasão, calha trazer à baila a natureza jurídica do contrato de franquia na visão de Luiz Edmundo Appel Bojunga (1990, p. 61), que esclarece:

Outra característica da franquia decorre de sua feição mista. Para o Professor Arnaldo Wald os contratos mistos são criados pelas partes com a utilização simultânea de elementos de diversos contratos nominados. E não é só. Cumpre notar, como leciona Álvaro V. Azevedo, na esteira de Messineo, que “nem sempre o contrato misto resulta de elementos precedentes de contratos nominados.” O *franchising*, p. ex., utiliza elementos de contratos típicos e atípicos. Assim, vale-se da compra e venda, comodato, comissão mercantil, sociedade, concessão mercantil, bem como de transferência de tecnologia, *know-how*, entre outras figuras contratuais.

Ainda sobre o tema, mister trazer à baila os ensinamentos neste tocante de Jorge Lobo (1997, p. 31), o qual assevera que: “o franchising é uma nova técnica de cooperação entre empresas independentes, com vistas a maximizar os resultados operacionais de ambas”.

Desse modo, embora a doutrina divirja em alguns aspectos concernentes à natureza jurídica do negócio jurídico em análise, impende o reconhecimento de que é pacífico o entendimento através o qual o mesmo possui natureza de negócio jurídico complexo, uma vez que esta sua figura contratual possui elementos inerentes a diversos outros instrumentos típicos, a exemplo do contrato de transferência de tecnologia (*know-how*); compra e venda; concessão; etc.

Em sendo assim, diante do exposto e dos posicionamentos mencionados, encerra-se o presente capítulo. Os conceitos, as características e as classificações até o presente estudados, serão de grande valia para o objeto do presente estudo, qual seja a análise da vulnerabilidade apresentada pelo franqueado e as formas de combate dispostas pelo ordenamento pátrio em face do caráter de adesão do contrato de franquia.

4 A PROTEÇÃO DADA AO FRANQUEADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo tem por escopo analisar com qual proteção jurídica foi contemplado o franqueado pelo ordenamento jurídico brasileiro e até que ponto pode-se utilizar de forma análoga, devido à sua vulnerabilidade, as proteções trazidas pelo microssistema jurídico do Código de Defesa do Consumidor.

Para se alcançar o quanto almejado, fez-se necessário perpassar a análise de dois institutos, que conforme demonstrado, se correlacionam, quais sejam: o contrato de adesão e o contrato de franquia.

A partir das premissas e posições elencadas, entende-se que o contrato de franquia é um contrato de adesão, padrão, que padece de um congênito desequilíbrio econômico entre as partes, sendo o franqueado (aderente) a parte mais fraca do contrato. Nessa toada, mister adentrar com mais profundidade na questão do desequilíbrio desta relação, de modo a demonstrar com mais clareza a posição vulnerável do franqueado na relação em questão.

4.1 DO VULNERÁVEL NA ESFERA PRIVADA

A esfera privada do Direito possui como principal característica a liberdade contratual, que por sua vez, baseia-se no princípio da autonomia da vontade. Porém, tal princípio, por diversas razões, acaba por ser mitigado, levando a um desequilíbrio no poder de contratar, que, sem sombra de dúvidas, interfere no resultado final de tais hipóteses. Decorrente disto, uma das partes acaba por deter maior poder ou total controle do quanto acordado, o que, evidentemente, pode ocasionar abusividades, colocando o outro pólo numa condição de vulnerabilidade frente a

detentor de tal poder. Por tal razão, mister que tal acontecimento jurídico seja melhor estudado, a fim de que o ordenamento possa, por força do princípio da isonomia, reequilibrar tal situação.

4.1.1 Conceito e tutela

A noção de vulnerabilidade, está muito mais presente nas ciências sociais e apesar de não ser propriamente jurídica é fartamente utilizada nas esferas do direito privado.

Os dicionaristas definem vulnerável como aquele que “diz – se do lado fraco de um assunto ou de uma questão, ou do ponto pelo qual alguém pode ser atacado ou ferido” (FERREIRA, p. 2078) e ou que é o “sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido” (HOUAISS, p. 2884). Em síntese, aquele que se encontra em posição de inferioridade passível de sofrer lesão ao seu direito.

No que concerne ao sentido jurídico utilizado pelo ordenamento pátrio, Yann Favier (2013, p. 16) observa que:

A vulnerabilidade em direito aparece em uma relação de forças quando se faz necessário compensar desigualdades consideradas como “naturais” e resultantes de um fato considerado objetivo (idade ou estado de saúde) ou como resultado de uma situação voluntária instituídas entre pessoas privadas (em relação às obrigações). O direito fazendo uso de noções apriorísticas – as “qualificações” jurídicas – recebe dificilmente esta noção, pois é muito difícil de definir *a priori* a vulnerabilidade.

No ordenamento brasileiro constitucional não há uma norma geral expressa de proteção à vulnerabilidade econômica, contudo, o artigo 3º da Constituição Federal de 1988²² consagra o princípio da solidariedade social, que é a fonte constitucional do princípio do equilíbrio contratual.

A partir da análise axiológica do artigo constitucional supracitado, extrai-se o imperativo de proteção dos hipossuficientes, que podem ser equiparados às

²² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

minorias, sobretudo nas relações privadas em que o desequilíbrio entre as partes não encontra qualquer justificativa no interesse coletivo. (TEPEDINO; SCHREIBER 2002, p. 138)

Segundo Thomaz Saavedra (2005, p. 128), ao elencar os princípios constitucionais de proteção à parte vulnerável no franchising, entende que “de um lado a regra da solidariedade, positiva, que promove o equilíbrio contratual e impõe ao franqueador uma atitude que respeite a dignidade e a boa-fé do outro contratante (art. 3º I, II). De outro lado o princípio que bloqueia o abuso do poder econômico, vedando toda prepotência geradora de desequilíbrio”.

A codificação privada emergente encontra suas raízes no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que trouxe novos conceitos ao ordenamento, baseando-se em novos princípios históricos e políticos, diametralmente opostos ao disposto no Código Civil de 1916.

Ocorre que o novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, propõe uma harmonização com o CDC, particularmente procurando estabelecer as fontes para um diálogo entre tais diplomas, de coordenação e adaptação sistemática. Tal diálogo contribuiu para a construção do Direito Civil Contemporâneo. (MARQUES, 2002, p. 24-52).

O Código Civil de 2002 traz ao direito privado brasileiro os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor, como a função social dos contratos, a boa-fé objetiva, etc. Isto porque há convergência entre os princípios do CDC e do CC/2002, visto que buscam igualdade e equidade, com o escopo de atingir a harmonia nas relações cíveis em geral e nas de consumo ou especiais. Como ensina a Ministra Eliana Calmon: “O Código de Defesa do Consumidor é diploma legislativo que já se amolda aos novos postulados, inscritos como princípios éticos, tais como a boa-fé, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações”. (CALMON, 2001, apud, MARQUES, 2002, p. 30)

4.2 A PROTEÇÃO DO FRANQUEADO/VULNERÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

O tratamento protetivo dispensado ao franqueado pelo direito brasileiro é o tema do

tópico que ora se enceta. Tal análise parte do enfoque deste enquanto figura vulnerável no contrato de franquia e objetiva culminar com uma proposta de interpretação mais adequada para tanto. Por tal razão, além de se analisar se, de fato, o franqueado se encontra em condição de vulnerabilidade, também perpassará a tutela que é reconhecidamente a este concedida pelo ordenamento, bem assim, a análise da possibilidade de ampliação de tal interpretação, a fim de buscar meios de ampliação da referida tutela.

4.2.1 Da vulnerabilidade do franqueado

Cláudia Lima Marques (2002, p. 269) traz uma classificação amplamente utilizada pela doutrina brasileira, afirmando que a vulnerabilidade é um fato e como tal se manifesta em vários aspectos: a) técnico; b) jurídico; c) econômico.

A vulnerabilidade técnica mostra-se por meio do desconhecimento, insuficiência de inteligência pela parte adquirente ou usuária, para analisar as qualidades intrínsecas do produto ou serviço, bem como os riscos que estes possam apresentar. Trata-se de um desconhecimento específico, que torna difícil, senão impossível, instruir o processo decisório para uma escolha final consciente. Tal espécie de vulnerabilidade é mais facilmente identificada nas relações de consumo.

No aspecto jurídico, o vulnerável encontra-se em posição de submissão a quem possui o conhecimento jurídico, quem dispõe meios facilitados de acesso a justiça, sendo menos esclarecido acerca de seus direitos. Marcelo Junqueira Calixto (2006, p. 324) também denomina este aspecto de contábil, afirmando que este “apresenta-se como a ignorância do valor e do alcance dos termos jurídicos empregados em um contrato ou como a impossibilidade de realização de uma perícia contábil.”

Por fim, a vulnerabilidade fática também denominada de socioeconômica, revela-se sempre que houver um desproporcional desequilíbrio em relação à posição econômica apresentada pelas partes. Cláudia Lima Marques (2002, p. 273) afirma que este aspecto ocorre quando a parte mais forte da relação, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, ocupa uma posição de monopólio fático ou jurídico, impondo sua superioridade a todos que com ele

contratam.

A jurisprudência já reconheceu a existência destes três aspectos, conforme voto da Relatora, ministra do STJ. O caso apresentado, tratava de um litígio entre duas pessoas jurídicas, hotel e distribuidora de gás, pleiteava-se a indenização do hotel pela distribuidora devido à impossibilidade deste usufruir as sobras de gás.

Com essas considerações, seja por reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa jurídica empresária, em face da suprema necessidade do bem para o exercício da atividade hoteleira (vulnerabilidade fática), da natureza adesiva do contrato de compra e venda estabelecido (vulnerabilidade jurídica), e da impossibilidade de extração total do produto dos botijões (vulnerabilidade técnica); (...). (STJ, REsp. 476.428, 3ª T., Rel Min. Nancy Andrighi, julg. em 19.04.2005)

Para a autora acima mencionada, a verificação de um destes três tipos de vulnerabilidade é imprescindível para que no caso concreto determine-se a pessoa como consumidora. A situação de vulnerabilidade do consumidor, entretanto, é presumida pela lei, sendo aplicada diretamente à pessoa física, enquanto a da pessoa jurídica deve ser demonstrada. A “destinação final” puramente fática é insuficiente para determinar a existência da relação de consumo tutelada pela lei.

O princípio da vulnerabilidade constitui a base, o alicerce do Direito do Consumidor, como expressão da isonomia constitucional, assumindo o papel de vetor da aplicação das normas do código, indicando o conteúdo do conceito jurídico de consumidor, por meio da definição do sentido da expressão “destinatário final” analisada sob a ótica do caso concreto. (CARPENA, 2004, p. 39)

Faz-se necessário ressaltar que vulnerabilidade e hipossuficiência são conceitos distintos, embora muito semelhantes. Dentro do âmbito consumerista, a vulnerabilidade é uma característica de todos os consumidores, aqueles que realizam destinação final ao produto ou serviço, ao passo que a hipossuficiência seria um agravamento da situação de vulnerabilidade, um *plus* em relação a esta. (CALIXTO, 2006, p. 325)

O art. 6º do CDC, que estabelece direitos básicos do consumidor, dispõe nos incisos IV e V²³ normas protetivas decorrentes do caráter vulnerável apresentado pelo

²³ Art. 6º CDC - São direitos básicos do consumidor: (...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

consumidor. Já o artigo 29²⁴ amplia o rol de aplicação da norma a todos aqueles, que em virtude de seu estado de vulnerabilidade contratual, se equipararem aos consumidores. Alguns outros dispositivos contidos entre os capítulos V e VI da referida norma relacionam-se com a vulnerabilidade apresentada pelo franqueado no contrato de *franchising*²⁵.

4.2.1.1 Distinções necessárias: vulnerabilidade x relação de emprego

Há certa confusão, quando se analisa a vulnerabilidade no contrato de franquia, entre uma fraude, que escamoteia uma relação de emprego e a situação vulnerável do franqueado, inerente a este tipo de relação jurídica. Neste sentido, impende, no estudo ora desenvolvido, sejam traçadas linhas gerais com o fito de diferenciá-las, haja vista se tratem de duas situações jurídicas distintas, possuindo, destarte, proteções diferenciadas no ordenamento pátrio.

Leandro Dorneles (2013, p. 295) afirma que “nas relações de emprego em geral, pode ser perfeitamente identificável um conjunto de vulnerabilidades hierárquica, ao menos, nos planos negocial, hierárquico, econômico, técnico social ou informativo (ou informacional).”

Para melhor exemplificar as formas de vulnerabilidade existentes na relação de emprego, o referido autor dispõe que:

O fato de ser recrutado por outrem é um indicativo da *vulnerabilidade negocial* do trabalhador; o de ser fiscalizado e dirigido, da *vulnerabilidade hierárquica ou jurídica*; o de ser remunerado, da *vulnerabilidade econômica*; e o de se inserir em uma organização, da vulnerabilidade técnica. DORNELES (2013, p.295)

Em suma, há um alto grau de vulnerabilidade na relação de emprego padrão, sendo

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

²⁴ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas

²⁵ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

configurada por inúmeras variáveis. Nesta, indubitavelmente, a sujeição do outro pólo é muito maior, porquanto o empregado é hierarquicamente inferior, devendo se sujeitar mesmo ao quanto determinado pelo empregador a fim de que esta relação jurídica se perfectibilize. Tal subordinação, própria da relação de emprego, não se faz presente no relacionamento entre franqueado e franqueador, de modo que o liame que os une é diverso.

Evidentemente, a teoria elege conceitos e direções que não são respeitados na práxis, de sorte que há nestes casos em que sob a égide de um contrato de franquia, em verdade, uma relação de emprego. Em tais situações, cabe ser feita, casuisticamente, uma análise do grau da vulnerabilidade presente, a fim de que seja identificado do que se trata.

Sob a ótica do direito do trabalho, existem dois aspectos a serem analisados: o primeiro a relação estabelecida entre os funcionários e franqueado, ao passo que o segundo, o próprio franqueado em face do franqueador.

Em princípio, os empregados do estabelecimento comercial ao qual funciona a franquia não podem ser considerados como sendo do franqueador, haja vista que o contrato é firmado pelo próprio franqueado diretamente com os funcionários, estabelecendo relações de submissão e pessoalidade, características da relação de emprego com este último. Todavia, se em concreto ficar evidente uma relação de profunda dependência entre eles, que permita qualificar o franqueado como mero agenciador de mão-de-obra para o franqueador, este último deverá arcar com todos os encargos trabalhistas decorrentes desta subordinação, porquanto fica evidente a fraude escamoteada pelo contrato de franquia.

É que o que caracteriza a relação de emprego é a cumulação necessária de alguns elementos, a saber: pessoalidade; onerosidade; não-assunção dos riscos da atividade patronal; duração contínua ou não-eventual e subordinação.

A característica da pessoalidade, leva em consideração que o empregado é contratado em razão de suas qualidades e aptidões pessoais. Como bem elucida Luciano Martinez (2012, p. 126) a este conceito de pessoalidade “existe, portanto, a idéia de intransferibilidade, ou seja, de que somente uma especifica pessoa física, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço ajustado”. Diante do já exposto no segundo capítulo do presente trabalho, pode-se aferir que o franqueado possui

certa relação de pessoalidade com o franqueador, haja vista que a circular de oferta estabelece como pré-requisito para realização do negócio (abertura da franquia), as características específicas que o franqueado deve possuir.

A onerosidade está caracterizada pela retribuição remuneratória decorrente do trabalho. Tal característica, entretanto, não deve servir de parâmetro para a distinção da vulnerabilidade comum ao contrato de franquia e aquela que caracterizará a fraude, porquanto pode ser facilmente abafada em concreto, de sorte a não se mostrar muito confiável.

A não-assunção dos riscos da atividade, estabelece que o empregado está alheio a qualquer dificuldade financeira ou econômica sofrida pelo empregador, bem como pelo seu empreendimento, não assumindo assim os riscos da atividade desenvolvida pelo empregador. Como bem define MARTINEZ (2012, p. 127) ao denominar essa característica pelo nome de “alteridade (alter é palavra latina que significa ‘outro’, ‘alheio’), porque, sendo um emprego um ‘trabalho prestado por conta alheia’ não está o empregado adstrito à expectativa de o empregador alcançar uma margem mínima de lucratividade para que seu salário seja pago”. Esta também, em verdade, não serve ao propósito em debate, porque é comum tanto à fraude, quanto ao contrato de franquia, no entanto nesta é natural que ocorra, ao passo que naquela é um dos desvios almejados pela fraude.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) conceitua em seu artigo 3º²⁶ o empregado, estabelecendo assim a quarta característica da relação de emprego, a da duração não eventual ou contínua. O empregado, conforme o próprio dispositivo legal, é toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário. A relação estabelecida entre franqueado e franqueador é claramente contínua, haja vista que para ambas as partes a lucratividade do negócio encontra-se ligada a sua não eventualidade, continuidade.

Por fim, na subordinação que de acordo Luciano Martinez (2012, p. 129), o tomador define o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado, caracterizado pela

²⁶ Art. 3º CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

sua intercessão na maneira de operacionalizar a atividade, intrometendo-se nos meios pelos quais serão alcançados os resultados das atividades contratadas. O aludido autor, para melhor exemplificar, traz a etimologia da palavra “subordinação” que revela suas fundamentais características. “Subordinar (sub + ordinare) significa ordenar, comandar, dirigir a partir de um ponto superior àquele onde se encontra outro sujeito”.

Esta derradeira é o ponto nevrálgico da diferenciação, porquanto subordinação é, conforme adrede exposto, uma vulnerabilidade hierárquica, muito mais forte que as vulnerabilidades intrínsecas ao contrato de franquia, de sorte que esta é que servirá de critério para a identificação em concreto do tipo de relação que foi estabelecida de fato, se relação de emprego, ou cível (de franquia).

4.2.2 A proteção ofertada pelo Código Civil

O Código Civil de 2002 já nasceu desatualizado, haja vista que apesar da sua longa tramitação, cerca de três décadas, veio a lume com a mesma redação do projeto de 1975, assim, foi vencido pelos acontecimentos. Desta forma, a referida norma reservou nas disposições gerais aplicáveis aos contratos, apenas dois dispositivos específicos ao contrato de adesão, os artigos 423 e 424, assim enunciados:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Porém, em face das inovações trazidas no campo contratual, o CC/2002 buscou solucionar os conflitos existentes nas relações civis e empresariais por meio da positivação dos princípios da função social do contrato da boa-fé objetiva (art. 421 e 422), bem como, de forma indireta, do equilíbrio contratual, conforme se observa:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Como já estudado anteriormente, o princípio da boa-fé objetiva é a boa-fé do

comportamento, impondo uma conduta honesta, leal e correta às partes. O CC/2002 disciplinou tal princípio no art. 422 associando-o ao princípio da probidade, que é qualidade exigível sempre à conduta de boa-fé. Assim, o princípio da probidade, juntamente com os da confiança, da informação e lealdade, seriam complementares ao da boa-fé objetiva.

Neste sentido, torna-se claro que o princípio da boa-fé protege o franqueado, porquanto estabelece a forma como as partes devem agir, especificamente o franqueador, o responsável por redigir as cláusulas contratuais, impondo a este o dever de agir com boa-fé, bem assim todos os deveres a ela anexos.

Tão importante quanto o supracitado princípio é o princípio da função social dos contratos, que estabelece a predominância dos interesses sociais frente aos individuais pactuados nas relações. O ordenamento pátrio tutela de forma explícita a ordem econômica e social na CF/88, que estabelece em seu art. 170²⁷ que toda a atividade econômica está submetida à primazia da justiça social.

No CC/2002 a liberdade de contratar relaciona-se à função social enquanto seu limite fundamental. Apesar de serem dois princípios antagônicos, faz-se necessário que sejam aplicados de forma coesa. Tal princípio encontra-se respaldado pelo art. 421 do CC. Assim sendo, todos os contratos, inclusive os de franquia, devem observar tal regulamentação, objetivando proteger o interesse coletivo além do particular, o que, em última análise, não permite que o franqueador tutele unicamente seus interesses, pensando também no coletivo, onde se inclui o interesse do franqueado.

Já o princípio da equivalência material busca preservar o equilíbrio contratual, de forma a estabelecer uma proporcionalidade entre os direitos e deveres pactuados entre as partes aferíveis objetivamente. Como bem elucida Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 8), “esse princípio abrange o princípio da vulnerabilidade jurídica de uma das partes contratantes, que o Código de Defesa do Consumidor destacou”.

Tal princípio, efetivamente, de uma forma ou de outra, serve à proteção do franqueado, porquanto aplaina casuisticamente uma relação contratual em

²⁷ Art. 170 CF A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

desequilíbrio. Além do mais, uma das formas de se aferir a vulnerabilidade na relação contratual é verificar a presença de cláusulas abusivas, que proporcionem o desequilíbrio contratual entre as partes. O CC/2002 não trouxe disposições específicas acerca do tema, sendo omissivo neste ponto.

Desta forma torna-se claro que o contrato de franquia é protegido pelos supracitados princípios regulamentados pelo Código Civil, estes, contudo, são insuficientes para tutelar a vulnerabilidade apresentada pelo franqueado, uma vez que, dado o caráter de adesão dos contratos de franquia, o franqueador está em condição tal que tais princípios não são suficientes para nivelar a desigualdade gerada.

4.2.3 A possibilidade de aplicação da tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor aos franqueados

A Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, confirmando no plano da legislação ordinária os princípios e valores constitucionais, em seu capítulo II, referente a “Política Nacional das Relações de Consumo”, dispôs expressamente o reconhecimento da vulnerabilidade em seu art. 4º, I²⁸. A doutrina, contudo, não se posicionou de forma uníssona no que tange a interpretação dos valores normativos atrelados aos mencionados princípios.

A idéia de vulnerabilidade é o cerne do conceito de consumidor, no entanto, esta noção não está expressa no conceito legal trazido pelo art. 2º do CDC²⁹, deixando o legislador a cargo da doutrina e da jurisprudência a construção do conceito.

O princípio da vulnerabilidade está diretamente relacionado ao princípio da igualdade, que lhe é pressuposto. Nesta senda, como bem afirma Heloísa Carpena (2004, p. 35) ao dispor que “aquele que é vulnerável, necessariamente se encontra numa relação desigual. Pode-se afirmar portanto que o princípio da vulnerabilidade é

²⁸ Art. 4º CDC A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

²⁹ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

subprincípio, derivado do princípio constitucional da igualdade, expresso no *caput* do art. 5º da Constituição Federal³⁰.

O princípio da boa-fé objetiva, como fora melhor explanado anteriormente, foi introduzido no ordenamento pátrio pelo CDC em seu art. 4º, III, sendo um marco a ser observado nas relações contratuais, somente sendo transportado para o Código Civil quando da promulgação do novo, em 2002. Tal dispositivo menciona também a transparência e a necessária harmonia nas relações de consumo, que serão buscadas por meio da boa-fé.

Thomaz Saavedra (2005, p. 130) ao aplicar um dos princípios gerais dos contratos, qual seja o da boa-fé objetiva, esclarece que:

Pela boa-fé, o direito valoriza o sinalagma contratual. Protege-se o equilíbrio e sanciona-se a onerosidade excessiva, revitalizando-se a importância da comutatividade das prestações, reprimindo-se os excessos do individualismo e procurando a justa proporcionalidade de direitos e deveres de conduta e de prestação, nos contratos.

O ordenamento jurídico buscou por este princípio assegurar a colaboração mútua entre as partes para a realização dos fins comuns perseguidos no contrato, estabelecendo assim um equilíbrio contratual. Além do princípio da boa-fé, o CDC, em diversos artigos, disciplina proteções específicas aos vulneráveis nas relações contratuais.

Alguns doutrinadores entendem não ser possível a aplicação do CDC nos contratos de franquia, principalmente por afirmarem que o franqueado não se enquadra no conceito legal de consumidor.

Carlos Alberto Menezes Direito, ex-ministro do STJ (2006, p. 4-7), defendeu a idéia de que as relações entre franqueados e franqueador não evidenciam hipótese de aplicação do CDC. Sustentou que a interpretação dos contratos não precisa ser embasada à luz do CDC para proteger o equilíbrio contratual, de força das partes, porquanto o CC/2002 possui suficiente instrumento técnico para embasar as decisões judiciais.

No mais, afirmou que o contrato de franquia é regulamentado por lei específica (Lei

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

8.955/1994), que regula estritamente a formação do contrato e as sanções possíveis, devendo aplicar de forma subsidiária o CC/2002, que é legislação matriz da disciplina contratual e não o CDC, que também é lei especial sobre as relações de consumo.

Por fim, em análise principiológica acerca do tema, dispôs que:

A boa-fé opera na reciprocidade, sendo claro que aquele que contrata sabendo com antecedência daquilo que contrata, não sendo pessoa fora do mercado, hipossuficiente, ou ignorante da prática comercial da área que vai contratar, subordinado a uma lei especial que define a formação do contrato e as condições prévias da contratação, não pode postular a proteção do Código de Defesa do Consumidor. Não se trata nem de relação de consumo, nem de consumidor, nem no meu entender de equiparação a consumidor. (DIREITO, 2006, p. 7)

Entretanto, apesar do *franchising* possuir legislação especial, esta ainda é omissa, deixando de trazer de forma detalhada diversas questões fundamentais na relação contratual, como por exemplo, que deve acontecer em caso de dubiedade das cláusulas contratuais. Por este motivo, entende-se que deve ser aplicada, apenas nas questões em que ainda houver lacuna ou carência protetiva, apesar da aplicação subsidiária do CC/2002, a principiológica consumerista, bem assim, determinados dispositivos do aludido *Codex*.

Gustavo Tepedino (2001, p. 213) enxerga os princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor como dotados de verdadeira vocação expansionista. Encara como pacífica a aplicação do CDC, mesmo em situações em que não exista propriamente uma relação de consumo, desde que identificados os pressupostos essenciais de hipossuficiência que justificam e dão legitimidade normativa à tutela do consumidor.

A jurisprudência já aplica o CDC em inúmeros casos em que se constata a situação de vulnerabilidade da parte contratual. Assim, esta também deve ser aplicada de forma supletiva ao franqueado, que, como já exposto, é vulnerável, apresentando um desequilíbrio significativo perante o franqueador, uma vez, dado o caráter de adesão da referida modalidade contratual, há a possibilidade de que inúmeras cláusulas abusivas sejam impostas pelo predisponente em desfavor do franqueado.

Adriana Theodoro de Mello (2001, p. 150) considera os franqueados como “comerciantes profissionais” e, portanto, estariam em igualdade de condições com o franqueador para negociar o contrato. Entende, em suma, que “não se justifica no

contexto da franquia qualquer regra específica de restrição da autonomia da vontade e imposição de uma responsabilidade objetiva, porque as partes são capazes de estabelecer a equação econômica equilibrada do contrato”.

No que concerne à capacidade negocial das partes, apesar do franqueado ser comerciante, isto não implica que ele tenha um conhecimento técnico, econômico ou jurídico para negociar em iguais condições com o franqueador, estando assim submetido às suas imposições e tornado-se vulnerável contratualmente.

Nesta linha intelectual, comunga-se o quanto delineado por Adalberto Simão Filho (1998, p. 125):

(...) não se torna difícil perceber que pode haver situações no exercício do franchising em que, em degeneração do instituto, o franqueador passe a exercer, em caráter externo, sob o manto dos princípios de autonomia das pessoas jurídicas partícipes, controle tal sobre a atividade de suas franqueadas que culmine por inviabilizá-las economicamente, ou, mais grave, passe a causar prejuízos a terceiros consumidores.

Vale ressaltar que os contratos de franquia são firmados com a pessoa física do franqueado ou com a pessoa jurídica que este venha a formar para dar operacionalidade ao negócio, de sorte que não se trata de pessoa jurídica nem com o mesmo porte econômico do franqueador, ou, menos ainda, com o mesmo tempo/experiência de mercado, de sorte que não há que se falar em qualquer paridade nestes casos. Assim, tal argumentação não pode servir de impedimento à aplicação analógica aos franqueados da proteção dada pelo CDC aos vulneráveis.

Ademais, procede, de fato, o entendimento de que o franqueado não é consumidor, haja vista que não se enquadra na disposição legal que traz à baila seu conceito. O próprio CDC, porém, traz em seu artigo 29 a possibilidade de equiparação do conceito de consumidor àqueles que se apresentem em situações específicas, expostas às práticas previstas na norma.

O legislador, para estender os princípios do CDC a outras relações, baseou-se no desequilíbrio econômico das partes e na vulnerabilidade de um dos contratantes. Como já estudado anteriormente a invocação de princípios não depende de uma situação de vulnerabilidade, basta que sua valoração seja necessária e suficiente para o preenchimento de uma lacuna.

Neste sentido elucida Thomaz Saavedra (2005, p. 134):

Os princípios contidos no CDC passam a ter ainda maior força de aplicação, naquelas situações em que, além de preencher as lacunas da lei, também protegem a parte mais fraca do contrato, ligando-a aos consumidores pelo elo da vulnerabilidade.

Como já amplamente demonstrado, o franqueado se encontra num evidente desequilíbrio contratual, caracterizando-se como o vulnerável da relação, e, assim sendo, deve lhe ser aplicada a mais completa proteção disponível no ordenamento, haja vista a ausência de proteções efetivas nas legislações específica e geral (CC/2002), carecendo, portanto, de amparo.

Ao afirmar que os princípios sociais adotados pelo ordenamento aproximam muito mais do que se imaginava o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, ainda que neste estejam mais precisos, Paulo Luiz Netto Lôbo (2003, p. 15), dispõe que “a tendência, portanto, é o desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo, ao menos no que concerne a seus princípios e fundamentos básicos”.

Esta aproximação entre os mencionados diplomas normativos objetiva proporcionar uma melhor solução a eventuais litígios decorrentes dos casos concretos. Assim, apesar do contrato de franquia estar disciplinado em legislação própria e regulamentado de forma subsidiária pelo CC, estes ainda são insuficientes para proporcionar ao franqueado a proteção necessária inerente a sua vulnerabilidade em face do franqueador. É que, consoante leciona Adalberto Simão Filho (1998, p. 126):

Dessa forma, se o franqueador, em exercício pleno de domínio sobre o negócio de franqueado – empresa autônoma -, passe a utilizar-se de conduta prejudicial e abusiva que possa vir a causar prejuízos a este e terceiros, inicia-se o processo de controle lesivo que deve ser coibido.

O artigo 29 do CDC estende a possibilidade de aplicação desta norma para além dos consumidores legalmente conceituados àqueles que estão expostos às práticas nele previstas, sendo a vulnerabilidade elemento essencial. O capítulo V, na seção IV, trata das práticas comerciais abusivas e o capítulo VI, da proteção contratual do consumidor, dispondo, na seção II, sobre as cláusulas abusivas. Entende-se que pelo fato do franqueado ser vulnerável, pode-se aplicar a ele os artigos inseridos nos mencionados capítulos, a fim de resguardá-lo, preservando o equilíbrio contratual.

Neste diapasão, em exemplar decisão, o TJRS, em caso de franchising entre dois

comerciantes, decidiu:

CONTRATO DE ADESAO. DESEQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES. PREVALENCIA 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. Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, in: Revista de Jurisprudência do TJRS, v.184. PP. 184 e ss.)

Continua o supracitado Desembargador, entendendo que:

Esta 'exposição às práticas' (abusivas, referidas no art. 29) implica, ao que me consta, justamente a idéia de sujeição. Este o sentido que se há de extrair: evidenciado o desequilíbrio entre os figurantes do negócio, qualquer que seja ele, portanto, inclusive o que não se enquadre como 'de consumo', incidem os dispositivos dos dois capítulos referidos (V e VI). A regra contida no art. 29 do CDC, tendo dito com alguma freqüência, evidencia-se como verdadeiro canal de oxigenação do ordenamento jurídico. Foi através dele que se generalizou, evidenciado o desequilíbrio contratual, vale dizer, a vulnerabilidade de um dos figurantes do negócio jurídico, entre outras, a aplicação das cláusulas abusivas.

O artigo 29 do CDC trata da mais importante norma extensiva do campo de aplicação da lei, superando os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição política legislativa. O legislador concedeu um poderoso instrumento nas mãos dos julgadores, a fim de proteger aqueles expostos às práticas abusivas devido à sua condição vulnerável. Desse modo, mesmo estes não sendo "consumidores *strictu sensu*", poderão se utilizar das normas especiais do CDC, de seus princípios, de sua ética de responsabilidade social no mercado, de sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas. (MARQUES, 2002, p. 157)

O critério da destinação final, necessário para aplicação do CDC, foi superado, sendo a vulnerabilidade o elemento essencial. Com bem observa Thomaz Saavedra (2005, p. 134):

Mesmo não sendo destinatário final do produto ou serviço, pode um agente econômico ou um profissional liberal vir a ser beneficiado das normas tuteladas do CDC enquanto consumidor equiparado. É o que ocorre em geral nos contratos por adesão e, em específico, nos contratos de franchising. Nesses casos o CDC passa a ser aplicado como verdadeiro código regulador das práticas comerciais.

O art. 47 do CDC ao estabelecer que "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor", protege de modo muito mais abrangente

os vulneráveis do que a tutela prevista para estes no CC/2002, que deixa espaço para a subjetividade do intérprete. Nesta senda, o que ora se defende é a possibilidade do franqueado poder se utilizar da supracitada norma consumerista a fim de ter seus direitos protegidos de forma precisa e clara, não ficando submisso à subjetividade do CC.

Em análise comparativa entre o CC/2002 e o CDC, acerca do abrangência da proteção dos supracitado dispositivo, observa-se:

O art. 423 limita a interpretação favorável ao aderente à ocorrência de cláusulas ambíguas ou contraditórias, enquanto o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor é irrestrito, determinando que as cláusulas contratuais sejam “interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, pura e simplesmente. A regra do CDC corresponde à presunção legal e constitucional de vulnerabilidade jurídica do contratante consumidor, devendo o aplicador realizar o equilíbrio material e efetivo dos direitos e deveres, inexistentes desde a celebração do contrato, se for o caso. Todavia, a regra do Código Civil abre espaço à subjetividade e às pré-compreensões das partes e do julgador. Se este entender que não se apresenta ambigüidade ou contraditoriedade, o desequilíbrio de direitos e deveres será mantido, em prejuízo do aderente, que não participou da elaboração ou predisposição das relações gerais. (LÔBO, 2006, p. 107)

Neste diapasão, o art. 424 elenca uma única hipótese de nulidade de cláusula abusiva, quando o aderente renunciar ao direito resultante da natureza do negócio. Ao passo que, LÔBO (2006, p. 107-108), prosseguindo na sua comparação entre os referidos diplomas legais, aduz que o CDC “adotou a enunciação não taxativa das hipóteses de cláusulas abusivas, além do modelo efetivamente aberto da boa-fé, que permite ao julgador aferir a ocorrência ou não de desequilíbrio e deveres em desfavor do consumidor”.

Adalberto Simão Filho (1998, p. 146) apresenta em sua obra outra decisão unânime do Tribunal de Justiça do Paraná, que também segue a corrente de aplicar ao contrato de franquia artigo do CDC, como se observa:

ACÇÃO COMINATÓRIA – CONTRATO DE FRANQUIA – Cláusula que impede o franqueado, após o termino do pacto, de exercer atividades concorrentes às franqueadas durante um período de 10 anos – Cláusula abusiva – Incidência do art.170, IV, e parágrafo único da Constituição da Republica e, por analogia, do art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor. (AP. CÍVEL 0041592900, 5ª Câ. Cív., j. 8.8.95, Des. Ulysses Lopes).

Destarte, é plenamente concebível e, mais ainda, imperativa a idéia de que a tutela prevista no art. 29 do CDC deve ser aplicada aos franqueados. E, assim sendo, por consequência direta, as normas estabelecidas nos Capítulos V e VI do referido

Códex são passíveis de serem aplicadas a estes, uma vez que estando estes equiparados aos consumidores, tal comportamento é autorizado pelo CDC. Com isso em mente, mister apontar aquelas que logo saltam aos olhos como úteis e aplicáveis aos contratos de franquia:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços

Uma das características típicas do contrato de franquia é a transferência de *know-how* ao franqueado e, para tanto, faz-se necessário que o franqueador determine quais serão os fornecedores de equipamentos e mercadorias que estão aptos a realizarem determinadas atividades técnicas inerentes (necessárias) ao *franchising*. Porém tal imposição deve ser limitada, a fim de não ultrapassar a fronteira da necessidade e ingressar na esfera da abusividade.

Nesse sentido, o artigo 39 pode ser utilizado com o fito de determinar limites a esta imposição do franqueador. No inciso I, que estabelece limites quantitativos ao fornecimento de produtos e serviços, pode-se citar como exemplo casos em que o franqueador imponha quantidade mínima de produtos que deverá ser comprada pelo franqueado. Tal imposição é abusiva, haja vista que o mercado possui dinâmica própria, regional, sofrendo variações de acordo com cada cidade e, até mesmo, de bairro onde cada franqueado possui loja. O franqueador, que via de regra, atua em um âmbito nacional, não tem como prever de forma de forma precisa a quantidade a ser vendida pelo franqueado, que poderá ingressar em um endividamento por comprar mais do que efetivamente vende.

A proibição de elevação, sem justa causa, dos preços de produtos e serviços, estabelecidos no inciso X, também são bem aplicáveis aos *franchising*, tendo em vista que o franqueado não está livre para contratar qualquer dos fornecedores disponíveis no mercado, sendo obrigado contratualmente, via de regra, a negociar com aqueles autorizados pelo franqueador, de sorte que a elevação desarrazoada no preço de tais produtos e serviços caracteriza-se como abusividade, especialmente quando estes são colocados em valores acima dos de mercado.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Conforme visto anteriormente, o art. 47 do CDC estabelece de forma mais ampla a proteção jurídica em casos de cláusulas contratuais dúbias, não tendo que passar, necessariamente, pelo crivo subjetivo do intérprete, como disposto no CC. Assim, tal dispositivo pode ser perfeitamente aplicável ao franqueado a fim de lhe estabelecer uma maior segurança ante o fato do mesmo não possuir qualquer ingerência na redação de tais cláusulas, sendo obrigado a aceitá-las em bloco, acaso queira fechar o negócio (caráter de adesão do contrato de franquia).

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

O supracitado dispositivo estabelece a nulidade de pleno direito a determinadas cláusulas contratuais, que no caso do inciso I, impliquem renúncia ou disposição de direitos. Algumas franquias são internacionais, tendo seus contratos adaptados ao sistema brasileiro, sendo possível a imposição de cláusulas contratuais contrárias ao ordenamento pátrio. Nestes casos, devem ser consideradas nulas de pleno direito tais cláusulas, que apesar de estarem de acordo com o ordenamento jurídico em que se iniciou o *franchising*, fere os direitos nacionais do franqueado.

Bem como exemplificado no inciso I, os demais incisos mencionados estipulam hipóteses em que a condição de vulnerabilidade que se encontra o franqueado pode colocá-lo de frente a outras situações de abusividade, contrária ao ordenamento pátrio, por isso devem ser consideradas nulas as cláusulas contratuais em consonância com tais práticas.

Art. 51, § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a

natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Por fim, outro dispositivo encontrado dentro das referidas seções do CDC cuja aplicação se faz possível ao contrato de franquia é o acima citado, uma vez nos casos em que o equilíbrio de tais contratos sejam abalados por imposições do franqueador, de sorte a importar ao franqueado onerosidade excessiva, este tem sua aplicação cristalina, ante toda a construção teórica ora desenvolvida.

Os mencionados dispositivos, desde que adaptados ao caso concreto, podem ser aplicados ao contrato de franquia, proporcionando uma amplitude à proteção jurídica estabelecida ao franqueado, vulnerável na relação celebrada com o franqueador.

O *franchising*, por um processo de evolução natural, vem crescendo cada vez mais no território nacional e, assim, faz-se necessário regulamentar de forma mais específica tais contratos. Atualmente, existe o Projeto de Lei nº 4319/08 que ainda se encontra tramitação nas Casas Legislativas do Congresso Nacional, sem previsão de votação, que pretende alterar a atual Lei nº 8.955/94, tornando-a mais segura e ampliando sua proteção para parte mais fraca de tal relação, qual seja, o franqueado.

Em sendo assim, conclui-se que até que tal projeto seja aprovado, deve-se buscar proteger o franqueado vulnerável, da forma mais ampla possível, com aplicação dos princípios e normas dispostos no Código de Defesa do Consumidor.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o estudo desenvolvido, de forma sucinta serão tecidas algumas pontuações acerca das conclusões alcançadas a partir do presente estudo, conforme se observa:

- a) A partir das premissas e posições elencadas, entende-se que o contrato de adesão, padrão, padece de um congênito desequilíbrio econômico entre as partes, sendo o franqueado, entendido como aderente, a parte mais fraca do contrato. Como visto, alguns princípios circundam tal contrato, como os da autonomia da vontade, da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e por fim, o do equilíbrio contratual.
- b) O contrato de franquia é um contrato de adesão, haja vista a falta ingerência que o franqueado possui na elaboração do mesmo, não obstante tratar-se de um comerciante, está submetido as cláusulas dispostas pelo franqueador, que em muitas vezes são abusivas. Diante da proposta apresentada pelo franqueador, o franqueado não possui outra possibilidade a não ser aceitá-la em bloco, sendo a autonomia da vontade mitigada pelo aceite.
- c) Desta forma, o *franchising* possui as mesmas características do contrato de adesão, podendo-se aplicar princípios contratuais elencados a fim de ampliar a proteção jurídica estabelecida pelo legislador ao franqueado, parte vulnerável da relação.
- d) A Lei 8.955/94, que atualmente regulamenta o contrato de franquia, não direciona qualquer proteção especial ao franqueado, dispondo apenas de aspectos gerais da regulamentação legal, sendo omissa no que concerne a proteção do franqueado frente às nítidas vantagens que o franqueador possui.

e) Ao ingressar no estudo acerca das normas jurídicas protecionistas existentes, fez-se necessário diferenciar a vulnerabilidade do franqueado inerente a tal relação, como a fraude à esta, quando ocorre em verdade o escamoteamento de uma relação de emprego. Constatou-se que caso o franqueado apresente os pressupostos necessários para se enquadrar como empregado do franqueador, o contrato de franquia firmado transmuda-se em escancarada fraude, e o grau de vulnerabilidade ali presente é o fator mais determinante para tal análise, porquanto a hierarquização dessa relação coloca o empregado numa situação de maior vulnerabilidade que o franqueado. Assim sendo, em tais casos, a vulnerabilidade presente imporia a aplicação da legislação protetiva do trabalho, afastando a incidência de qualquer outra.

f) Em estudo aos dispositivos normativos existentes, verifica-se que a aplicação subsidiária do Código Civil de 2002 para suprir as lacunas existentes ainda é aquém das necessidades vislumbradas pelo franqueado, que urge por uma maior proteção. Como se pode perceber, há necessidade de reforma legislativa no tocante a regulamentação estabelecida ao contrato de franquia, que carece de proteção ao franqueado. Atualmente encontra-se em tramitação o projeto de Lei nº 4319/08, a fim de ampliar a atual legislação.

g) Entendeu-se, assim, que é imperativo que o microsistema jurídico do Código de Defesa do Consumidor, por meio dos seus dispositivos e princípios protecionistas, apresenta-se como a melhor forma possível de ampliar a proteção jurídica aos franqueados, que não são consumidores, mas que pela grafia do art. 29 podem ser equiparados a estes, devido a sua vulnerabilidade.

h) Diante do exposto e dos argumentos citados ao final do presente trabalho, entende-se que podem ser aplicados ao *franchising* os artigos 39, I, IV e X; 47; 51, I, IV, VIII, X e parágrafo único, incisos II e III, do CDC, bem como outros dos presentes nas seções V e VI do CDC, porquanto a incidência do art. 29 do CDC, do consumidor por equiparação, autoriza que lhes sejam aplicados os dispositivos constantes nestas seções, que diante do caso concreto se mostrem úteis à proteção dos franqueados, ante a sua vulnerabilidade.

i) No mais, esta situação, a saber, de aplicação do CDC a tais relações contratuais, deve se manter, minimamente, até a votação do projeto de lei (Projeto de Lei nº

4.319/08) que visa à alteração da legislação específica sobre o tema (Lei n. 8.955/94), aprofundando a proteção concedida ao franqueado, precisamente pelo motivo ora existente e identificado neste trabalho, qual seja, sua condição de vulnerável frente ao franqueador.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. A Lei da Franquia Empresarial (n. 8.955, de 15.12.1994). Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 84, v. 653, 1995, p.25-39.

ALVES, André Cordelli. Contrato de Adesão. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, ano 12, V. 46, abr.-jun./2011, p.269-296.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. As cláusulas abusivas nos contratos de adesão e seu regime na Lei de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Porto Alegre: Notadez, ano 57, V. 384, out., 2009, p. 63-93.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e Direito**. São Paulo: Atlas, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 nov. 2012

_____. **Código de Processo Civil**, DF: 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11. nov. 2012.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**, DF: 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 05 mai. 2013

_____. **Lei nº 8.955**, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em: 11 nov. 2012.

_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/jornada/article/viewFile/2644/2836>. Acesso em: 10 maio 2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência Nº 32.877 - SP 2001/0087035-0 Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito: Brasília, DJ 26 fev. 2003 , S2 - Segunda Seção. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100870350&dt_publicacao=07/04/2003>

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza Jurídica do contrato de franchising. São Paulo: **Revista dos Tribunais** ano 79, V. 653, 1990, p.54-68.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 315-356.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. L, 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 5, V. 19, julho-setembro/2004, p.29-48.

COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a lei de franquia. **Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: ABPI, V.19, maio/jun. 1995, p. 15-16.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, ano 8, n. 32, out.-dez./2007, p.171-200.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teorias das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **As relações entre o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 18, n. 1, jan/jun, 2006.

EHRHARDT JR, Marcos Augusto de Albuquerque. **Revisão Contratual: a busca pelo equilíbrio negocial diante da mudança de circunstâncias**. Salvador: Juspodivm, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa, traduzido por AQUINI, Vinicius; BERTONCELLO, Karem Rick Danilevicz. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 22, V. 85, jan.-fev./2013, p.15-24.

FERNANDES, Lina Márcia Chaves. **Do Contrato de Franquia**. Belo Horizonte: Del

Rey, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos**. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos de Adesão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. **Contratos**. Atualização de Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26 ed. Rio de Janeiro: Forence, 2008.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. **Teoria Geral dos Contratos Cíveis**. 2 ed. Salvador: *Juspodivm*, 2009.

LOBO, Jorge. **Contrato de “franchising”**. Rio de Janeiro: Forence, 1997

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Contratuais. *In*: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p.9-23.

_____. Condições gerais dos contratos e o novo Código Civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 7, julho-setembro/2006, p.103-116.

LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Contratos de Adesão e condições gerais dos contratos. *In*: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 43-76.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial**, v.1. São Paulo: Atlas, 2004.

MANDELBAUM, Renata. **Contratos de Adesão e Contratos de Consumo**. Biblioteca de direito do consumidor; v.9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forence, 1998.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. **Franquia Empresarial: Responsabilidade Civil na Extinção do Contrato**. Rio de Janeiro: Forence, 2001.

MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais:

problemas e soluções. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 2, V. 7, julho-setembro/2011, p.3-32.

PAMPLONA, Claudia. **A engenharia do franchising**. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999.

PAESANI, Liliana Minardi; VEIGA, Elisa Yamasaki. **Aplicação do Novo Código Civil nos Contratos Empresariais**. Baurueri-SP: Manole, 2004.

PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Economia comportamental e contratos de adesão. **Revista de Direito Empresarial – RDE**, ano 9, n.1, jan.-abr. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PORTUGAL. **Código de Deontologia Europeu do Franchising**. Promulgado em janeiro de 1991. Disponível em: http://www.apf.org.pt/codigo_deontologico.php. Acesso em: 10 nov. 2012.

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

REQUIÃO, Rubens. Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas. São Paulo: **Revista dos Tribunais** ano 97, V. 513, 1978

ROQUE, Sebastião José. **Do contrato de franquia empresarial**. São Paulo: Ícone, 2012.

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

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor de 2002**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In Temas de Direito Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____.; SCHREIBER, Anderson. Minorias no direito civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, V. 10, abril-junho/2002, p.135-156.

WALD, Arnold. **Obrigações e contratos**. 13 ed. São Paulo: RT, 1998.