

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Bruna Moresco Silveira

**A INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DO ADERENTE NOS CONTRATOS DE
FRANQUIA EMPRESARIAL**

Porto Alegre

2018

BRUNA MORESCO SILVEIRA

**A INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DO ADERENTE NOS CONTRATOS DE
FRANQUIA EMPRESARIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado junto ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch

Porto Alegre

2018

AGRADECIMENTOS

Nesse momento de especial importância, em que se conclui a graduação na tão sonhada e almejada Faculdade de Direito, não poderia deixar de agradecer a todos aqueles que, de alguma forma, foram essenciais ao longo da minha vida acadêmica, o que tentarei sintetizar em poucas palavras, que jamais seriam suficientes para expressar a minha gratidão.

Primeiramente, gostaria de agradecer ao meu pai Omar e à minha mãe Fabiana, que são as pessoas mais importantes na minha vida, por todo o apoio e carinho, sempre presentes. Agradeço por toda a dedicação e auxílio nesses anos, certamente não teria chegado até aqui se não fosse por vocês. Obrigada por sempre estarem presentes, me auxiliando em todas as ocasiões, seja comemorando cada conquista, seja me apoiando naqueles momentos em que mais precisei de ajuda. Sou muito grata por ter pais tão dedicados, amáveis e responsáveis, que tanto abdicaram dos seus interesses próprios para exercer o papel de pai e mãe. Vocês me ensinaram a ser forte para aguentar todos os obstáculos nessa vida, ensinando que a dedicação é o que mais importa. Não me imagino sem vocês na minha vida. Gostaria de dizer obrigada, também, aos meus avós Rejane e Olandir e aos meus tios Tatiana e Felipe, que sempre me ajudaram e me deram suporte, com muito amor. Tenho muito carinho por vocês.

Gostaria de agradecer à Dra. Fernanda Carravetta Vilande, não apenas pela amizade especial e pelo apoio incondicional, principalmente naqueles momentos mais difíceis, como também pelos valiosos ensinamentos e lições de vida. Pode ter certeza que, para mim, sempre será um modelo de pessoa e de profissional, que busca ser melhor a cada dia, que é responsável, dedicada, atenciosa e compreensiva. Aprendi muito nesses anos e não poderia deixar de registrar a importância do estágio no gabinete para a minha trajetória, trabalho esse do qual tanto me orgulho e que me fez descobrir o amor incondicional ao Judiciário e à Magistratura. Tenho muita sorte de poder ter a presença, na minha vida, de uma pessoa tão única. Não conseguiria, aqui, expressar todo o meu reconhecimento, por isso, depois dessas palavras, gostaria de finalizar repetindo o que sempre digo nas conversas: gratidão eterna.

Não poderia deixar de agradecer, ademais, aos amigos que fiz durante a faculdade, seja desde o primeiro dia de aula, seja no último semestre, que me ajudaram a seguir em frente nos momentos mais difíceis. Sentirei muita falta do convívio diário, das conversas, dos debates sobre os assuntos de aula. Ana Carolina, Gabriela, Igor,

Julio, Laura, Rosália, Vanessa e Victória, a faculdade não teria sido a mesma sem cada um de vocês.

Agradeço ao Professor Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch, por toda a orientação durante a pesquisa e a elaboração do trabalho de conclusão de curso, bem como por todos os conselhos e ensinamentos sobre a matéria, de fundamental importância. Gostaria de agradecer, ainda, pela disponibilidade, sempre sendo atencioso para o esclarecimento de questionamentos e para a correção do trabalho. Levarei comigo todo esse aprendizado, bem como as lições valiosas aprendidas durante essa trajetória.

Deixo registrado, por fim, meu agradecimento às Mestras e aos Mestres que tive durante a graduação, por me ensinarem valiosas lições e mostrarem como o Direito pode ser apaixonante e intrigante. Certamente a minha paixão pelo Direito aumentou com as suas aulas, seus questionamentos e suas críticas, que me inspiraram a ponto de almejar fazer a diferença, em todos os momentos, independentemente da área de atuação. A Faculdade de Direito, por meio de seus notáveis Professores, muito me ensinou, aprendizado esse que sempre carregarei comigo. Agradeço também aos demais servidores da Faculdade de Direito, por todo o auxílio em diferentes ocasiões.

RESUMO

O presente trabalho pretende averiguar as diretrizes de interpretação do contrato de franquia empresarial, na perspectiva do franqueado, como um meio para a obtenção da justiça contratual. O objetivo geral é o estudo da aplicação das normas gerais do Código Civil em matéria de interpretação contratual à franquia empresarial de adesão, com foco na interpretação em favor do aderente, investigando-se como pode se dar a compatibilização das regras e princípios do diploma legal aos contratos de franquia empresarial, tendo em conta as especificidades dos negócios jurídicos firmados entre empresários e a imprescindibilidade de ponderação das normas à realidade jurídica e à lógica peculiar ao Direito Empresarial. O estudo defende a existência de meios eficazes de proteção ao franqueado no Código Civil, notadamente a norma consubstanciada no artigo 423, referente à interpretação favorável ao aderente, não sendo adequada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, ainda que por analogia.

Palavras-chave: Contrato de franquia empresarial de adesão. Interpretação. Aderente. Código Civil.

ABSTRACT

The purpose of this study is to ascertain the interpretation guidelines applied to franchise contracts celebrated by adherence, from the perspective of the franchisee, in order to reach the justice in the contractual relation. The study aims to analyze the application of the Civil Code to interpret the franchise contracts celebrated by adherence. It considers that the compatibility between the Civil Code and the business reality is an indispensable condition to the correct interpretation of franchise contracts celebrated by adherence. Before this fact, the study defends the theses that the application of the Civil Code is efficient to obtain the justice in the contractual relation, especially by the incidence of article 423. It is considered here that is not adequate to interpret the franchise contracts by applying the norms conceived to consumer relations.

Keywords: Franchise contracts. Adherence. Interpretation. Civil Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL DE ADESÃO	11
1.1. Definição do Contrato Empresarial.....	11
1.2. Definição do Contrato de Franquia Empresarial.....	16
1.3. Natureza Jurídica do Contrato de Franquia Empresarial.....	21
1.4. Circular de Oferta de Franquia	24
1.5. Principais Cláusulas Contratuais da Franquia Empresarial	31
1.6. Contrato de Franquia Empresarial de Adesão.....	35
2. ATIVIDADE INTERPRETATIVA COMO MEIO PARA O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL DE ADESÃO	44
2.1. Necessidade de Proteção do Franqueado no Contrato de Franquia Empresarial de Adesão: Insuficiência da Lei 8.955/94	44
2.2. Impossibilidade de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor para o Reequilíbrio entre as Prestações no Contrato de Franquia Empresarial de Adesão	51
3. A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL DE ADESÃO COM BASE NAS NORMAS DO CÓDIGO CIVIL	60
3.1. Fase Reconitiva da Atividade Interpretativa	60
3.2. Fase Integrativa da Atividade Interpretativa	71
3.2.1. Princípio da Boa-fé Objetiva Aplicado ao Contrato de Franquia Empresarial de Adesão	71
3.2.2. Regras do Código Civil Aplicáveis à Interpretação em Favor do Franqueado no Contrato de Franquia Empresarial de Adesão	78
3.2.2.1. Artigo 424 do Código Civil.....	79
3.2.2.2. Artigo 423 do Código Civil.....	83
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUÇÃO

O contrato de franquia empresarial, ao constituir uma forma de colaboração entre empresários, permite a expansão de atividades comerciais pela concessão temporária, por parte do franqueador, do uso da sua marca, fórmulas, meios e técnicas de comercialização, além de assessoria técnica, mercadológica e administrativa do negócio, possibilitando ao franqueado a elaboração ou a comercialização de produtos e serviços no mercado. Acarreta benefícios tanto ao franqueador, que pode expandir a sua rede sem a realização de investimentos na constituição de filiais, quanto ao franqueado, que pode efetuar investimentos com maior segurança, devido à credibilidade e ao conhecimento da marca perante consumidores, amenizando o risco de prejuízos.

Diante das características próprias da franquia empresarial, em especial do fato de que o franqueador é titular da marca, verifica-se a discrepância de poderes entre as partes no negócio jurídico, em geral firmado na modalidade de adesão, o que dificulta significativamente a discussão e a negociação entre as partes do conteúdo essencial do contrato. A franquia empresarial, assim, normalmente se dá por intermédio de contrato de adesão, possibilitando a inserção de cláusulas desfavoráveis ao franqueado, na condição de aderente, a ensejar a necessidade de controle da autonomia da vontade e a vedação do abuso do poder por meio da atividade hermenêutica, como meio para a justiça contratual.

A promulgação da Lei 8.955/94, no contexto da intervenção do Estado na regulação da relação jurídica entre franqueado e franqueador, teve por objetivo justamente instituir normas que possibilitassem a proteção do franqueado e a obtenção de maior equilíbrio na relação, bem como que coibissem eventual abuso de direito do franqueador em relação à contraparte, em especial ao estabelecer critérios à elaboração da circular de oferta de franquia, permitindo uma escolha consciente do candidato a franqueado ao aderir à rede. A Lei 8.955/94, entretanto, não regulou de forma completa a relação jurídica entre franqueado e franqueador, observando-se a prevalência de regras quanto à fase anterior ao cenário contratual, pouco dispondo sobre o contrato em si.

Nesta linha de raciocínio, revela-se primordial a ponderação de quais fontes normativas podem ser aplicadas na atividade hermenêutica, especificamente no que diz respeito à interpretação do contrato de franquia empresarial de adesão em favor do franqueado. A hipótese é a de que se revela suficiente a aplicação das normas do Código Civil como meio para possibilitar, mediante a atividade interpretativa no caso concreto,

o restabelecimento do equilíbrio contratual. Neste contexto, pressupõe-se que a aplicação das normas gerais do Código Civil depende da ponderação das características próprias de cada modalidade contratual, devendo ser levada em conta as peculiaridades dos contratos celebrados entre empresários, em cotejo com a realidade empresarial, a justificar o estudo de tais normas no ambiente específico em que aplicadas.

Ante tais premissas, surge a seguinte pergunta: como compatibilizar as normas do Código Civil, entendidas como parâmetros hermenêuticos, à interpretação em favor do aderente na franquia empresarial, considerando a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor? O objetivo geral desta monografia, neste viés, é o estudo da aplicação das normas gerais do Código Civil em matéria de interpretação contratual à franquia empresarial de adesão, com foco na interpretação em favor do aderente, investigando-se como pode se dar a compatibilização das regras e princípios do diploma legal aos contratos de franquia empresarial, tendo em conta as especificidades dos negócios jurídicos firmados entre empresários e a imprescindibilidade de ponderação das normas à realidade jurídica e à lógica peculiar do Direito Empresarial.

O foco do trabalho é a análise das normas aplicáveis à proteção do franqueado na hipótese de cláusulas abusivas ou de cláusulas ambíguas ou contraditórias, ressaltando-se a existência de meios eficazes de tutela ao aderente no Código Civil, sem a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, confirmando a hipótese supracitada. Na pesquisa, foi utilizado o método hipotético-indutivo, a partir da identificação do problema, consistente nos parâmetros hermenêuticos aplicáveis ao contrato de franquia empresarial, para a proteção do franqueado aderente, com o objetivo de confirmar a hipótese supracitada, qual seja, a de que o Código Civil estabelece normas suficientes para o restabelecimento do equilíbrio contratual nesses casos, averiguadas no contexto empresarial.

A temática possui relevante importância, na medida em que a matéria contratual empresarial se encontra em constante processo de adaptação à realidade econômica, devendo a atividade do intérprete ocorrer nos moldes dos parâmetros normativos de interpretação. Revela-se imprescindível a ponderação da fonte normativa que pode ser usada pelo intérprete, na específica situação ora tratada, como um caminho a ser seguido, bem como da compatibilização das normas aplicáveis à realidade empresarial, principalmente tendo em conta que os contratos de adesão, em geral, pressupõem pautas hermenêuticas próprias, a fim de que se obtenha o equilíbrio contratual.

Para o escopo proposto, o trabalho se encontra dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo se refere ao contrato de franquia empresarial, especificamente à sua conceituação e natureza jurídica, dentro do contexto dos contratos empresariais, salientando-se a definição do contrato de franquia empresarial de adesão, objeto da monografia. É objeto de estudo, ademais, a circular de oferta de franquia, representativa da aplicação do dever de cooperação pelo franqueador, especificamente no tocante às informações relevantes do negócio jurídico e dos contratantes, assim como as obrigações contratuais de cada parte e as principais cláusulas presentes no contrato de franquia empresarial. O primeiro capítulo, neste sentido, tem por objetivo estabelecer parâmetros que auxiliam o intérprete a compreender o conteúdo contratual e, principalmente, a aplicar a norma de interpretação pró-aderente.

O segundo capítulo compreende o estudo da atividade hermenêutica como meio para a obtenção do equilíbrio contratual, diante da discrepância de poderes entre o franqueador, que impõe as condições essenciais do negócio jurídico, e o franqueado, que adere ao contrato sem a possibilidade de discussão efetiva do conteúdo negocial. O capítulo abrange, ainda, a constatação de que a Lei 8.955/94 não estabelece regras suficientes para a interpretação do contrato de franquia empresarial, especialmente quando de adesão, razão pela qual necessária a consideração de outras fontes normativas aplicáveis ao caso concreto, sendo objeto do capítulo a discussão da incidência do Código de Defesa do Consumidor em tal situação, seja por equiparação do franqueado ao consumidor, seja pela aplicação das normas desse microsistema com base na analogia.

O terceiro capítulo, por sua vez, aborda a aplicação das normas de interpretação do Código Civil ao contrato de franquia empresarial, a fim de que se promova a proteção do franqueado, por meio do estudo dos artigos 113 e 422, atinentes à boa-fé objetiva, e 423 e 424, precipuamente a regra referente à interpretação favorável ao aderente, almejando-se apontar as diretrizes hermenêuticas que podem ser aplicadas pelo intérprete quando da interpretação desse específico contrato empresarial de adesão.

No decorrer do trabalho, além da revisão de bibliografia, se procurou analisar decisões judiciais pertinentes do Superior Tribunal de Justiça e indicar situações práticas ilustrativas da temática abordada, salientando-se que a inexistência de um contrato de franquia empresarial padrão dificulta a verificação, *a priori*, de exemplos práticos que ensejam a atividade do intérprete para o equilíbrio contratual.

1. CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL DE ADESÃO

O presente capítulo pretende detalhar a análise do contrato de franquia empresarial, notadamente na modalidade de adesão, por intermédio do estudo de sua conceituação, características e natureza jurídica, possibilitando uma melhor compreensão da compatibilização das normas do Código Civil com as especificidades do contrato de franquia, especificamente no reequilíbrio contratual por meio da interpretação do negócio jurídico em favor do franqueado. Em um primeiro momento, será realizado o estudo da definição do contrato de franquia empresarial, visualizado no contexto dos contratos empresariais em geral, abordando-se inicialmente a definição dos negócios jurídicos firmados entre empresários, a fim de que se compreenda a realidade jurídica em que inserido o *franchising*, e posteriormente as principais características deste tipo negocial, incluindo a análise da modalidade contratual de adesão.

O trabalho considera que o estudo do contrato de franquia empresarial deve ter como base a sua visualização como contrato empresarial, diferenciado em relação aos contratos civis e consumeristas, assim como o delineamento do tratamento jurídico conferido para a sua adequada interpretação e a ponderação de suas características peculiares e do contexto em que inserido. Nesta linha de raciocínio, ao se pautar pela premissa de autonomia do estudo dos contratos empresariais, o presente trabalho propõe a realização da análise das disposições gerais do Código Civil em cotejo com a realidade empresarial, mediante a compatibilização das normas às circunstâncias e características que concretizam a especialidade dos contratos firmados entre empresários.

1.1. Definição do Contrato Empresarial

O contrato representa uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos, sendo negócio jurídico bilateral patrimonial que se destina à circulação de riquezas pelo adimplemento.¹ No mesmo sentido, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa aponta que o contrato constitui negócio jurídico qualificado “pelas características essenciais da existência de um acordo de vontades inerente a uma relação jurídica de natureza patrimonial”, envolvendo uma declaração de vontade por meio da qual

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 393.

concordam as partes em se vincular juridicamente, “a fim de poderem alcançar um objetivo econômico, aceitando as obrigações decorrentes do acordo e pretendendo o recebimento das prestações correspondentes”.² Representa espécie de negócio jurídico, definido por Antônio Junqueira de Azevedo como uma declaração de vontade a que o ordenamento jurídico “atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.³

No âmbito do Direito Privado, se visualiza uma nova e importante tripartição da matéria referente aos contratos, acarretando a distinção dos contratos empresariais, em comparação com os contratos civis e contratos com consumidores, constatação corroborada ao se considerar os regramentos específicos do Direito Civil, Direito da Empresa e Direito do Consumidor.⁴ O movimento de unificação do Direito Privado, mediante a elaboração de um único corpo legislativo para o Direito Civil e o Direito Empresarial, não retira a autonomia substancial ou jurídica desse último ramo, por possuir “princípios, institutos e características próprios”, preocupando-se, em essência, com a atividade empresarial.⁵ Explica Miguel Reale que a unificação do Direito Privado ocorreu apenas com referência a institutos básicos, porquanto de um tronco comum podem se alongar e desdobrar “ramos normativos específicos que, com aquelas matrizes, continuam a compor o sistema científico do Direito Civil ou Comercial”.⁶

A unificação do Direito Privado, concretizada pela disciplina comum das relações jurídico-obrigacionais, não afastou a existência de uma teoria geral dos contratos empresariais, considerando a sua afetação empresarial e a “especialidade das organizações e operações econômicas que disciplinam”, bem como a dedução, a partir de seu regramento, de regras e princípios comuns.⁷

Com a unificação formal do direito privado, poder-se-ia imaginar que não mais existe interesse na distinção entre contratos civis e contratos mercantis,

² VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 73-74.

³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 16.

⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

⁵ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 39-40.

⁶ REALE, Miguel. **Exposição de motivos**. Diário do Congresso Nacional, Brasília, Seção I, Suplemento, 14 set.1983, p. 116.

⁷ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 203.

na medida em que é no Código Civil que tanto estes quanto aqueles encontram seu disciplinamento jurídico. No entanto, a existência de um corpo legislativo codificado – como é o caso do nosso antigo Código Comercial que, dentre outros assuntos, trazia as normas gerais a serem aplicadas aos contratos mercantis – identifica tão somente a autonomia formal de um determinado ramo do direito. [...] Essa situação não mudou em nada com a edição do Código Civil: mesmo com um único corpo legislativo, ainda assim podemos diferenciar, com precisão e proveito metodológico, os contratos civis dos mercantis.⁸

Isto não significa a inaplicabilidade das normas próprias da teoria geral dos contratos, embora se deva ponderar a sua incidência com as características peculiares aos contratos celebrados entre empresários, adequando-se a especialidade jurídica à realidade econômica.⁹

A partir dos sujeitos que integram a relação contratual, os contratos empresariais podem ser definidos como aqueles “nos quais uma das partes é um empresário (ou sociedade empresária) no exercício de sua atividade, conforme os termos dos arts. 966 e 982 do NCC, e a outra parte também é empresário ou pessoa não caracterizada como consumidor”.¹⁰ O artigo 966 do Código Civil¹¹ considera empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, excetuando-se, no parágrafo único, aquele que exerce profissão intelectual, “de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. O artigo 982 do referido diploma legal¹², por sua vez, refere ser empresária a sociedade que “tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro”, incluindo a sociedade por ações, nos termos do seu parágrafo único.

O empresário representa um sujeito de direito, podendo ser tanto uma pessoa física, na condição de empresário individual, como pessoa jurídica, na condição de sociedade empresária, constituindo elementos definidores do conceito de empresário a economicidade, a organização, a profissionalidade, a assunção do risco e o

⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 754.

⁹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27.

¹⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 25.

¹¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

¹² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

direcionamento ao mercado.¹³ A economicidade se refere ao exercício, pelo empresário, de atividade econômica voltada à produção de riquezas, advinda da criação de bens ou do aumento de seu valor, de modo que o objetivo da atividade compreende a não geração de prejuízos.¹⁴ Pressupõe “um equilíbrio estrutural entre ingressos e dispêndios” como modo para a consecução do fim visado pelo exercício da atividade.¹⁵ Essencial, para a caracterização do empresário, a organização dos fatores de produção, consistentes em trabalho alheio ou bens, para o exercício da atividade, devendo a organização assumir “prevalência sobre a atividade pessoal do sujeito”.¹⁶

A profissionalidade pode ser visualizada como a habitualidade no exercício da atividade empresarial, consistente na prática reiterada “de atos organizados e voltados à consecução de um fim”.¹⁷ Diz respeito “à estabilidade e habitualidade da atividade exercida”, ensejando a visualização da atividade qualificada pela continuidade, ainda que presentes interrupções impostas por sua natureza, a exemplo de atividades de temporada.¹⁸ Por meio do exercício da empresa, o empresário assume os riscos da atividade desenvolvida, em especial o de perder os valores investidos, diferentemente do empregado, que assume riscos apenas em relação à sua capacidade de trabalho, e não à possibilidade de recebimento de remuneração pelos serviços prestados.¹⁹

O direcionamento ao mercado se relaciona à necessidade de a atividade desenvolvida pelo empresário ser direcionada à satisfação de necessidades alheias, mediante a intenção de produção e circulação de bens e de serviços para o mercado, não para si próprio.²⁰ No ponto, pode ser ressaltado que os contratos empresariais, para José A. Engrácia Antunes, apresentam como característica a objetivação, derivada do fato de que o negócio jurídico permanece indiferente às vicissitudes do respectivo substrato pessoal do contratante, a exemplo da transmissão dos contratos ligados à exploração da atividade empresarial, que se transmitem no caso de trespasse ou locação, independentemente da vontade e consentimento dos contratantes cedidos.²¹

¹³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. vol. 1, p. 44.

¹⁴ Ibidem, p. 44.

¹⁵ CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no novo código civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 828/2004, p. 43-78, out. 2004.

¹⁶ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 45.

¹⁷ CAVALLI, Cássio Machado. Op. cit., p. 43-78.

¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 46.

¹⁹ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 46-47.

²⁰ TOMAZETTE, Marlon. Op. cit., p. 47.

²¹ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 76.

Uma primeira característica consiste na acentuada objectivação dos contratos comerciais. Com efeito, a actividade empresarial é, por definição, uma actividade estável e continuada cujo sucesso depende em larga medida da sua autonomia face às vicissitudes pessoais dos empresários, singulares ou coletivos. Ora, é inegável que uma tal exigência intrínseca provinda do mundo económico da empresa tem, paulatina mas decisivamente, marcado a evolução da matriz e regime jurídicos dos contratos comerciais – falando aqui os autores, a este propósito, de um fenómeno de “insensibilidade”, “ambulatoriedade” ou “despersonalização” dos contratos mercantis, destinados a permanecer indiferentes e sobreviver às vicissitudes do respectivo substrato pessoal, mormente do empresário contraente. [...]

Não surpreende assim que as obrigações mercantis emergentes destes contratos tendam também a objectivar-se. Ao passo que a visão tradicional de obrigação, de matriz civilista e romanista, possui um pendor marcadamente subjectivista, concebendo-a essencialmente como um vínculo entre dois sujeitos jurídicos determinados (credor e devedor), as obrigações mercantis testemunham uma acentuada tendência para a sua impessoalidade ou patrimonialização, saltando para o primeiro plano a ideia de “vínculo entre dois patrimônios” cujos titulares tendem a mudar indefinidamente sem afectar a subsistência e estrutura do vínculo obrigacional: ou seja, tendem a separar-se da pessoa do credor ou devedor para se converterem num valor patrimonial objetivo e autónomo (um activo ou um passivo, consoante os casos) vocacionado a circular no tráfico jusempresarial.²²

A objectivação pressupõe considerar que a natureza do negócio jurídico enseja o afastamento, com relação aos seus efeitos, de quaisquer aspectos próprios da pessoa do empresário ou da sociedade empresária, objetivando maior certeza, garantia e segurança às relações jurídicas empresariais.²³

Os contratos de empresa constituem “negócios jurídicos bilaterais celebrados com o fim de fornecer instrumentos à organização da empresa – societária e não societária”, auxiliando na “construção e disciplina de uma organização dedicada ao exercício de dada empresa” e regrido o exercício da actividade económica empresarial.

²⁴ A empresarialidade, fenómeno que identifica o contrato empresarial no contexto da análise conceitual, abrange sujeitos, bens, atos e fatos no âmbito jurídico, ou seja, o estabelecimento, “que se afirma pelo ângulo da unificação dos bens destinados a uma actividade produtiva”; a empresa propriamente dita, “como a própria actividade económica desenvolvida para obtenção dos fins colimados”, e o empresário, “que surge

²² ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 77-78.

²³ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 27.

²⁴ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 195.

como o sujeito responsável e condutor do processo de desempenho da atividade econômica produtiva, por meio da organização de bens”.²⁵

1.2. Definição do Contrato de Franquia Empresarial

O contrato de franquia empresarial, ou *franchising*, representa espécie de contrato empresarial que permite a difusão dos negócios pelo franqueador sem a necessidade de realização de investimentos na constituição de filiais, possibilitando a expansão das atividades comerciais por meio da cessão do direito de uso da marca ou patente e da distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de seus produtos e serviços pelo franqueado.²⁶ Sobre a definição do contrato de franquia, aponta Jorge Lobo:

[...] *franchising* é o contrato de cessão temporária de uso de marca, para fabricação ou venda de produtos ou serviços, que o franqueador faz ao franqueado, com ou sem exclusividade em determinada zona geográfica, mediante remuneração, que pode consistir numa taxa inicial de ingresso, num percentual sobre o faturamento, ou de ambos, com a garantia de assistência técnica, podendo, ainda, abranger, conforme o tipo de atividade, a elaboração de um projeto para construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria etc. (*engineering*), o tratamento do pessoal do franqueado e montagem da organização contábil e administrativa (*management*) e o estudo do mercado em potencial, publicidade, vendas promocionais e lançamento de produtos (*marketing*).²⁷

No mesmo sentido, refere Ana Cláudia Redecker:

O conceito de franquia empresarial, sob o nosso enfoque, pode ser assim formulado: é uma forma de colaboração comercial entre empreendedores independentes, regulada por um contrato, no qual uma parte – franqueador – concede a uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas – franqueados – o direito de utilizar da própria razão social e/ou da própria marca e, eventualmente, de outros sinais distintivos, para a venda de produtos ou prestação de serviços, sobre a base de um conceito previamente desenvolvido e consolidado no mercado, com assistência técnica para sua comercialização, sem vínculo de subordinação, valendo-se do recíproco interesse, recebendo em troca uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre o movimento de vendas; o franqueador controla a utilização da marca e dos sinais distintivos utilizados pelo franqueado com o fim de garantir uma prestação uniforme ao público e uma qualidade constante dos produtos e/ou serviços oferecidos.²⁸

²⁵ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos e títulos empresariais**: as novas perspectivas. São Paulo: Atlas S.A, 2001, p. 18.

²⁶ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 851.

²⁷ LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 32.

²⁸ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 39-40.

A franquia contempla “a concessão temporária, por parte do franqueador, de uso de marca ou patente”, englobando, no mais das vezes, “a transferência de *know-how*, assessoria técnica, mercadológica e administrativa do negócio, mediante a observação de práticas padronizadas”.²⁹ Envolve a realização de treinamentos e formação administrativa do franqueado, assim como o fornecimento de meios e técnicas de comercialização, “estudos de mercado, propaganda a níveis internacionais, nacionais, regionais ou locais, vendas e eventos promocionais e constantes lançamentos de novos produtos”, fornecendo-se o “segredo ou processo de produção de produto ou serviço, propiciando que o franqueador não atue no mercado como simples intermediário entre o titular da marca e o público consumidor”.³⁰

Explica Vera de Mello Franco:

Em síntese, a franquia nada mais é do que método de colaboração entre dois ou mais empresários, em geral, pessoas jurídicas, mediante a qual, uma, a franqueadora, coloca à disposição da outra, a franqueada, mediante um pagamento ou vantagens (v.g. participação nos lucros), uma coleção de produtos ou serviços originais (ou específicos) que deve explorar obrigatoriamente, conforme técnicas já experimentadas, desenvolvidas periodicamente, ou recicladas, de uma maneira exclusiva ou semi exclusiva, com ou sem assistência técnica do franqueador.³¹

A partir do conceito de franquia, Jorge Pereira Andrade conceitua as figuras do franqueador e do franqueado:

Franqueador é a pessoa jurídica detentora da franquia de sua marca, de seus produtos e/ou serviços, de seu nome comercial ou título de estabelecimento, oferecendo *know-how* administrativo, de gerenciamento, de marketing, publicidade, proporcionando para isso total assistência e exigindo o cumprimento integral e absoluto de normas preestabelecidas em contrato, já que detém um negócio vitorioso e quer expandi-lo sem inversão de recursos próprios. Franqueado é a pessoa física ou jurídica adquirente da franquia, nos moldes impostos pelo franqueador e mediante o pagamento de uma taxa inicial de despesas de instalação e de uma contribuição mensal, em percentual previamente combinado sobre o faturamento.³²

No ordenamento jurídico brasileiro, o contrato de franquia compreendia instituto sem previsão legislativa específica até a sua positivação por intermédio da edição da Lei

²⁹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 852.

³⁰ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel apud LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38.

³¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 281.

³² ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**. 3. ed. São Paulo: Atlas 1998, p. 24.

8.955/94³³, que, ao disciplinar a matéria, representa exemplo de intervenção do Estado na regulação da relação jurídica entre franqueado e franqueador, tendo em vista as diferenças de poderes entre os contratantes, com o objetivo de coibir eventual abuso de direito do franqueador em relação à contraparte.³⁴ O objetivo da lei foi o de enfatizar a boa-fé contratual, ao instituir “uma fase de responsabilidade pré-contratual, de não frustração de expectativas e não induzimento ao erro”, regulando intensamente as informações que devem ser prestadas ao candidato a franqueado.³⁵ A referida lei somente se aplica “aos sistemas de franquia instalados e operados no território nacional”, conforme previsão do seu artigo 8º.³⁶

O artigo 2º da Lei 8.955/94³⁷ dispõe sobre a definição legal do contrato de franquia, entendendo a modalidade contratual como um sistema, por meio do qual, mediante remuneração direta ou indireta, “o 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”, abrangendo eventualmente “o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador”, sem que se caracterize um vínculo empregatício.

Verifica-se que a lei define o contrato de franquia também no seu contexto empresarial, não apenas jurídico, por tratá-lo como um sistema, em que franqueado e franqueador se vinculam por intermédio de diferentes relações, a exemplo da “cessão de uso da marca ou patente, distribuição de produtos e serviços, e uso de tecnologia de implantação e administração de negócios ou sistema operacional”.³⁸ A franquia empresarial pode ser visualizada como um contrato composto por um feixe de tipos negociais diversos, compondo o referido sistema.³⁹

³³ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

³⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**, vol. 17, 1999, p. 59.

³⁵ *Ibidem*, p. 69.

³⁶ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

³⁷ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

³⁸ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 218.

³⁹ *Ibidem*, p. 218.

A franquia empresarial pode ser estabelecida em diversas modalidades, podendo ser visualizadas, em essência, as franquias de serviços, de produção, de distribuição ou de indústria.

A franquia de serviços compreende a modalidade contratual na qual o franqueado fornece serviços de acordo com a forma de prestação indicada pelo franqueador, que disponibiliza a assistência técnica e a garantia dos produtos, a exemplo das escolas de idiomas e das redes hoteleiras.⁴⁰ Na franquia de produção, o franqueado comercializa os produtos confeccionados pela contraparte ou por terceiro por ele autorizado e supervisionado, de maneira exclusiva.⁴¹ Segundo Vera Helena de Mello Franco, no mencionado tipo de franquia, o “franqueador é industrial que, desejando criar um mercado mais ágil para seus produtos, ou por terceiros licenciados, sob sua supervisão, delega a sua comercialização a uma rede de franqueados”.⁴²

A franquia de distribuição envolve a distribuição, pelo estabelecimento do franqueado, de bens produzidos pelo franqueador ou por terceiros fornecedores sob a marca do franqueador, em conformidade com as instruções no contrato, o que garante a padronização dos produtos comercializados, como no caso dos postos de combustíveis.⁴³ A franquia de indústria abrange a transferência de tecnologia entre franqueador e franqueado, permitindo a industrialização e a comercialização dos produtos da marca no mercado, a exemplo dos produtores e engarrafadores de bebidas.⁴⁴ Ao franqueado se permite a fabricação e a comercialização do produto, com base em suas qualidades originais, mediante cessão do direito do uso da marca e da fórmula de produção do bem e transferência de tecnologia e técnicas de distribuição.⁴⁵

A celebração do referido contrato acarreta vantagens tanto ao franqueador, que pode expandir seus negócios e explorar novos mercados com custos reduzidos, quanto ao franqueado, ao utilizar “um sistema de vendas, de fabricação ou de prestação de serviços já testado e provado pela clientela, além de poder contar com a assistência permanente do franqueado”.⁴⁶ Para Jorge Lobo, as vantagens ao franqueador envolvem

⁴⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**, vol. 17, 1999, p. 63.

⁴¹ *Ibidem*, p. 63.

⁴² FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 282.

⁴³ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Op. cit.*, p. 63.

⁴⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Op. cit.*, p. 63.

⁴⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. *Op. cit.*, p. 283.

⁴⁶ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 852.

maior velocidade na expansão dos negócios; incremento de rentabilidade; redução de custos, e aumento na participação no mercado e na cobertura geográfica e melhor publicidade; ao franqueado, por sua vez, abarcam maior alcance de sucesso e garantia de mercado; “plano de negócio”; redução de custos de instalação; economia de escala, e aumento do crédito e da lucratividade e maior rapidez no aviamento.⁴⁷

Sobre as vantagens de cada um dos contratantes na franquia, explica Fábio Ulhoa Coelho:

[...] Por meio deste tipo de contrato, uma pessoa com algum capital pode estabelecer-se comercialmente sem precisar proceder ao estudo e equacionamento de muitos dos aspectos do empreendimento, basicamente os relacionados com a estruturação administrativa, treinamento de funcionários e técnicas de *marketing*. Isto porque tais aspectos encontram-se já suficiente e devidamente equacionados por outro empresário, titular de marca de certo prestígio, e que fornece ao interessado em se estabelecer os subsídios indispensáveis à estruturação do negócio. Normalmente, o franqueado dispõe de recursos e deseja constituir uma empresa comercial ou de prestação de serviços. Contudo, não tem os conhecimentos técnicos e de administração e economia geralmente necessários ao sucesso do empreendimento. Do outro lado, há o franqueador, titular de marca já conhecida dos consumidores, que deseja ampliar a oferta do seu produto ou serviço, mas sem as despesas e riscos inerentes à implantação de filiais.⁴⁸

Neste viés, a franquia configura espécie de contrato empresarial de colaboração, que se define “pela obrigação peculiar assumida por um dos contratantes (colaborador) perante o outro (fornecedor): a de criar ou ampliar o mercado dos produtos ou serviços fabricados ou comercializados pelo fornecedor”, obrigando-se o colaborador a realizar “investimentos em divulgação, propaganda, manutenção de estoques, treinamento de pessoal e outros destinados a despertar em consumidores o hábito de adquirir os produtos ou serviços do fornecedor”.⁴⁹

Observa-se que o vínculo entre franqueado e franqueador é de parceria, conservando cada empresário a sua individualidade jurídica, por meio da assunção de riscos na consecução da atividade empresarial própria de cada contratante, bem como da responsabilização por despesas com funcionários e com o estabelecimento comercial.⁵⁰ Para Fran Martins, a franquia representa o negócio jurídico que permite que o franqueador conceda ao franqueado, mediante condições especiais, “o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a esses estejam

⁴⁷ LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45-46.

⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial**: direito de empresa. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 412.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 405.

⁵⁰ BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising & direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 32.

ligadas por vínculo de subordinação”, esclarecendo o autor a independência do franqueado, ante sua autonomia econômica e jurídica.⁵¹

Diante de tais características, observa-se que o contrato de franquia tem por essência obrigações sucessivas e permanentes, principalmente tendo em conta que o prazo do contrato deve permitir ao franqueado a recuperação do capital investido.⁵²

O contrato de *franchising*, como em outras modalidades contratuais, pode acarretar não apenas atrativos aos contratantes, como também desvantagens às partes: para o franqueador, as desvantagens constituem “a perda parcial do controle, maior custo de supervisão, maiores custos de formatação, perda do sigilo, risco de desistência do franqueado, perda da liberdade, eventual indisciplina do franqueado”, além de “risco de perda de padronização”, enquanto que, para o franqueado, as desvantagens abrangem a existência de controle mais acentuado, que diminui a autonomia, e a cobrança de taxas de franquia, além de localização forçada e risco de descumprimento do contrato.⁵³

1.3. Natureza Jurídica do Contrato de Franquia Empresarial

O contrato de franquia constitui modalidade de negócio jurídico complexa, porquanto se vale de elementos de contratos típicos diversos, a exemplo da compra e venda, da concessão mercantil e da transferência de tecnologia.⁵⁴ Sobre a complexidade da franquia, salienta Luiz Edmundo Appel Bojunga que “o direito privado moderno seguidamente defronta-se com contratos que constituem um amálgama de outros contratos, sendo o *franchising* um eloquente exemplo disso”.⁵⁵ Neste contexto, envolve outros tipos de negócios jurídicos, presentes em maior ou menor intensidade, especificamente os de “fornecimento, de cessão de tecnologia, de uso de marca, de exploração de invento, de prestação de serviços de assistência e outros que facultam uma gama variada de formas”.⁵⁶

Os serviços de organização empresarial prestados ao franqueado englobam três tipos de negócios jurídicos, consistentes no contrato de *engineering*, “pelo qual o

⁵¹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações mercantis**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 488.

⁵² SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (*franchising*). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**, vol. 17, 1999, p. 65-66.

⁵³ *Ibidem*, p. 66.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 60.

⁵⁵ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “*franchising*”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 46, p. 154-181, jul. 1989, p. 164.

⁵⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 282.

franqueador define, projeta ou executa o *layout* do estabelecimento do franqueado”; no contrato de *management*, “relativo ao treinamento dos funcionários do franqueado e a estruturação da administração do negócio” e no contrato de *marketing*, referente às “técnicas de colocação dos produtos ou serviços junto aos consumidores, envolvendo estudos de mercado, publicidade, vendas promocionais, lançamento de novos produtos ou serviços”.⁵⁷

Quanto à classificação pela estrutura do contrato de franquia, observa-se a existência de divergência na doutrina, porquanto não há consenso sobre a tipicidade de tal modalidade contratual. Para Vera Helena de Mello Franco, a franquia representa contrato típico, pois regulado em lei, com denominação própria.⁵⁸ No mesmo sentido, sustenta Waldírio Bulgarelli que, com a edição da Lei 8.955/94, o contrato de franquia passou a ser típico.⁵⁹ Fábio Ulhoa Coelho, em contraste, defende que a mencionada lei não conferiu à franquia o caráter da tipicidade, porquanto abrange normas que não regulamentam propriamente o conteúdo da relação jurídica, sendo o escopo da regulamentação a imposição de dever de transparência na elaboração da circular de oferta de franquia ou do instrumento contratual.⁶⁰

Diante de sua complexidade, o contrato de franquia pode ser considerado misto, ao englobar em sua estrutura tanto elementos típicos, como também atípicos, considerando que determinados aspectos das cláusulas contratuais se encontram regulados em lei, sendo possível às partes a sua modificação de acordo com seus interesses, bem como que, ao representar um sistema de relações entre franqueado e franqueador, envolve diferentes tipos de negócios, como de fornecimento, concessão de vendas e prestação de serviços.⁶¹

O contrato de franquia pode ser considerado consensual, por se aperfeiçoar a partir da manifestação de vontade dos contratantes.⁶² É bilateral, ao estabelecer obrigações correlatas para os contratantes, o que indica o caráter sinalagmático, porquanto franqueador e franqueado ocupam simultaneamente a posição de credores e devedores, decorrendo “a relação entre vantagem e sacrifício da própria estrutura do

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 413.

⁵⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 284.

⁵⁹ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 523.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 395.

⁶¹ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 41-42.

⁶² FRANCO, Vera Helena de Mello. Op. cit., p. 284.

negócio jurídico”.⁶³ Somado a isso, pode ser classificado como oneroso, porquanto importa vantagens econômicas para os contratantes, e comutativo, pois a prestação de uma das partes possui como causa a prestação da outra, sendo equivalentes.⁶⁴ Por ser comutativo, a prestação de uma das partes corresponde à contraprestação da outra, no contexto do equilíbrio contratual, existindo equivalência subjetiva, de modo que as prestações dos contratantes aproximadamente se correspondem, diante de relativa equivalência de valores.⁶⁵

Configura negócio jurídico de trato sucessivo, em decorrência do prolongamento da relação contratual no tempo, e com delimitação territorial, tendo em vista que, em regra, não é permitida ao franqueado a distribuição de produtos ou serviços concorrentes, existindo cláusula de exclusividade.⁶⁶ As prestações e as contraprestações são contínuas, durante a vigência do negócio jurídico, repetindo-se no tempo e no espaço.⁶⁷ O contrato de franquia, ainda, é personalíssimo, pois a consideração da pessoa do candidato a franqueado constitui elemento determinante para a perfectibilização do negócio jurídico.⁶⁸

A franquia é elaborada com um contratante determinado eleito por processo seletivo, em que as características pessoais do franqueado é que determinam o motivo de sua aceitação ou eleição pelo franqueador, e só por sua causa existe o contrato, daí ser *intuitu personae*. A oferta da franquia pelo franqueador é realizada através de publicações em órgãos especializados, na imprensa comum ou por qualquer outro meio de comunicação. O franqueador oferece a pessoas físicas ou jurídicas a concessão da franquia sobre determinados produtos ou serviços. Cabe ao franqueado, baseado naquela oferta, entender-se com o franqueador para a obtenção da concessão. Desta forma, o franqueador inicialmente seleciona os candidatos e só então celebra o contrato. Da mesma forma que o franqueado, interessa-se pela aquisição da franquia na medida em que o franqueador seja titular de uma boa marca, bom produto ou serviço.⁶⁹

⁶³ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 43.

⁶⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 283.

⁶⁵ REDECKER, Ana Cláudia. Op. cit., p. 43.

⁶⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. Op. cit., p. 284.

⁶⁷ ROQUE, Sebastião José. **Do contrato de franquia empresarial**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 17.

⁶⁸ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 46, p. 154-181, jul. 1989, p. 173.

⁶⁹ REDECKER, Ana Cláudia. Op. cit., p. 43-44.

Representa contrato formal, escrito, considerando que o artigo 6º da Lei 8.955/94⁷⁰ dispõe que o contrato de franquia sempre deve ser escrito e assinado na presença de duas testemunhas, possuindo validade independentemente de registro perante cartório ou órgão público.

A eficácia da franquia entre franqueado e franqueador, portanto, depende da presença de contrato escrito e assinado na presença de duas testemunhas. A eficácia da franquia perante terceiros, em contraste, depende de registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), nos termos do artigo 211 da Lei 9.279/96⁷¹, que determina que “o INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros”. A exigência de registro se justifica pelo fato de o mencionado contrato acarretar a licença de uso de marca e patente, assim como a transferência de tecnologia, envolvendo a concessão de uso de direitos típicos da propriedade industrial.⁷² O registro somente representa condição de eficácia na hipótese em que franqueado e franqueador titularizam direitos perante terceiros, na medida em que, quando os terceiros forem os credores, a exemplo de consumidores, não podem ser prejudicados pela ausência de registro, que não afasta a responsabilidade dos contratantes pela reparação de danos eventualmente causados.⁷³

1.4. Circular de Oferta de Franquia

A circular de oferta de franquia constitui documento que serve de instrumento de divulgação dos aspectos próprios do negócio que será celebrado, não implicando a obrigação de contratar ou o dever de indenização na hipótese de não perfectibilização do negócio jurídico, salvo em casos de injusta recusa na contratação.⁷⁴ Para Adalberto Simão, ao se compreender a franquia como um sistema, a circular de oferta de franquia pode ser entendida como o elemento mais expressivo da relação estabelecida entre os

⁷⁰ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

⁷¹ BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mai. 1996, p. 1.

⁷² NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 230.

⁷³ *Ibidem*, p. 230-231.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 232.

contratantes, em termos obrigacionais, porquanto fundamenta os parâmetros para o futuro contrato, informando ao interessado as questões essenciais da negociação.⁷⁵

Sobre o dever de informação do estipulante no momento pré-contratual, acentua Silvia Dias da Costa Machado:

Dentre os deveres principais do estipulante está o de possibilitar o pleno conhecimento do conteúdo contratual àquele que adere. Tem o dever de informar, deve agir com clareza e possibilitar o pleno acesso ao conteúdo contratual. Esse dever se concretiza, primariamente, pelo dever de dar a conhecer as cláusulas e não dificultar a sua compreensão. A comunicação do conteúdo do contrato tem de ser adequada e com a devida antecedência, de modo a possibilitar ao aderente o conhecimento antecipado da existência ou não de condições gerais que irão integrar o contrato.⁷⁶

Por representar meio de divulgação ampla dos dados do contrato que se pretende celebrar, permite a ciência do candidato a franqueado de todos os aspectos da franquia, de modo que, no caso de sonegação de informações, poderá o documento ser utilizado como fundamento para a rescisão do negócio jurídico e reparação de perdas e danos.⁷⁷

Salienta Ana Cláudia Redecker:

[...] Destarte, é imprescindível estabelecer um contrato que especifique a relação jurídica, entrando em seus mínimos detalhes; que defina claramente as recíprocas obrigações e estabeleça, de maneira clara, a relação franqueador/franqueado, tornando o contrato de franquia fruto de uma escolha consciente, baseada em informações amplas e abrangentes, fornecidas pelo franqueador. Estes requisitos, de forma geral, denotam função de transparência fruto de aplicação do princípio do *disclosure* que, por sua vez, proporcionará ao franqueado manifestar a sua vontade de forma consciente e livre.

Verifica-se que a circular de oferta de franquia, instrumento básico para a formação do liame jurídico entre franqueado e franqueador, permite “avaliar, de um lado, a capacitação potencial do interessado frente ao sistema operacional e, de outro, os aspectos operacionais do pacote de Franchising que se pretende adquirir”.⁷⁸ A circular não obriga o candidato a franqueado a aderir à rede, fundamento pelo qual acarreta a

⁷⁵ SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 97.

⁷⁶ MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 18.

⁷⁷ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 232.

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a lei de franquia. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 16, mai., p. 15-21, 1995, p. 20.

responsabilidade pré-contratual no caso de uma das partes não se comportar conforme a boa-fé, que preconiza a lealdade recíproca entre os contratantes.⁷⁹

A circular não se confunde com o pré-contrato de franquia, celebrado antes da assinatura do contrato definitivo, definido por Simão Filho como o instrumento que “possibilita a aquisição de capacidade em potencial do interessado para com o sistema operacional, possibilitando a este a avaliação dos aspectos operacionais do pacote de *franchise* que está adquirindo”, com validade limitada no tempo, sendo sucedido pelo instrumento definitivo assinado após o período de testes abrangidos pelo pré-contrato.⁸⁰

O artigo 3º da Lei 8.955/94⁸¹ determina que a circular de oferta de franquia deve ser entregue ao interessado a se tornar franqueado, “por escrito e em linguagem clara e

⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a lei de franquia. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 16, mai., p. 15-21, 1995, p. 20.

⁸⁰ SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising**: aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 60.

⁸¹ Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo obrigatoriamente as seguintes informações: I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços; II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios; III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia; IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado; V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente; VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio; VII - especificações quanto ao: a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia; b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento; VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte: a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties); b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial; c) taxa de publicidade ou semelhante; d) seguro mínimo; e e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados; IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone; X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte: a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações; XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores; XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a: a) supervisão de rede; b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado; c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos; d) treinamento dos funcionários do franqueado; e) manuais de franquia; f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado; XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador; XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em

acessível”. Os incisos I a XV desse artigo estipulam determinadas informações que devem estar obrigatoriamente presentes na circular, consistentes, em essência, no perfil do franqueador, franqueado e franquia; no dever de sigilo; na exclusividade e territorialidade; nas obrigações das partes; na aquisição obrigatória ou não de mercadorias diretamente do franqueador ou de terceiros e no estabelecimento de preços.

Interessante apontar que as informações de caráter econômico-financeiro, a exemplo daquelas mencionadas nos incisos VI e VII do artigo supracitado, devem ser amplamente abrangidas pela circular de oferta de franquia, por influenciarem significativamente as expectativas de lucratividade da rede e a decisão do candidato em aderir ao negócio jurídico. Outro requisito essencial é o indicado no inciso XV do referido artigo, ao prever como obrigatória a juntada integral dos documentos padrões de pré-contrato e do contrato regularmente utilizados pelo franqueador ao expandir seus negócios.⁸²

O dever de informação na fase anterior à manifestação de vontade do candidato a franqueado acarreta a responsabilidade do franqueador “quando oferecer condições vantajosas e atrativas para adesão do franqueado se estas não existirem na prática”, considerando que as condições do negócio devem vir definidas especificamente e objetivamente no documento, impedindo que o candidato seja induzido a erro.⁸³ Existem, pois, deveres de informação, lealdade e proteção entre os futuros contratantes, a fim de que não seja frustrada a confiança criada no candidato a franqueado, principalmente ao se considerar que o contrato de adesão é marcado pela imposição do conteúdo negocial ao aderente, em diferentes medidas, reforçando a necessidade de esclarecimento do texto do negócio jurídico e de eventuais condições gerais externas ao contrato.⁸⁴

A circular de oferta de franquia, por constituir documento que serve de instrumento de divulgação dos aspectos próprios do negócio que será celebrado deve definir, de forma clara, as obrigações das partes, a fim de que o negócio jurídico resulte de uma escolha consciente por parte do franqueado.⁸⁵ Com efeito, a rede de franquia

relação a: a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador; XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

⁸² SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising**: aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 98.

⁸³ LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 39.

⁸⁴ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984, p. 551.

⁸⁵ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 78.

compõe um sistema de relações entre empresários autônomos, marcado pela organização, por existir um conjunto de regras que regem as relações no sistema, de modo que a ausência ou precariedade da circular de oferta de franquia acarreta prejuízos à organização do sistema.⁸⁶

Cabe salientar que, no âmbito dos contratos empresariais, a presunção é a de que o aderente detém plenas condições de conhecer a situação real da outra parte, inexistindo presunção de deficiência informativa em relação ao aderente.⁸⁷ Não pode o franqueador, contudo, omitir ou falsificar dados relevantes à prática comercial, como a indicação equivocada do número de franqueados e dos serviços realizados pela rede, o que poderia criar expectativas irreais aos candidatos a franqueado, indicando conduta contrária à boa-fé objetiva, que condiciona a liberdade das partes, com o escopo de proteger o equilíbrio na relação jurídica, materializando norma de conduta fundada na “honradez, probidade, honorabilidade, transparência, diligência, responsabilidade e sem reticência”.⁸⁸

A difusão de informações inverídicas, como o da superestimação da rentabilidade e vantagens da franquia e a ocultação das perdas, impossibilita ao franqueado manifestar a sua vontade de forma consciente e livre, o que caracteriza prática desleal ou enganosa pelo franqueador, devendo ser coibida, por prejudicar a organização do sistema.⁸⁹

A circular de oferta de franquia, conforme o artigo 4º da Lei 8.955/94⁹⁰, deve ser entregue ao candidato a franqueado com antecedência mínima de dez dias antes da assinatura do contrato ou do pré-contrato de franquia ou do pagamento de eventual taxa pelo franqueado ao franqueador ou a pessoa a ele relacionado. O parágrafo único do artigo prevê sanção em caso de não cumprimento do prazo, consistente na possibilidade de o franqueado arguir a anulabilidade do negócio jurídico e exigir a restituição das quantias pagas à contraparte ou a terceiros por ela indicados, a título de taxa de filiação e royalties, além de perdas e danos. Idêntica penalidade deve ser aplicada no caso de

⁸⁶ RIZZARDO FILHO, Arnaldo. **Redes empresariais e organização contratual na nova economia**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 128-129.

⁸⁷ MACHADO, Sílvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 17.

⁸⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 102-103.

⁸⁹ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 82.

⁹⁰ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

veiculação de informações falsas na circular de oferta de franquia, como disposto no artigo 7º da lei supracitada. Ante a vulnerabilidade do franqueado e a responsabilidade do franqueador a demonstração da organização da rede e sua competente gestão, atribui-se ao franqueador o ônus de provar a entrega do documento, mediante juntada da circular de oferta de franquia devidamente assinada pela contraparte.⁹¹

No caso de ausência de entrega da circular de oferta de franquia, refere o parágrafo único do artigo 4º da Lei 8.955/94⁹² ser o negócio jurídico anulável, cuja causa convalesce quando não prestada no prazo decadencial de dois anos a contar da conclusão do ato, como previsto no artigo 179 do Código Civil⁹³, ao estabelecer que “quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato”.

Diante da necessidade de reequilíbrio contratual e proteção do franqueado, contudo, deve ser entendido que a ausência de arguição de anulabilidade do negócio jurídico pelo franqueado não convalida todas as consequências derivadas do vício, gerando perda tão somente do direito de pleitear a devolução dos valores pagos e perdas e danos.⁹⁴ Não há, pois, perda do direito de defesa fundamentado em falhas estruturais da rede de franquias, “que dariam ensejo, em tese, a matérias de defesa, como isenção de eventuais multas decorrentes do término antecipado do contrato, inaplicabilidade da cláusula de barreira e justa causa pelo inadimplemento de *royalties*”.⁹⁵

Importa ressaltar que o artigo 3º, inciso XII, alínea e, da Lei 8.955/94⁹⁶ prevê outro documento escrito elaborado pelo franqueador que deve integrar o contrato de franquia, a saber, o manual de operação da franquia, intensificando o dever de cooperação. Tal documento trata da operacionalização do negócio jurídico, do seu funcionamento, das modalidades de venda e contratação de funcionários e do tratamento conferido a consumidores, descrevendo pormenorizadamente os padrões e procedimentos necessários para o funcionamento da unidade, consistentes no *know-*

⁹¹ RIZZARDO FILHO, Arnaldo. **Redes empresariais e organização contratual na nova economia**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 136.

⁹² BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

⁹³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1

⁹⁴ RIZZARDO FILHO, Arnaldo. Op. cit., p. 129-130.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 131.

⁹⁶ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

how, que devem ser observados pelo franqueado, em conformidade com as exigências típicas da rede de franquia.⁹⁷

Nesta linha de raciocínio, verifica-se ser essencial a prestação de informações sobre a rede de franquia, possibilitando a escolha consciente pelo candidato a franqueado quando da adesão. Interessante apontar que a cooperação entre as partes deve ser mantida durante a execução contratual, pois essencial para o sucesso do negócio, considerando a possibilidade de oscilações conjunturais e mudanças no ambiente competitivo, além de necessidade de adequação a mercados locais.⁹⁸ O dever de lealdade é recíproco entre as partes, de modo que o franqueado responde pela manutenção da boa imagem e da credibilidade da franquia, não podendo transferir obrigações ou riscos de sua titularidade:

Nesse sentido, o dever de lealdade recíproco é devido pelas partes nos seguintes aspectos:

- o franqueado acatando e cumprindo rigorosamente especificações, procedimentos, recomendações transmitidas pelo franqueador, relativas à operação do negócio, sejam elas referentes a produtos ou serviços fornecidos ou prestados a clientes, ou à gerência administrativa da empresa;
- o franqueador assegurando ao franqueado a transmissão permanente do *know how*, bem como prestando total assistência, orientações e treinamentos, cursos e todas as demais informações necessárias à continuidade do negócio franqueado.⁹⁹

Na execução do contrato, igualmente está presente o dever de informação entre os contratantes, porquanto o franqueador deve transmitir regularmente toda e qualquer informação hábil a “propiciar inovação ou aprimoramento do negócio, desde que permanente e implementado em toda a rede de franquia na área de produtos, serviços, administração e qualquer outra”, enquanto o franqueado deve repassar à contraparte todas as informações pertinentes ao seu negócio”.¹⁰⁰

Na fase pós-contratual, subsistem os deveres de conduta referentes à proteção e lealdade entre as partes, porquanto não podem provocar danos mútuos às pessoas ou patrimônios uma da outra, ou adotarem atitudes “que possam frustrar o objetivo por ela perseguido, ou que possam implicar, mediante o aproveitar da antiga posição contratual,

⁹⁷ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 240.

⁹⁸ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 104.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 104-105.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 105.

a diminuição das vantagens ou o infligir danos ao ex-parceiro”.¹⁰¹ Como exemplos da aplicação da cooperação na fase pós-contratual, salienta-se “o dever do franqueador de suspender imediatamente, ao fim do contrato, o uso da marca do franqueador e cessar a venda de seus produtos”, assim como o “dever do franqueado de não praticar atividade concorrente à do franqueador, utilizando o *know how* dele adquirido”.¹⁰²

1.5. Principais Cláusulas Contratuais da Franquia Empresarial

A existência de diferentes modalidades de franquia, cujo objeto pode ser qualquer tipo de negócio que envolva bens, serviços e distribuição, assim como a constatação de que as cláusulas contratuais são as mais variadas, “de acordo com a natureza e importância dos produtos e os interesses das partes”, permitem afirmar que não existe um contrato de franquia empresarial padrão.¹⁰³

Inobstante a dificuldade de se estabelecer um contrato *standard*, o que acentua a necessidade de análise do caso concreto quando da atividade hermenêutica, por meio de diretrizes de interpretação, que serão objeto do capítulo seguinte, interessante apontar a lista das principais cláusulas contratuais encontradas na franquia empresarial, indicada por Fran Martins a partir do estudo realizado pela *Small Business Administration*, em conjunto com o *Bank of America*:

[...] direito do franqueador de proibir o franqueado a venda de quaisquer produtos que não forem feitos, aprovados ou indicados pelo franqueador; a realização de um mínimo de venda dos produtos franqueados; o pagamento de certa importância pela franquia, podendo esse pagamento consistir em uma percentagem sobre o lucro bruto ou uma taxa fixa prefixada. Enumera, também, essa lista como cláusulas comuns a obrigação de manter o franqueado suas portas abertas ao público durante certos dias e horas; o direito de o franqueador inspecionar os livros do franqueado; a participação do franqueado nas despesas de publicidade do franqueador; a aprovação pelo franqueador dos anúncios locais pelo franqueado e o seguro das mercadorias a ser feito pelo franqueado em companhias indicadas pelo franqueador. Mais ainda: há cláusulas frequentes sobre o direito de o franqueador adquirir os negócios do franqueado; o direito de o franqueador proibir ao franqueado certas modalidades de vendas, inclusive as vendas a crédito; a aprovação pelo franqueador das compras de equipamentos feitas pelo franqueado; a submissão de balanços financeiros periódicos do franqueado ao franqueador e a manutenção do franqueado de quotas mensais ou anuais de vendas dos produtos comercializados e o depósito pelo franqueado de todo o apurado em suas vendas em um balanço indicado pelo franqueador. Por último, são usuais cláusulas que obrigam ao franqueado a manutenção de um serviço

¹⁰¹ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 105.

¹⁰² *Ibidem*, p. 105.

¹⁰³ MARTINS, FRAN. **Contratos e obrigações mercantis**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 491.

especial de contabilidade, realizado esse serviço por empresas indicadas pelo franqueador (que, no dizer de Kursh, são muitas vezes, também, empresas franqueadas); a proibição de fazer o franqueado qualquer outro negócio enquanto a franquia estiver em vigor; e até o uso obrigatório pelos empregados do franqueado de uniformes aprovados pelo franqueador.¹⁰⁴

Determinadas cláusulas, contudo, são necessárias para a caracterização do contrato de franquia empresarial, consistentes nas disposições sobre o “prazo do contrato, delimitação do território e da localização, taxas de franquia, quotas de vendas, direito de o franqueado vender a franquia e cancelamento ou extinção do contrato”.¹⁰⁵ Jorge Lobo menciona determinadas cláusulas que devem, em princípio, ser aceitas pelo franqueado: “normas operacionais que vão definir e manter o padrão da rede”; “limitação do uso da marca e da publicidade local, também para proteção da própria rede”; “prazos de contrato para revisão mútua de expectativas”; “taxas de remuneração de acordo com o potencial de resultado da franquia”; “multas e outras cláusulas penais que protegerão o franqueador e a rede” e “aprovação prévia do franqueador na transferência da franquia”.¹⁰⁶

Dentre as referidas cláusulas, destaca-se a cláusula de exclusividade territorial nos contratos de franquia empresarial, livremente pactuada pelas partes, que estabelece a obrigatoriedade de o franqueado, em dado território, comercializar os produtos ou os serviços objeto do contrato, podendo ser previamente estipulada em conjunto pelas partes ou decidida unicamente pelo franqueador, não representando condição obrigatória para a formalização do instrumento contratual.¹⁰⁷ Como regra geral, a cláusula veda a livre comercialização em local externo ao território delimitado, exceto na hipótese em que não pressupõe qualquer tipo de monopólio.¹⁰⁸

A exclusividade territorial é expressamente referida no artigo 3º, inciso X, nas alíneas a e b, da Lei 8.955/94¹⁰⁹, estabelecendo-se que a circular de oferta de franquia deve necessariamente especificar “se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz”, bem como sobre a “possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar

¹⁰⁴ MARTINS, FRAN. **Contratos e obrigações mercantis**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 492.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 493.

¹⁰⁶ LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 47.

¹⁰⁷ REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Paraná, v. 15, p. 207-246, 1972, p. 224.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 224.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

serviços fora de seu território ou realizar exportações”. Acerca da cláusula de territorialidade na circular de oferta de franquia, menciona Fábio Ulhoa Coelho:

O capítulo da Circular acerca das obrigações do franqueador e direitos do franqueado deve referir-se, de início, à cláusula da territorialidade, importantíssimo aspecto do relacionamento entre franqueador e franqueado. Os interessados devem ser informados pela COF se a franquia adota o sistema de exclusividade territorial para os franqueados. Claro que, na hipótese de adoção deste sistema, fica vedada a possibilidade de atuação além dos limites do território contratado, porque isso feriria a exclusividade de outros franqueados. A cláusula de territorialidade pode estabelecer, também, não exatamente a exclusividade, mas a simples preferência do franqueado, por meio de sistemas de compensação interna da rede. Nesse caso, a definição das condições de atuação além dos limites do território de cada franqueado devem ser claramente estabelecidas, para que não se lesem os interesses de nenhum dos integrantes da rede.¹¹⁰

Fran Martins indica ser essencial a cláusula de exclusividade territorial:

A cláusula sobre o território é essencial para que se saiba onde o franqueado pode atuar. Esse território pode ser um grupo de Estados, um só Estado, uma região, uma cidade ou mesmo uma parte da cidade. Acordado o território, fica o franqueado com a exclusividade de usar as marcas do franqueador no mesmo. Em regra também se discute a localização, que é o lugar onde o franqueado se estabelece. O franqueador quase sempre aprova a localização, para a fixação da qual são feitos estudos minuciosos, encarando o ponto comercial, sob todos os seus aspectos: facilidade de estacionamento, vizinhança, proximidade de bancos, transportes, facilidade de acesso, até mesmo as horas em que há maior afluência de pessoas.¹¹¹

Outra cláusula que merece destaque é a que institui as taxas de franquia, como gênero, sempre devidas em função da exploração e uso da marca do franqueador.¹¹² A taxa de franquia em sentido estrito possui como objetivo a recuperação, pelo franqueador, do capital investido na “qualidade, planejamento e implantação da operação de franquia”.¹¹³

Os *royalties*, por sua vez, representam os valores periodicamente pagos pelo uso e exploração regular da marca do franqueador, por meio de percentual sobre o faturamento do franqueado ou de taxa fixa estipulada contratualmente, podendo ser fixada também taxa de propaganda, em percentual ou valor fixo, devida em função da

¹¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 415.

¹¹¹ MARTINS, FRAN. **Contratos e obrigações mercantis**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 493.

¹¹² *Ibidem*, p. 493.

¹¹³ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 49.

divulgação dos produtos ou serviços em veículos de comunicação.¹¹⁴ O objetivo da cobrança de *royalties* é o de permitir que o franqueador “mantenha um esquema de suporte e orientação constante ao franqueado ao longo de toda a vigência do contrato de franquia”, enquanto a taxa a título de publicidade e promoção de vendas remunera a campanha de imagem da marca e de difusão dos produtos ou serviços da rede, com estímulo para a sua aquisição a consumidores, assim como técnicas de venda.¹¹⁵

O franqueado possui a obrigação, assim, de remunerar o franqueador pelos serviços prestados e pelo uso da marca e patentes, obras de propriedade industrial, além de adimplir a taxa inicial ou de ingresso prevista na circular de oferta de franquia, que constitui o preço da franquia, relacionado ao valor da marca.¹¹⁶ Os elementos fundamentais para a composição do preço devem constar necessariamente na circular de oferta de franquia, a fim de que o contrato “não possa ser anulado em virtude da omissão ou da limitação das informações que são prestadas à franqueada”.¹¹⁷

Outra cláusula possível no contrato de franquia empresarial é a que prevê a possibilidade de modificação unilateral do manual de operação de franquia, o que “decorre da necessidade de adequação do negócio às novas realidades do mercado, alterando a forma de operar a franquia de acordo com as modificações sociais, econômicas e tecnológicas”.¹¹⁸ Salienta Irineu Mariani que as cláusulas referentes à conduta, funcionalidade e política empresarial podem ser objeto de alteração unilateral pelo franqueador, na medida em que permitem o aperfeiçoamento do sistema, sendo razoável ao franqueador, por deter os poderes de orientação da rede, “determinar novas técnicas de comercialização, de disposição dos produtos, de atendimento, de contabilização, de publicidade”.¹¹⁹

Inobstante o benefício que possa advir de tais modificações, para ambos contratantes, considera-se que, ao se observar a necessidade de equilíbrio econômico e financeiro do contrato, na hipótese das modificações acarretarem custos maiores do que aqueles razoavelmente esperados pelo franqueado, o franqueador deverá auxiliar na implantação de tais modificações, “seja custeando integral ou parcialmente a aquisição

¹¹⁴ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 242.

¹¹⁵ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 50.

¹¹⁶ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Op. cit., p. 242.

¹¹⁷ GABRICH, Frederico de Andrade. **Contratos de franquia e direito de informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 26-27.

¹¹⁸ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. Op. cit., p. 241.

¹¹⁹ MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 385.

de bens ou serviços necessários a essas alterações, ou auxiliando-o na obtenção de financiamentos para o custeio dessas modificações”.¹²⁰

No tópico, considerando o apontamento das principais cláusulas contratuais da franquia empresarial, cabe o estudo de outras obrigações do franqueador e do franqueado derivadas do negócio jurídico.

O franqueador deve colocar à disposição do franqueado o produto ou serviço objeto do contrato celebrado, com prestação de assistência técnica, a fim de que o franqueado “atenda aos requisitos técnicos e de performance do produto ou serviço original”.¹²¹ Além disso, deve respeitar a territorialidade fixada e, em sendo o caso, a exclusividade concedida à outra parte, durante toda a relação contratual.¹²² Obriga-se o franqueado a adquirir produtos, serviços ou técnicas da contraparte, “acatando suas instruções quanto à produção, comercialização, apresentação, *marketing*” e se submetendo “à sua supervisão, no desempenho da franquia, de modo a que o ofertado mantenha as características e qualidades do produto original”.¹²³ A transferência de tecnologia impõe ao franqueado os deveres de sigilo dos métodos comerciais e de atuação com exclusividade perante o franqueador, afastando-se a sua instalação na mesma zona comercial quando do término da relação contratual nas hipóteses de prestação de atividades comerciais semelhantes ou concorrentes ao objeto contratual.¹²⁴

1.6. Contrato de Franquia Empresarial de Adesão

A autonomia privada, no campo contratual, se desdobra na liberdade de contratar e de modelar os negócios jurídicos, correspondentes ao direito de os contratantes livremente fixarem o conteúdo ou os termos do contrato que intendem celebrar, existindo mecanismos legais de controle do conteúdo negocial, com o escopo de assegurar a efetiva autodeterminação e a igualdade entre as partes.¹²⁵ O princípio da autonomia da vontade dos contratantes, que abrange a liberdade de contratar e o respeito pela livre manifestação de vontade das partes, entretanto, enfrenta temperamentos, apenas se fazendo presentes nos contratos paritários, nos quais os contratantes, em

¹²⁰ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 241.

¹²¹ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 284.

¹²² *Ibidem*, p. 284.

¹²³ *Ibidem*, p. 284.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 284-285.

¹²⁵ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 129-130.

igualdade, debatem seus termos e eliminam possíveis discordâncias após a fase de negociação.¹²⁶

A concepção do contrato paritário liga-se a relações equilibradas, em que certa igualdade das empresas é fator determinante na organização e desenvolvimento das fases do negócio, desde o ajuste inicial, passando pela execução, criação intermediária de obrigações, até sua extinção. Embora a absoluta simetria seja rara, nos contratos paritários a dinâmica do processo de negociação e de execução contratual desenvolve-se sem a marcada preponderância dos interesses de um dos polos.¹²⁷

A massificação e a velocidade em que se estabelecem as relações sociais ocasionaram o surgimento de contratos com cláusulas predispostas, em que uma das partes elabora e impõe cláusulas contratuais ao outro contratante, a quem cabe apenas aceitar ou não a disposição contratual prévia e unilateralmente construída, impossibilitando-se a discussão acerca de suas condições.¹²⁸ No Direito Empresarial, o fenômeno se concretiza em relações nas quais existe dependência econômica de uma parte em relação à outra, resultando na possibilidade de um dos sujeitos impor condições contratuais ao outro, que deve aceitá-las, o que ocorre em diferentes graus de intensidade, a depender do caso concreto.¹²⁹

Sobre os contratos empresariais não paritários, aponta Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa:

As limitações de ordem geral têm a ver com o reconhecimento da existência de contratos comerciais modernos, nos quais o conteúdo é imposto unilateralmente por uma das partes por meio do estabelecimento de cláusulas contratuais padronizadas, diante das quais a outra parte tem somente duas opções, aceitá-las ou rejeitá-las integralmente. E, na medida em que os bens ou serviços oferecidos pelo empresário possam ser classificados como uma necessidade da contraparte, a opção deixa de existir e permanece unicamente a situação de contratar a qualquer preço, mediante adesão integral. Quanto a uma das partes, portanto, não se configuraria a presença da vontade contratual de acordo com a visão clássica.¹³⁰

Tal circunstância permite identificar duas modalidades de contratos, a saber, o contrato-tipo e o contrato de adesão, como explica Waldírio Bulgarelli:

¹²⁶ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 756.

¹²⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

¹²⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Op. cit., p. 756.

¹²⁹ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 70.

¹³⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O STJ e a natureza jurídica do contrato de franquia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 976, p. 75-84, fev. 2017.

O contrato de adesão distingue-se do contrato-tipo, de massa, em série (por formulários), já que, não obstante idênticos do ponto de vista estrutural, pois em ambos ocorre a fixidez do conteúdo contratual, divergem pelo fato de que o contrato de adesão é sempre unilateral, imposto de uma das partes, e o contrato-tipo comporta a livre discussão das cláusulas pela parte que deve aceitá-lo. Fala-se, portanto, que no contrato de adesão há a imposição das cláusulas pela parte que as redigiu, e no contrato-tipo há a apresentação das cláusulas pré-redigidas por uma das partes, mas podendo ser alteradas mediante discussão entre as partes.¹³¹

No contrato-tipo, por se encontrarem os contratantes em condições de igualdade, verifica-se a possibilidade de discussão das cláusulas predispostas do negócio jurídico, como modo de dinamização da atividade comercial.¹³² A modalidade se relaciona à necessidade ditada pela economia de massa, consubstanciando uma técnica contratual que atende aos interesses das partes em estabelecer certa padronização ou uniformidade em relação aos contratos futuros, promovendo maior praticidade nas negociações.¹³³ A cláusula predisposta pode ser vista como “fator de racionalização da empresa, sem a qual não poderíamos imaginar a rapidez com que as negociações são realizadas”.¹³⁴

No tocante à padronização, Waldírio Bulgarelli acentua que uma das características peculiares aos contratos empresariais diz respeito à uniformização de procedimentos e normas atinentes à atividade mercantil, como forma de facilitação das operações empresariais.¹³⁵ No mesmo sentido, segundo José A. Engrácia Antunes, a padronização constitui um dos principais traços que conferem especialidade ao tratamento dos contratos empresariais:

A actividade da empresa, esse “mercatore” hodierno – sobretudo no advento da produção e distribuição em grande escala, da internacionalização do consumo e da globalização dos mercados – exhibe hoje, mais do que nunca, uma tendência inexorável para a massificação, padronização, simplificação e velocidade da oferta.

Ora, este vector fundamental haveria de marcar indelevelmente a contratação mercantil, principal veículo jurídico dessa actividade. Hoje, a grande empresa, nascida para a produção e distribuição em massa de bens e serviços homogêneos, coloca estes no mercado primacialmente através de processos contratuais estandardizados e uniformizados, sendo impensável negociar caso a caso o conteúdo de milhares ou mesmo milhões de contratos que se sucedem ininterruptamente, seja com outras empresas ou com consumidores:

¹³¹ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 99.

¹³² BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 757.

¹³³ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 189-190.

¹³⁴ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Op. cit., p. 757.

¹³⁵ BULGARELLI, Waldírio. Op. cit., p. 99.

dir-se-ia, pois, que à massificação e normalização da oferta empresarial se sucedeu a massificação e padronização dos contratos mercantis.¹³⁶

O contrato de adesão, em contraste, representa aquele em que uma das partes, denominada aderente, não possui condições de influenciar a elaboração das cláusulas do contrato a ser firmado, inexistindo negociações prévias entre as partes, cabendo a ele apenas a sua aceitação na forma como lhe é apresentado.¹³⁷ O aderente, sem participar da discussão do regulamento a ser estabelecido, consente com uma situação jurídica anteriormente definida em todos os seus termos, diante do predomínio do contratante mais forte, que exerce “monopólio de fato ou de direito sobre determinada atividade ou produto”.¹³⁸

Para Orlando Gomes, tais contratos são qualificados como tal nas hipóteses em que, em dadas circunstâncias, não poderiam deixar de ser celebrados pelo aderente, não bastando que a relação jurídica se origine sem prévia discussão, aderindo uma das partes à vontade da outra, de modo que o aderente se identifica não apenas como aquele que aceita como um todo o conjunto de condições pré-estipuladas pela outra parte, como também aquele que precisa fazê-lo, por possuir necessidade de realizar o objeto do contrato, submetendo-se às condições estipuladas.¹³⁹

Sempre que uma parte se encontra em relação à outra numa posição de superioridade, ou, ao menos, mais favorável, é normal que queira impor sua vontade, estabelecendo as condições do contrato. A cada momento isso se verifica, sem que o fato desperte a atenção dos juristas, justo porque essa adesão se dá sem qualquer constrangimento se a parte pode dispensar o contrato. O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido. [...] ¹⁴⁰

António Pinto Monteiro aduz que os contratos de adesão possuem como característica essencial “a presença de cláusulas previamente redigidas por uma das partes, ou por uma autoridade competente, não sendo dado à parte que adere alterar a essência do que lhe é apresentado”, o que não impede eventual negociação entre as

¹³⁶ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009, p.79.

¹³⁷ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 757.

¹³⁸ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 186-187.

¹³⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 109.

partes sobre determinados aspectos não essenciais do negócio jurídico.¹⁴¹ Ressalta o autor que o contrato de adesão não se restringe àquelas relações jurídicas envolvendo o consumidor, podendo ser visualizada nas relações entre empresários, desde que verificada as “características de predisposição, unilateralidade e rigidez na celebração do contrato”, sem a possibilidade de o aderente impor condições distintas, devendo o ordenamento jurídico apresentar mecanismos de tutela da parte mais fraca.¹⁴²

A caracterização do contrato de adesão ocorre não pelo seu objeto, porquanto pode recair sobre diferentes bens e serviços, e sim pela “forma do consentimento do oblato”, manifestando-se o consentimento “como simples adesão a conteúdo pré-estabelecido da relação jurídica”.¹⁴³ O contrato de adesão, assim, “não constitui propriamente uma espécie ou tipo contratual, mas sim, um método de contratação”.¹⁴⁴

Ao tratar da definição de contrato de adesão, menciona Carlos Alberto Carmona:

Caracterizam-se os contratos de adesão pela desigualdade entre as partes contratantes: basicamente, uma das partes, o peticitante, impõe à outra – o oblato – as condições e cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas, de modo que o oblato cinge-se a anuir à proposta do peticitante. Tais contratos supõem, antes de mais nada, a superioridade econômica de uma das partes, que fixa unilateralmente as cláusulas contratuais; o contratante economicamente mais fraco manifesta seu consentimento aceitando, pura e simplesmente, as condições gerais impostas pelo outro contratante; a proposta é, de regra, aberta a quem se interessar pela contratação; e a oferta é predeterminada, uniforme e rígida.¹⁴⁵

Os contratos de adesão apresentam como traço essencial uma diferença de poderes entre as partes, no que tange à possibilidade de definir o conteúdo do contrato, sendo a disparidade do poder negocial e a desigualdade entre as partes fundamentos para a imposição de medidas de proteção ao aderente.¹⁴⁶ A lei procura tutelar o aderente, tendo em conta a disparidade de forças entre as partes quando da conclusão do contrato, com o escopo de possibilitar a paridade contratual, a exemplo da interpretação a favor do aderente em caso de dúvidas ou ambiguidades e da nulidade de

¹⁴¹ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de adesão**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 7.

¹⁴² *Ibidem*, p. 7.

¹⁴³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006. vol. II, p. 24.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 24.

¹⁴⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106.

¹⁴⁶ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 382-383.

cláusulas que estipulem a renúncia antecipada dos direitos dos aderentes, previstos, respectivamente, nos artigos 423 e 424 do Código Civil.¹⁴⁷

A contratação por adesão, nas palavras de António Pinto Monteiro, aumenta significativamente a possibilidade de o aderente não conhecer as cláusulas estabelecidas no negócio jurídico a ser celebrado, assim como de inserção de disposições abusivas.¹⁴⁸ A assimetria representa hipótese de “dependência econômica de um empresário em relação ao outro”, o que se diferencia da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo e da hipossuficiência do empregado em relação ao empregador.¹⁴⁹ No contexto dos contratos empresariais, existem relações jurídicas marcadas pela dependência econômica, inerente à modalidade contratual, a exemplo do contrato de franquia, porquanto há imposição do esquema de negócio, intensificando o grau de vinculação do comportamento do franqueado.¹⁵⁰

Explica Fábio Ulhoa Coelho que os contratos de colaboração, em decorrência da obrigação de criação, consolidação ou desenvolvimento de mercado para certo produto ou serviço, refletem a subordinação empresarial entre os contratantes, porquanto “o colaborador deve organizar-se empresarialmente da forma definida pelo fornecedor seguindo as orientações e determinações partidas deste”, de modo a atender os “padrões de exploração da atividade empresarial”.¹⁵¹ A subordinação empresarial se relaciona à organização da empresa, de acordo com as orientações específicas ou gerais do fornecedor, não sendo pessoal, como na relação empregatícia.¹⁵²

Para Fran Martins, a autonomia jurídica e financeira do franqueado como empresário, ante a inexistência de relação empregatícia entre os contratantes, apenas é absoluta no sentido de que franqueado e franqueador configuram pessoas distintas, responsáveis pelos atos praticados; a independência é relativa, em contraste, no tocante à restrição da possibilidade de atuação do franqueado, por meio das obrigações próprias dessa modalidade contratual, a exemplo da padronização da marca e das técnicas de produção e comercialização.¹⁵³

¹⁴⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 187.

¹⁴⁸ MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de adesão**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 7.

¹⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial**: direito de empresa. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 396.

¹⁵⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

¹⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 406.

¹⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 406.

¹⁵³ MARTINS, FRAN. **Contratos e obrigações mercantis**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 488.

Esclarece Luiz Edmundo Appel Bojunga que a contratação por adesão na franquia envolve, anteriormente à aderência do candidato a franqueado ao sistema, a elaboração das cláusulas contratuais abstratas pelo franqueador, que regem o conteúdo do negócio jurídico que se pretende concluir, de modo uniforme.¹⁵⁴ Para Ana Cláudia Redecker, no contrato de franquia por adesão, o franqueador concede a franquia apenas ao candidato que aceitar os termos por ele estabelecidos, com exigência de cumprimento e continuidade do modelo negocial:

Destarte, no contrato de franquia, uma parte economicamente mais forte, franqueador, impõe a outra parte, franqueado, a sua política: métodos de venda, promoções, preços, aparência de seu pessoal, forma de sinal distintivo (símbolo) ao público, etc. É verdade que o franqueado é um comerciante independente, mas as cláusulas contratuais são dispostas pelo franqueador como regras que beneficiam e protegem seu sistema de franquia. Este mecanismo beneficia a finalidade última do franqueador, ou seja, a constituição de uma rede de lojas homogêneas, mas também, a cada um dos franqueados, os quais se ligam em consideração à organização de uma rede cujos membros ficam submetidos a um estatuto tal que não permite substanciais diferenças de tratamento entre aqueles que a integram. Assim, o franqueado, diante do formulário apresentado pelo franqueador, não possui outra possibilidade que aceitá-lo em bloco ou desistir de contratar. Nesse sentido, a ideia de contratualidade por adesão, meramente formal, aperfeiçoa-se com o consentimento livre do aderente.¹⁵⁵

O Superior Tribunal de Justiça compreende que o contrato de franquia, por essência, se perfectibiliza nos moldes e forma previstos em contrato de adesão, entendimento mencionado, a título exemplificativo, no Agravo Regimental no Agravo nº 746.597/RJ¹⁵⁶, ao se discutir a incidência de impostos sobre serviços de qualquer natureza aos contratos de franquia, tendo entendido que o contrato de franquia é necessariamente celebrado na forma de adesão.

Criticando tal posição, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa entende que o contrato de franquia não é, por sua própria natureza, um contrato de adesão, na medida em que o franqueado, ao buscar o exercício de determinada atividade empresarial, não precisa necessariamente buscar aderir a uma rede de franquia, existindo modalidades

¹⁵⁴ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 46, p. 154-181, jul. 1989.

¹⁵⁵ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 46.

¹⁵⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo nº 746.597/RJ. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: GRM Serviços Postais S/C LTDA. Min. José Delgado. Brasília, 16 mai. 2016. DJe 21 ago. 2006, p. 10.

diversas de atividades lucrativas, assim como que, embora a pretensão de atuar no ramo da franquia, o franqueado possui outras opções de escolha, segundo seus interesses.¹⁵⁷

Tomemos o exemplo de uma empresa multinacional de grande porte que deseja se instalar em outro país por meio da franquia. Desconhecendo o mercado local e suas particularidades, aquela empresa optará pelo modelo de divisão do mercado a ser explorado a partir da constituição de franqueados máster e de subfranqueados. Os primeiros terão a seus cuidados macro-regiões do país onde a franquia será instalada e, por sua vez, escolherão os subfranqueados segundo os parâmetros fixados pelo franqueador estrangeiro. Na situação acima, jamais se poderá falar em adesão contratual estrito senso dos franqueados máster em relação ao franqueador. As discussões entre eles sobre aspectos particulares do negócio será discutidas à exaustão, até que se chegue ao ponto do acordo, que poderá variar de um franqueado máster para outro. Quanto aos subfranqueados, a adesão poderá estar presente de forma absoluta ou relativa, na medida em que alguma variação do contrato poderá ocorrer de acordo com certas condições particulares.¹⁵⁸

Para o presente trabalho, será considerado que o contrato de franquia empresarial normalmente se dá por intermédio de contratos de adesão, considerando a visualização de partes com considerável desequilíbrio de poderes, porquanto o franqueador geralmente impõe sua vontade, de modo que necessário o controle da autonomia da vontade e a vedação do abuso de poder. Nos contratos celebrados por adesão, em geral, o predisponente não considera as expectativas e interesses legítimos do aderente, o que resulta no desequilíbrio nas prestações dos contratantes e uma vantagem excessiva ao predisponente, situação que se observa em diversos casos envolvendo franquia.¹⁵⁹

Com efeito, no contrato de franquia, verifica-se a entrega, pelo franqueador, de instrumento contratual pré-elaborado, permitindo-se a discussão e alteração das cláusulas contratuais em poucos casos, sendo observada a necessidade de revisão judicial do contrato diante da existência de abusividade.¹⁶⁰ O franqueador, ao elaborar o contrato, “priva ou limita acentuadamente a liberdade de estipulação do franqueado”,

¹⁵⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O STJ e a natureza jurídica do contrato de franquia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 976, p. 75-84, fev. 2017, p. 79.

¹⁵⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Op. cit., p. 81.

¹⁵⁹ PLENTZ, Fernanda Cristhina Lolatto. **A vulnerabilidade do franqueado e a figura do consumidor equiparado**: impossibilidade de aplicação do CDC aos contratos de franquia empresarial. 2007. 34 f. Monografia (Especialização em direito do consumidor e direitos fundamentais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 81.

¹⁶⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**, vol. 17, 1999, p. 61.

com pouca possibilidade de alteração das cláusulas, o que lhe confere posição dominante e permite a imposição de conteúdo negocial desequilibrado ou iníquo.¹⁶¹

¹⁶¹ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 89-90.

2. ATIVIDADE INTERPRETATIVA COMO MEIO PARA O EQUILÍBRIO CONTRATUAL NO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL DE ADESÃO

No presente capítulo, será realizado o estudo da interpretação do contrato de franquia empresarial, na perspectiva da proteção do franqueado, primeiramente no que diz respeito à atividade interpretativa em si e posteriormente quanto à aplicação das normas do Código Civil¹⁶², no contexto do Direito Empresarial, salientando-se a insuficiência da Lei 8.955/94¹⁶³ no ponto e a impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor em casos tais, finalizando-se com a análise de exemplos de situações práticas que requerem a aplicação das disposições gerais desse diploma legal como meio para obtenção do equilíbrio contratual.

Importante destacar que o estabelecimento da fonte normativa a ser utilizada pelo intérprete constitui o ponto de partida para o delineamento das diretrizes hermenêuticas para a interpretação do contrato de franquia empresarial de adesão em favor do franqueado. Sucessivamente, ao se estudar o caminho que o intérprete pode realizar nessa atividade, possível o delineamento do âmbito de incidência do artigo 423 do Código Civil, harmonizado com a realidade empresarial.

2.1. Necessidade de Proteção do Franqueado no Contrato de Franquia Empresarial de Adesão: Insuficiência da Lei 8.955/94

A discrepância de poderes entre o franqueador e o franqueado, em especial nos contratos de franquia de adesão, enseja a possibilidade de verificação, no caso concreto, de abuso de poder econômico, por meio da elaboração de cláusulas contratuais que desequilibrem as prestações das partes no negócio, a favor da parte em situação mais favorável, contrariamente ao princípio da justiça contratual. Salienta Fernando Noronha que, nos contratos em que se constata assimetria entre as partes, “há todo um quadro

¹⁶² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

¹⁶³ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

extremamente propício a imposições ilegítimas da banda do lado mais forte, geradoras de graves desequilíbrios entre ônus e riscos do predisponente e do aderente”.¹⁶⁴

No âmbito dos contratos empresariais, o escopo de obtenção de lucro pelos empresários deve se conformar às normas do ordenamento jurídico, uma vez que devem ser afastados os abusos possibilitados pela ausência de paridade entre os contratantes, por estar o proponente em posição de dominância, buscando-se a justiça contratual por meio da atividade hermenêutica.¹⁶⁵

No tópico, menciona Tatiana Oliveira Druck:

Quando as obrigações geradas no contrato bilateral são correspectivas e interdependentes entre si, de forma que uma é “a razão de ser da outra”, há sinalagmaticidade.

A bilateralidade só sugere a ideia (insuficiente) de prestação e contraprestação, enquanto o sinalagma inclui também a ideia de interdependência destas prestações, característica que conforma o contrato e acompanha dinamicamente o seu desenvolvimento e a sua eficácia.

Daí afirmar-se que a valorização do sinalagma é decorrente da visão globalizante da relação obrigacional, que encerra não só a ideia de débito e crédito, mas um encadeamento de atos com vistas a um objetivo comum das partes contratantes, que é o adimplemento. Por isso as prestações se inter-relacionam, dependem umas das outras, e se entrelaçam, fato que os franceses denominam muito ilustrativamente de “enchevêtement”.

A justiça comutativa do novo direito contratual – de conotação aparentemente aristotélica, pode-se dizer – prega que o contrato bilateral e sinalagmático deve preservar, desde seu nascimento e durante toda a sua execução, a correspectividade entre as prestações, na falta do que a lei permitirá a justa correção através do poder judiciário ou até mesmo sua anulação.¹⁶⁶

Em casos tais, verifica-se a necessidade de contrapor a autonomia privada ao princípio da justiça contratual, entendida como “a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”, representativa da imprescindibilidade de equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes contrapostas na relação contratual.¹⁶⁷ Nos contratos sinalagmáticos, existe uma correspectividade de prestações dos contratantes,

¹⁶⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 247.

¹⁶⁵ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 214.

¹⁶⁶ DRUCK, Tatiana Oliveira in TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito de empresa e contratos**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 55-56.

¹⁶⁷ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 214.

devendo haver relação de equivalência quanto ao objeto da obrigação, fundamento pelo qual necessária a criação de mecanismos de proteção do equilíbrio contratual.¹⁶⁸

Sobre a disparidade de poder negocial no contrato de adesão, justificadora da previsão de instrumentos de proteção ao contratante mais fraco, ressalta Teresa Negreiros:

[...] na esteira da individualização desta espécie de contrato como uma espécie em que se patenteia a predominância da vontade de um contratante sobre a do outro, abre-se espaço para a imposição de valores que antes não penetravam no âmbito contratual, hermeticamente protegido sob a couraça da soberania da vontade individual e da igualdade formal entre as partes. O contrato de adesão é, portanto, um símbolo de atuação que a ordem jurídica passa então a ter na declarada tentativa de impedir a realização de certos resultados tidos como indesejáveis, instituindo medidas compensadoras, orientadas à proteção do aderente. Trata-se, sob esta perspectiva, de uma classificação que não apenas reconhece a desigualdade entre os contratantes, mas que, mais além, identifica aí a sua razão de ser, operando como um instrumento de proteção à parte fraca.¹⁶⁹

A interpretação em favor do aderente constitui “uma pauta de correção do ordenamento mercantil, favorecendo aquele em situação de desvantagem”.¹⁷⁰ Oportuniza-se a maior proteção do contratante na hipótese em que não teve oportunidade de discutir as cláusulas pré-definidas em condições de igualdade com a outra parte, diante da ausência de manifestação substancial de vontade do aderente ou de irrelevância de sua participação na conclusão do acordo.¹⁷¹ Salienta Arnaldo Wald que a atividade hermenêutica, como mecanismo para a busca de equilíbrio, deve pretender a correção da situação de desigualdade entre as partes nos contratos de adesão, “interpretando o contrato em favor do aderente nas cláusulas ambíguas e impedindo as distorções abusivas oriundas de condições impostas unilateralmente ao aderente”.¹⁷²

Entende-se que o Código Civil reconheceu que “a posição do aderente é, em si mesma, uma posição de vulnerabilidade”, concedendo-lhe a proteção por meio da interpretação favorável do conteúdo contratual, de modo que a vulnerabilidade decorre

¹⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 144.

¹⁶⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006, p. 373-374.

¹⁷⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 261.

¹⁷¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

¹⁷² WALD, Arnaldo. Da invalidade da cláusula penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente. **Revista da Consultoria Geral do Estado**, v. 5, n. 13, a, 1975, p. 261.

simplesmente da posição contratual do aderente ao não discutir em condições paritárias com a outra parte as disposições negociais.¹⁷³

Tal disposição justifica-se plenamente pela impossibilidade ou mínima liberdade que existe ao aderente no debate das condições do contrato, situação que exige o estabelecimento de uma vantagem à parte mais vulnerável, de forma a amenizar o desequilíbrio na relação contratual provocado pela posição de superioridade que goza a parte que impõe os seus termos. Desse modo, é possível vislumbrar dupla função do dispositivo: uma, de natureza preventiva, na medida em que inibe o predisponente na elaboração de cláusulas abusivas ou que estabeleçam para si excessiva vantagem, já que o uso destas para ludibriar a parte aderente futuramente poderá acarretar-lhe o prejuízo de ver o contrato interpretado em seu desfavor; e outra, de natureza corretiva, quando já inserida a cláusula ambígua ou contraditória no contrato, determinando uma leitura mais favorável ao aderente para compensar a sua posição juridicamente inferior.

¹⁷⁴

No ponto, menciona Silvia Dias da Costa Machado:

Nos contratos por adesão interempresariais, o estipulante pode ser considerado aquele que domina, daí a preocupação do legislador, no texto do Código Civil, de mencionar, de forma expressa, o princípio geral que determina que a interpretação deve ser favorável ao aderente (arts. 423 e 424). Esse princípio guiará todo o caminho interpretativo a ser realizado pelo jurista. É o fundamento de todo o arquétipo de análise da contratação interempresarial por adesão, através dele, o Código Civil reconheceu a vulnerabilidade do aderente, sua posição de inferioridade e sua diminuição de autonomia no contexto contratual. Na relação jurídica interempresarial por adesão, há uma inafastável desigualdade formal, as técnicas contratuais são desequilibrantes, no dizer de STIGLITZ, a injustiça é inerente às mesmas, provém do interior do contrato.

A diminuição da autodeterminação do aderente é o fundamento do controle do conteúdo. A relação jurídica apresenta-se para o aderente com déficits informativos e volitivos que a caracterizam. Há uma autonomia diminuída, diluída, e a medida compensatória é o direito ao controle de conteúdo dessas cláusulas. O controle do conteúdo, portanto, está fundado no princípio de que o aderente se encontra nessa situação de diminuição de sua autonomia.¹⁷⁵

Neste viés, observa-se ser imprescindível a imposição de medidas de tutela ao franqueado e a interpretação do contrato a favor do aderente em caso de dúvidas ou ambiguidades, com o escopo de obtenção de maior proteção do franqueado, principalmente na hipótese em que não teve oportunidade de discutir as cláusulas pré-

¹⁷³ MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 51.

¹⁷⁴ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 135.

¹⁷⁵ MACHADO, Silvia Dias da Costa. Op. cit., p. 78.

definidas em condições de igualdade com o franqueador. A aplicação dos mecanismos interpretativos deve almejar, portanto, o equilíbrio contratual, compatível lógica e eticamente com o ordenamento jurídico positivo e com a realidade empresarial.

Cabe salientar que a interpretação dos contratos é regida por normas jurídicas que “determinam os meios e os critérios a serem utilizados pelo intérprete”, sendo imperativas, porquanto não constituem “regras de experiência ou meras sugestões oferecidas pelo legislador”.¹⁷⁶ As regras legais de interpretação configuram “ponto de confluências entre os contratantes e os intérpretes”, porquanto os primeiros, a par dos critérios estabelecidos em lei para a exegese da declaração de vontade, “tendem a observá-los para evitar o risco de serem mal compreendidos”, enquanto os segundos, ao identificar parâmetros legais, “pautam neles sua interpretação para não quebrar as expectativas dos contratantes”.¹⁷⁷

A possibilidade de inserção de cláusulas abusivas no instrumento contratual ilustra a necessidade de se promover a equivalência entre as prestações no caso concreto, por intermédio da atividade do intérprete do negócio jurídico, aplicador da lei.¹⁷⁸ Esclarece Fernando Noronha que as cláusulas que reduzem unilateralmente as obrigações do predisponente, originando situação de desequilíbrio entre os contratantes, são denominadas cláusulas abusivas, cuja nulidade pode ser arguida pela parte prejudicada:

Podem ser conceituadas como sendo aquelas em que uma parte se aproveita da sua posição de superioridade para impor em seu benefício vantagens excessivas, que destroem a relação de equivalência objetiva pressuposta pelo princípio da justiça contratual (cláusulas abusivas em sentido estrito ou propriamente ditas), escondendo-se muitas vezes atrás de estipulações que defraudam os deveres de lealdade e colaboração pressupostos pela boa-fé (cláusulas-surpresa). O resultado final será sempre uma situação de grave desequilíbrio entre os direitos e as obrigações de uma e outra parte. [...]

Mesmo em contratos que não sejam de consumo, a cláusula abusiva poderá ver questionada a sua validade se figurar em contratos padronizados e de adesão, porque, não existindo prévia negociação sobre o conteúdo contratual ou sendo ela ineficaz, não se pode presumir a relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação, que é pressuposta pela justiça formal.¹⁷⁹

¹⁷⁶ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 52-53.

¹⁷⁷ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205.

¹⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

¹⁷⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 248-249.

Cláudia Lima Marques, ao abordar a definição das cláusulas abusivas de um modo geral, refere:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionária aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante (*Machtposition*).

A abusividade é, assim, abstrata, potencial ou atual, porque ataca direitos essenciais àquele tipo de contrato, porque impõe excessivas e surpreendentes obrigações, porque leva à lesão do cocontratante.¹⁸⁰

Para Judith Martins-Costa, a abusividade da cláusula deve ser observada em função do ponto de equilíbrio entre os direitos e deveres pactuados no contrato, razão pela qual a abusividade se encontra inserida em um contexto relacional, ao se considerar que “não há abusividade em si, mas na relação com determinado parâmetro”.¹⁸¹

No contrato de franquia, segundo Thomaz Saavedra, os principais casos de abusividade na relação empresarial são as cláusulas que transferem ao franqueado a obrigação de pagamento de tributos, embora o franqueador seja o contribuinte legal; permitem ao franqueador tomar posse do negócio do franqueado no caso de eventual cometimento de infração ao negócio jurídico; repassem ao franqueado custos de assistência técnica já efetivamente remunerados pelo pagamento de *royalties*, implicando cobrança em duplicidade; atribuem ao franqueado o direito exclusivo à denúncia do contrato; permitem ao franqueador, a qualquer tempo, examinar os livros contábeis e dados em computadores da contraparte; obrigam a pessoa física do franqueado ou seu cônjuge a serem fiadores de todas as obrigações assumidas no contrato, acentuada pela renúncia ao benefício de ordem e atribuem eleição do foro com o intuito de dificultar a discussão judicial de aspectos atinentes ao negócio jurídico.¹⁸²

Para Fábio Konder Comparato, podem ser apontadas como cláusulas abusivas, no contrato de franquia empresarial, as que concedem exclusividade para a comercialização de produtos; impõem a vinculação de venda, cessão de direito ou

¹⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os Avatares do Abuso de Direito e o Rumo Indicado pela Boa-fé. In: DELGADO, Mario; ALVES, Jones F. **Questões controvertidas**. São Paulo: Método, 2007. vol. VI, p. 514, nota 33.

¹⁸² SAAVEDRA, Thomaz. **Vulnerabilidade do franqueado no franchising**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 42-43.

prestação de serviços à aquisição de outro bem, direito ou prestação de serviço e permitem excessivo controle externo do franqueado pelo franqueador.¹⁸³

A promulgação da Lei 8.955/94¹⁸⁴, no contexto da intervenção do Estado na regulação da relação jurídica entre franqueado e franqueador, ao regram especificamente o contrato de franquia, teve por objetivo justamente instituir normas que possibilitassem a proteção do franqueado e a obtenção de maior equilíbrio na relação contratual, bem como que coibissem eventual abuso de direito do franqueador em relação à contraparte, em especial ao estabelecer critérios à elaboração da circular de oferta de franquia, permitindo uma escolha consciente do candidato a franqueado ao aderir à rede.¹⁸⁵

A Lei 8.955/94¹⁸⁶, entretanto, não regulou de forma completa as relações negociais e jurídicas entre franqueado e franqueador, observando-se a prevalência de regras quanto à fase de negociação, anterior ao cenário contratual, pouco dispendo sobre o contrato em si, a exemplo da possibilidade de elaboração de cláusulas que promovam o desequilíbrio de prestações entre os contraentes. Nesta linha de raciocínio, por ser a supracitada lei insuficiente no que diz respeito ao cenário contratual, revela-se primordial a ponderação de quais fontes normativas podem ser aplicadas na atividade hermenêutica, especificamente no que diz respeito à interpretação do contrato de franquia empresarial de adesão em favor do franqueado.

O presente trabalho defende ser suficiente a aplicação das normas do Código Civil¹⁸⁷ como meio para possibilitar, mediante a atividade interpretativa no caso concreto, o restabelecimento do equilíbrio contratual. A aplicação das normas do Código Civil¹⁸⁸ representa um meio para possibilitar, mediante a atividade interpretativa no caso concreto, o restabelecimento do equilíbrio contratual, delimitando o conteúdo contratual. Destarte, embora não se entenda o Direito Civil como uma das fontes do Direito Empresarial, constata-se sua aplicabilidade para a regulação das relações

¹⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 18, p.53-65, 1975, p. 53.

¹⁸⁴ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

¹⁸⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**, vol. 17, 1999, p. 59.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

¹⁸⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

¹⁸⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

empresariais quando não afastado pelas normas especiais, em face de lacuna ou omissão.¹⁸⁹

A aplicação das normas gerais do Código Civil¹⁹⁰, a exemplo das regras dos contratos de adesão e dos princípios da boa-fé objetiva, depende da ponderação das características próprias de cada modalidade de negócio jurídico, devendo ser levada em conta as peculiaridades dos contratos celebrados entre empresários.¹⁹¹ Destarte, pressupõe-se que a aplicação das normas gerais do referido diploma legal depende da ponderação das características próprias de cada modalidade contratual, devendo ser levada em conta as peculiaridades dos contratos celebrados entre empresários, em cotejo com a realidade empresarial, a justificar o estudo de tais normas no ambiente específico em que aplicadas.

A aplicação dessas normas na interpretação do contrato de franquia empresarial, com o escopo de obtenção do equilíbrio contratual, pressupõe a análise das disposições gerais do diploma legal em cotejo com a realidade empresarial, mediante compatibilização das normas às circunstâncias e características que concretizam a especialidade do negócio jurídico celebrado entre o franqueado e o franqueador, o que será objeto de estudo nos tópicos subseqüentes.

2.2. Impossibilidade de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor para o Reequilíbrio entre as Prestações no Contrato de Franquia Empresarial de Adesão

Na atividade interpretativa para o reequilíbrio do contrato, não é possível equiparar o franqueado ao consumidor, considerando que não há o estabelecimento de relação de consumo entre as partes, de modo que a regulação da relação jurídica pelo Código de Defesa do Consumidor¹⁹² não estaria de acordo com a finalidade própria desse microsistema, consistente na proteção do destinatário final econômico do produto ou serviço.¹⁹³ A constatação é corroborada por meio do estudo da definição dos contratos consumeristas e da identificação da relação jurídica de consumo, que permite

¹⁸⁹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 1, p. 54.

¹⁹⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1

¹⁹¹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 755.

¹⁹² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 1.

¹⁹³ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 115.

visualizar a lógica que embasa o Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁴, em contraste com a relação jurídica empresarial.

Os contratos de consumo envolvem “todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços”, nos quais, “por estar presente em um dos polos da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes”.¹⁹⁵ Ao referir o disposto no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁶, que estabelece que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, explica Claudia Lima Marques:

Consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade “de consumo” ou de massa.¹⁹⁷

A identificação do estabelecimento de uma relação de consumo entre as partes requer a interpretação da expressão destinatário final, mencionada no texto normativo, a fim de caracterizar a presença do consumidor, o que permite a aplicação do microsistema de proteção estabelecido no diploma legal correspondente. O conceito de consumidor pode ser analisado sob a ótica das teorias finalista, da qual deriva o finalismo aprofundado, ou maximalista.

Para a teoria finalista, o consumidor deve ser o destinatário final fático e econômico do produto ou do serviço, fundamento pelo qual necessariamente deve ser o último na cadeia de consumo, não transferindo o produto ou serviço, os quais não são utilizados para o lucro, repasse ou transmissão onerosa.¹⁹⁸

Quando se fala em proteção do consumidor, pensa-se, inicialmente, na proteção do não profissional que contrata ou se relaciona com um

¹⁹⁴ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 1.

¹⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 301.

¹⁹⁶ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 1.

¹⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 302.

¹⁹⁸ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, 5. ed., rev. e amp. São Paulo: Método, 2016, p. 89.

profissional, comerciante, empresário, industrial ou profissional liberal. É o que se costuma denominar de noção subjetiva de consumidor, a qual excluiria totalmente do âmbito de proteção das normas de defesa dos consumidores todos os contratos concluídos entre dois profissionais e entre duas pessoas jurídicas comerciais, pois estes estariam agindo com o fim de lucro. [...]

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.¹⁹⁹

O finalismo aprofundado tem como base a noção de consumidor final imediato, utilizada em casos envolvendo “pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista”, devendo ser provada a sua vulnerabilidade.²⁰⁰ A vulnerabilidade pode ser entendida como “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo”, sendo um “sinal de proteção”.²⁰¹ Pode ser técnica, quando a pessoa que adquire o produto ou serviço não possui os conhecimentos específicos do objeto adquirido, podendo ser enganada quanto às suas características ou utilidade; fática, quando o fornecedor possui monopólio fático ou jurídico, além de grande poder econômico, de modo que impõe a sua superioridade no mercado; jurídica ou informacional, que compõe a vulnerabilidade intrínseca do consumidor.²⁰²

Ao abordar o critério da vulnerabilidade, no contexto da interpretação finalista extensiva, esclarece Cláudia Lima Marques que “pode ser importante para as nossas conclusões saber que as normas do CDC são aplicáveis, por lei, a pessoa que em princípio não poderiam ser qualificadas como consumidores *stricto sensu*”.²⁰³ Com base na teoria supracitada, presume-se que a pessoa física seja sempre consumidora frente a um fornecedor, enquanto a pessoa jurídica deve provar a sua vulnerabilidade fática, econômica, jurídica ou informacional.²⁰⁴

¹⁹⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed., rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 93.

²⁰⁰ Ibidem, p. 97.

²⁰¹ Ibidem, p. 97.

²⁰² Ibidem, p. 98.

²⁰³ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 302.

²⁰⁴ Ibidem, p. 94.

Certo é que a “vulnerabilidade”, no dizer de Antônio Hermann Benjamin, é a peça fundamental do direito do consumidor, é o ponto de partida de toda sua aplicação aos contratos. Em se tratando de vulnerabilidade fática, o sistema do CDC a presume para o consumidor não-profissional (o advogado que assina um contrato de locação abusivo porque necessita de uma casa para a sua família perto do colégio dos filhos), mas não a presume para o profissional (o mesmo advogado que assina o contrato de locação comercial abusivo, para localizar o seu escritório mais próximo do fórum), nem a presume para o consumidor pessoa jurídica (veja art. 51, I, in fine, do CDC). Isto não significa que o Judiciário não possa tratar o profissional de maneira equivalente ao consumidor, se o profissional efetivamente provar a sua vulnerabilidade, que levou ao desequilíbrio contratual.²⁰⁵

Em contrapartida, a teoria maximalista interpreta de modo extensivo o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor²⁰⁶, na medida em que entende que o destinatário final é apenas o destinatário fático do produto ou do serviço, não importando a intenção de lucro.²⁰⁷ Para a teoria, o mencionado artigo requer uma interpretação objetiva, no sentido de que não é essencial que a pessoa física ou jurídica tenha ou não escopo de obtenção de lucro ao adquirir o produto ou utilizar o serviço.²⁰⁸

Os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado.²⁰⁹

O Superior Tribunal de Justiça adota a teoria finalista, em oposição à teoria maximalista, ao considerar que a aquisição de bens ou a utilização de serviços, com o intuito de implementar ou incrementar a atividade comercial, por pessoa física ou jurídica, não configura relação de consumo, e sim uma atividade de consumo intermediária.²¹⁰ Nada obstante, em diversos casos a Corte mitigou a teoria finalista,

²⁰⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97.

²⁰⁶ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 1.

²⁰⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 96.

²⁰⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed., rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

²⁰⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 116.

²¹⁰ O entendimento foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro momento, no Recurso Especial nº 541.867/BA, julgado pela Segunda Seção da Corte em 10 de novembro de 2004. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 541.867/BA. Recorrente: American Express

entendendo que pode ser flexibilizada quando as pessoas jurídicas adquirem o bem para uso no exercício de sua profissão, desde que provada a sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, equiparando-se à condição de consumidor. No ponto, destaca-se a consideração da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial nº 476.428/SC²¹¹, que mencionou que a Corte reconhece ser adequado, em situações específicas, “abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo”.

A título exemplificativo, o informativo nº 441 do Superior Tribunal de Justiça menciona que a Corte adota “o conceito subjetivo ou finalista de consumidor, restrito à pessoa física ou jurídica que adquire o produto no mercado a fim de consumi-lo”, podendo a teoria finalista, todavia, ser flexibilizada em determinados casos, a fim de que seja autorizada a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor “para resguardar, como consumidores (art. 2º daquele código), determinados profissionais (microempresas e empresários individuais) que adquirem o bem para usá-lo no exercício de sua profissão”.²¹² Para tanto, a Corte salientou que deve ser demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do adquirente do produto ou do serviço, possibilitando a equiparação do contratante à figura do consumidor.²¹³

Deve haver distinção, contudo, entre os bens adquiridos pelo empresário como insumos, no exercício da atividade comercial, e aqueles obtidos para uso pessoal ou privado, sendo apenas nessa última hipótese considerado consumidor.²¹⁴ Na mesma linha, Fábio Konder Comparato aduz que, quando se trata da proteção do consumidor, deve se fazer referência tão somente “ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria”.²¹⁵ O

do Brasil S.A Turismo. Recorrido: Central de Tintas LTDA. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 15 out. 2007. DJe 05 nov. 2007, p. 7.

²¹¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 476.428/SC. Recorrente: Agipliquigás S.A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo LTDA. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 09 mai. 2005. DJe 03 ago. 2005, p. 10.

²¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Informativo n. 0441. Período: 28 de junho a 6 de agosto de 2010. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: jul. 2018.

²¹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Informativo n. 0441. Período: 28 de junho a 6 de agosto de 2010. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em: jul. 2018.

²¹⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros apud FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33-34.

²¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil**, n. 15/16, Ano XIII, p. 81-105, 1974, p. 90-91.

empresário, em contraposição ao consumidor, pratica a atividade empresarial de modo organizado e técnico, com finalidade de lucro.²¹⁶

A atividade econômica desenvolvida pelo empresário para a produção ou circulação de bens ou de serviços define a ideia de empresa.²¹⁷ Em sua acepção econômica, a empresa se relaciona à organização dos fatores de produção – trabalho, capital e natureza – para a realização de determinada atividade econômica, representando uma unidade produtora encarregada da combinação desses fatores para a produção de bens e serviços, que serão comercializados no mercado.²¹⁸ A empresa pressupõe o propósito de obtenção de lucro e a assunção de riscos pelos empresários, no contexto do mercado.

Diante do escopo de obtenção de lucro, pelo empresário, denota-se o caráter da onerosidade, sempre presumida, do Direito Empresarial.²¹⁹ A atividade mercantil “sempre se caracterizou pelo seu intuito econômico e especulativo”, exercendo o empresário uma atividade profissional com intuito de lucro “como forma de remuneração de seu trabalho e do emprego de seu capital”.²²⁰ Salienta Paula Forgioni que os contratos empresariais justamente são identificados como aqueles em que todos os polos da relação possuem sua atividade movida pela busca do lucro, fim compartilhado pelos empresários e característica fundamental a partir da qual se desdobram suas demais peculiaridades:

O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua vontade comum e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar. Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados. Dizemos que a “natureza e o espírito do contrato” comercial são condicionados pela “vontade comum” das partes, direcionada que é pelo escopo de lucro que grava cada uma delas.²²¹

²¹⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 1, p. 110.

²¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 203.

²¹⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013. vol. 1, p. 39.

²¹⁹ REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 58-59.

²²⁰ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41-42.

²²¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 40.

O estabelecimento dos contornos entre o Direito Empresarial, aplicável quando o vínculo contratual se estabelece em decorrência da atividade empresarial de ambos contratantes, com objetivo de lucro, e o Direito do Consumidor, incidente nos casos em que as partes não atuam como empresa, revela-se essencial para a interpretação dos contratos firmados pelas partes, diante da diferença da lógica de cada matéria e da impossibilidade de submeter os contratos empresariais à lógica consumerista, o que poderia comprometer o adequado fluxo de relações econômicas.²²²

A proteção do empresário, nas situações de discrepância de poderes entre as partes, deve ser almejada por outros meios, “em conformidade com as regras e os princípios típicos do Direito Mercantil e não da lógica consumerista, incompatível com as premissas daquele sistema”.²²³ Ao abordar a temática da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais de adesão no geral, assevera Sílvia Dias da Costa Machado:

A vulnerabilidade detectada terá como consequência a apreciação de forma protetiva. Mas, conforme mencionamos, a detecção desta vulnerabilidade, por si só, não autoriza que se migre ao sistema consumerista. O Código Civil deve ser o instrumento primeiro a regular as relações interempresariais por adesão, nenhum esforço artificial deve ser feito para migrar ao CDC. A sistemática do Código Civil de 2002 tem plenas condições de conceder a eventualmente necessária proteção ao contratante aderente vulnerável. É inegável o impacto que teve o CDC nos princípios de direito contratual e na criação de modelos jurídicos. Devem ser adotados os conceitos de vulnerabilidade e de abusividade, desenvolvidos no âmbito do Direito do Consumidor, mas a elas devem ser dados novos contornos peculiares à sistemática do Código Civil, como regramento para o empresário e não para a figura de consumidor vulnerável que centraliza o CDC. O mérito do Código de Defesa do Consumidor é ter identificado este sujeito de direitos, o consumidor, e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos. Quando se conclua que o empresário esteja na condição de ser equiparado a consumidor, aplicar-se-á o CDC. Mas o esforço artificial para aplicar o Código de Consumo deve ser combatido. Transpor conceitos sim, desde que adequadamente, para situações similares, e não para situações axiológicas e estruturalmente diversas.²²⁴

O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento consolidado de que, ao contrato de franquia empresarial, não é possível a aplicação do Código de Defesa do

²²² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

²²³ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 34.

²²⁴ MACHADO, Sílvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 113.

Consumidor, por não ser destinatário final dos serviços, como salientado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no julgamento do Recurso Especial nº 687.322/RJ:

Primeiro, não me parece que o franqueado tenha condições técnicas de se enquadrar como destinatário final, nos termos do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. Adotado o conceito de destinatário final como aquele que retira o bem do mercado, encerrando o circuito produtivo, englobado ainda aquele que o utiliza para seu trabalho profissional, no contexto de uma interpretação dita “finalista extensiva”, não se pode afirmar que o franqueado seja o destinatário final da franquia. É que, realmente, o objeto do contrato é exatamente a passagem da franquia do titular para o mercado de consumo, utilizando a rede de franqueados, que, de fato, são substitutos daquele junto ao mercado, sob quaisquer das suas modalidades. Poder-se-ia cogitar de separar no contrato de franquia algumas modalidades obrigacionais que dariam azo a que se introduzisse a figura do consumidor à luz do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, no caso da franquia de serviços de assistência técnica do franqueador ao franqueado. Mas não creio que se possa chegar a tanto pela natureza do próprio contrato de franquia, que põe o uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição e de tecnologia ao alcance do franqueado com vistas ao mercado consumidor, embora deva ser considerado que embaixo outros contratos possam existir como o de locação de imóvel e de cessão de direitos. No contrato de franquia, dá-se uma transferência do direito de uso do sistema inerente à franquia conforme o tipo de franquia, sendo o franqueado claramente um elo na cadeia de consumo entre o franqueador e o consumidor. A relação entre eles não é de consumo.²²⁵

Nesse julgado, a Corte afastou a equiparação do franqueado ao consumidor, considerando ser adequada a incidência das normas do Código Civil:

Segundo, não enxergo fundamento suficiente para pôr o franqueado na cobertura do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor. Embora o pressuposto da equiparação seja a mera exposição às práticas comerciais previstas, o contrato de franquia obedece ao disposto em legislação especial que regula estritamente a formação do contrato e regula as sanções possíveis. Em tal cenário, o que se deve aplicar subsidiariamente não é o Código de Defesa do Consumidor que também é lei especial sobre relações de consumo, mas, sim, o Código Civil que é a legislação matriz da disciplina contratual. Transplantar para o Código de Defesa do Consumidor um contrato regulado por lei especial e que contém regras jurídicas próprias sobre a formação do contrato, com sanções específicas, não me parece da melhor técnica.²²⁶

Existem autores, entretanto, que defendem que o Código de Defesa do Consumidor pode ser utilizado para suprir as deficiências do Código Civil na tutela do

²²⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 687.322/RJ. Recorrente: Lea Boechat dos Santos. Recorrido: De Plá Material Fotográfico LTDA. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 09 out. 2006. DJe 24 out. 2006, p. 12.

²²⁶ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 687.322/RJ. Recorrente: Lea Boechat dos Santos. Recorrido: De Plá Material Fotográfico LTDA. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 09 out. 2006. DJe 24 out. 2006, p. 15.

aderente, pela identidade da matéria. A título ilustrativo, Gustavo Tepedino afirma que os mencionados diplomas legais são complementares, e não contrastantes, configurando “instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais”, de modo que “os confins interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos que se pretende tutelar”.²²⁷ Irineu Mariani, por sua vez, defende que, no contrato de franquia empresarial, eventualmente o franqueado pode ser equiparado ao consumidor no caso concreto, diante da verificação de uma relação de consumo.²²⁸

O presente trabalho tem como base a impossibilidade de aplicação do microsistema do Código de Defesa do Consumidor na franquia empresarial. Isso porque, no caso da franquia, constata-se que o franqueado não adquire as mercadorias do franqueador ou recebe dele assistência técnica como destinatário final, e sim como empresário, que busca a obtenção de lucro pelo desenvolvimento da atividade de franquia, não sendo vulnerável, fundamento pelo qual se verifica a impossibilidade de submeter os contratos empresariais à lógica consumerista. De fato, o vínculo contratual entre franqueado e franqueador se estabelece em decorrência da atividade empresarial de ambos contratantes, com objetivo de lucro, detendo o franqueado presumido conhecimento sobre o mercado específico em que deseja atuar, apontando a necessidade de interpretação do negócio jurídico em cotejo com as peculiaridades do Direito Empresarial.²²⁹

²²⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006. vol. II, p. 27.

²²⁸ MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 390-391.

²²⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

3. A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA EMPRESARIAL DE ADESÃO COM BASE NAS NORMAS DO CÓDIGO CIVIL

O estudo da aplicação das normas gerais do Código Civil nos contratos empresariais deve ter como pressuposto que o processo de interpretação se divide em duas fases, consistentes na “reconstrução e busca da vontade realmente declarada pelas partes”, denominada fase recognitiva, e na adequação ou restrição da vontade declarada “ao contexto atual e ao meio social que a envolve, com correção de excessos, omissões, obscuridades e aparentes contradições”, representativa da fase integrativa.²³⁰ Primeiramente, será analisada a atividade interpretativa na fase recognitiva, para então se ponderar sobre a aplicação das normas gerais do Código Civil atinentes à interpretação do contrato na fase integrativa, como meio de equilíbrio contratual no contrato de franquia empresarial.

O objetivo do presente tópico é a discussão da aplicação das normas do Código Civil na interpretação do contrato de franquia empresarial de adesão, na perspectiva favorável ao franqueado, como meio de promoção do equilíbrio contratual. Será abordada, primeiramente, a fase recognitiva da atividade hermenêutica, com o estudo do artigo 112 do Código Civil, e, posteriormente, a fase integrativa, com o estudo dos artigos 113 e 422 do Código Civil, referentes ao princípio da boa-fé objetiva, assim como dos artigos 423 e 424 do diploma legal, em especial da regra de interpretação pró-aderente.

3.1. Fase Recognitiva da Atividade Interpretativa

Interpretar um contrato significa, nas palavras de Orlando Gomes, esclarecer o sentido das declarações de vontade dos contratantes, especialmente quando obscuras, ambíguas ou duvidosas, e determinar o significado e os efeitos do acordo.²³¹ Para Francisco Marino, a interpretação do contrato representa a determinação do “conjunto de regras ou preceitos dele emanados, quer sejam expressos ou declarados, isto é, contidos na declaração negocial, quer sejam implícitos ou não declarados”.²³²

²³⁰ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 205-206.

²³¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 198.

²³² JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 52.

Judith Martins-Costa acentua que interpretação, em seu sentido mais amplo, envolve fundamentalmente a atribuição de sentido a um texto normativo, delineando seu alcance, com escopo de esclarecimento, “explicitando sobre a significação do texto e orientando sobre o sentido das estruturas normativas prescritivas do Ordenamento”.²³³ A atividade interpretativa permite a definição do conteúdo e a reconstrução do significado de declarações e comportamentos, em cotejo com os fatos, as negociações, a conclusão e execução do negócio jurídico.²³⁴

O objeto da interpretação dos contratos representa justamente “a declaração ou o comportamento, enquadrados na esfera de circunstâncias, que confere seu significado e seu valor”, e não a vontade interna não expressada.²³⁵ Por intermédio da atividade de interpretação, é possível determinar o conteúdo do contrato, o qual corresponde “ao regramento de interesses originado por meio do contrato, ou seja, ao conjunto de regras de conduta estabelecidas (expressa ou implicitamente) pelos contratantes”, não se confundindo com a vontade das partes, porquanto essa possui relevância social quando toma a forma de “declaração negocial, socialmente reconhecível”.²³⁶

Ao pontuar que o objeto da interpretação é a declaração de vontade, resultado do processo volitivo interno, sustenta Marcelo Vicenzi:

[...] a declaração deve resultar de um processo volitivo, sob pena de não valer ou de não produzir efeitos. Com esta visão, o problema interpretativo se assenta em ponto preciso, uma vez que se propõe a fixar o sentido e o alcance dos contratos segundo a declaração de vontade. Trata-se de determinar o conteúdo da declaração de vontade e, conseqüentemente, os efeitos que o contrato, em conformidade com a declaração, visa a produzir, e virá a produzir, se não houver qualquer motivo invalidante.²³⁷

A declaração negocial configura a “manifestação da vontade de celebrar o contrato e por meio dele instituir determinado regramento de interesses”, que representa o “conjunto de regras aplicáveis à conduta futura das partes”.²³⁸ Representa um valor autônomo, desprendido da vontade como ato psicológico, pois abarca o que o

²³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 445.

²³⁴ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 347-348.

²³⁵ Ibidem, p. 347.

²³⁶ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 52.

²³⁷ VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 104.

²³⁸ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). Op. cit., p. 52.

contratante razoavelmente poderia compreender da declaração, em face dos usos e das circunstâncias do caso, nos moldes dos parâmetros socialmente reconhecíveis para a produção de efeitos jurídicos.²³⁹

Constata-se a importância de compreender o motivo determinante do negócio jurídico, que leva as partes a contratar o objeto direto e imediato da obrigação contraída, consubstanciado na razão de ser do acordo de interesses, para fins de interpretação, de acordo com a lógica própria do Direito Empresarial.²⁴⁰ O motivo determinante possui eficácia como “regra de interpretação, para indicar qual foi a base contratual levada em conta pelos pactuantes”, pressuposto para a compreensão do negócio jurídico, porquanto o contrato é, por definição, finalista, considerando que a vinculação ocorre em função do fim que as partes pretendem atingir.²⁴¹

No Código Civil, o artigo 112²⁴² determina que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. O objetivo da disposição legal é o de reconstruir a vontade das partes, indicando a necessidade de busca da vontade comum pela manifestação declarativa, representando o marco da fase recognitiva da interpretação contratual.²⁴³

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.013.976/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, considerou que a norma materializada no artigo 112 do Código Civil procura conciliar eventuais divergências “entre os dois elementos formativos da declaração de vontade, quais sejam, o objetivo - consubstanciado na literalidade externada -, e o subjetivo - consubstanciado na internalidade da vontade manifestada, ou seja, na intenção do agente”.²⁴⁴ Concluiu a Corte que “o intérprete deve partir das declarações externadas para alcançar, na medida

²³⁹ MOTA PINTO, Paulo. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 26.

²⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 31, p.135-165, 2006, p. 168.

²⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 170.

²⁴² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1

²⁴³ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 206.

²⁴⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.013.976/SP. Recorrente: Banco Pontual S.A. Recorrido: Indústrias Textis Aziz Nader S.A. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 mai. 2012. DJe 29 mai. 2012, p. 05.

do possível, a manifestação efetivamente desejada, sem conferir relevância, dessa forma, à vontade omitida na declaração”.²⁴⁵

Salienta Judith Martins-Costa:

A regra do art. 112 do Código Civil supõe, primeiramente, comportar toda declaração de vontade, em potência, uma pluralidade de sentidos, como é conatural à linguagem. Em segundo lugar, está a significar que a declaração negocial, elemento nuclear do negócio jurídico, exerce funções modeladoras do conteúdo dos negócios e dos seus efeitos. Em terceiro lugar, está a dizer que o objeto da interpretação jurídica é cognoscível por comportamentos exteriormente reconhecíveis no mundo social, e não por uma vontade que tenha permanecido com mero fato psicológico, sem se dar uma objetivação adequada que a torne objetivamente reconhecível. Essa objetivação resta expressa na decisão a final adotada pelas partes, de concluir o contrato com tal ou qual conteúdo. E, em quarto lugar, está apontando para critérios que possibilitam determinar, na pluralidade potencial de sentidos da linguagem empregada pelos contraentes, qual deles deve prevalecer. Entre o sentido literal da linguagem e a intenção consubstanciada na declaração, esta prevalece. Não a intenção como fato psicológico, retida na interioridade do agente, mas aquela consubstanciada na declaração, é dizer: aquela expressada por meio de um comportamento socialmente reconhecível e racionalmente controlável, que é a manifestação declarativa (a declaração negocial).²⁴⁶

A vontade relevante para o intérprete representa “a vontade consubstanciada na declaração negocial”, isto é, a vontade exteriorizada pelos contratantes.²⁴⁷ A atividade do intérprete, quando da ponderação do significado declarativo, expresso na declaração ou inferido do comportamento concludente, deve se concentrar na intenção exteriorizada dos contratantes, com escopo de alcançar “um sentido conotado à manifestação socialmente apreensível”, em um dado contexto.²⁴⁸

[...] o estágio de evolução do direito brasileiro no campo da interpretação dos negócios jurídicos atrela-nos ao cânone hermenêutico da consideração da comum intenção das partes. Interessa ao intérprete o escopo com que ambas estão de acordo, que entre elas se formou e que veio à luz em sua declaração comum ou congruente, além de se espelhar em sua conduta. Tanto a declaração, quanto o comportamento não de ser interpretados a partir dos fatos concretos, segundo o espírito do contrato. Isso inclui a análise do comportamento posterior das partes como indício da intenção comum que as moveu quando da celebração.²⁴⁹

²⁴⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.013.976/SP. Recorrente: Banco Pontual S.A. Recorrido: Indústrias Textis Aziz Nader S.A. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 mai. 2012. DJe 29 mai. 2012, p. 05.

²⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 452.

²⁴⁷ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 62.

²⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 451-452.

²⁴⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 260.

A fim de extrair as regras postas pelos contratantes com a celebração do contrato, o intérprete deve fazer uso de meios interpretativos, que correspondem ao sentido literal da linguagem; ao contexto verbal e ao contexto situacional.²⁵⁰ Os métodos de interpretação são definidos por Tércio Sampaio Ferraz Junior como “regras técnicas que visam à obtenção de um resultado”, cujo escopo é o de traçar “orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos”.²⁵¹

O sentido literal da linguagem empregada na declaração negocial, desvinculado dos contextos verbal e situacional, permite ao intérprete um primeiro delineamento do “quadro dos sentidos que podem, *a priori*, ser atribuídos à declaração negocial”.²⁵² Configura ponto de partida para a interpretação dos contratos, por meio do qual se obtém o reconhecimento inicial do sentido de dada cláusula negocial.²⁵³ Salienta Paula Forgioni, no ponto, que “a letra do instrumento contratual faz surgir a presunção do que foi efetivamente ajustado pelas partes”, constituindo “meio de prova” do que foi efetivamente ajustado.²⁵⁴ Interessante ressaltar que o artigo 219, *caput*, do Código Civil²⁵⁵ estabelece que as declarações constantes de documentos assinados se presumem verdadeiras em relação aos signatários, enquanto o artigo 412, *caput*, do Código de Processo Civil²⁵⁶ dispõe que “o documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída”.

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, a interpretação gramatical da declaração negocial implica considerar “a ordem das palavras e o modo como elas estão conectadas”, sendo a letra da cláusula um ponto de partida para a atividade hermenêutica, razão pela qual acarreta a necessidade de o intérprete “estar atento às equívocos proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica”.²⁵⁷ O texto contratual não pode ser desconsiderado quando da interpretação do negócio jurídico, porquanto indicativo da intenção comum das partes,

²⁵⁰ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 55.

²⁵¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas S.A, 2001, p. 282.

²⁵² JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). *Op. cit.*, p. 56.

²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 453.

²⁵⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 237.

²⁵⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1

²⁵⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Instituiu o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Seção 1, p. 1

²⁵⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Op. cit.*, p. 283.

de modo que a análise do instrumento contratual, representativo do “acordo reduzido a escrito em um suporte material”, origina a presunção do que foi efetivamente acordado pelas partes.²⁵⁸

A regra geral, portanto, é a de que o instrumento firmado pelas partes constitui prova de sua intenção comum, porquanto a assinatura presume a autoria do documento e o conhecimento de seu conteúdo pelo signatário.²⁵⁹

No mais das vezes, o instrumento constitui o mais importante e seguro elemento de que dispõe o julgador para resolver questões que se levantam durante a vida do contrato. É preciso respeitar o texto, como apontado pela doutrina italiana. Se a intenção [comum] das partes é o norte interpretativo, o instrumento contratual – ainda mais quando resultado de intenso processo de barganha, redigido por especialistas e brindado com as presunções insculpidas nos dispositivos legais citados – faz concluir qual a vontade que ambas tiveram no momento da celebração do negócio.²⁶⁰

O contexto verbal, por sua vez, pode ser entendido como “o ambiente do termo na frase, da frase no enunciado ou no texto, isto é, a série de elementos que os precedem e os seguem nesse enunciado ou texto”, razão pela qual a palavra ou a cláusula devem ser interpretadas em conjunto com o restante dos elementos que formam a declaração negocial.²⁶¹ No ponto, deve ser considerado que as motivações, premissas, declarações e narrativas auxiliam o intérprete a esclarecer os antecedentes da relação contratual.²⁶²

O contexto verbal se relaciona à interpretação lógica, porquanto representa um meio para a identificação de inconsistências, partindo-se do pressuposto de que “a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto”.²⁶³ Pode ser definido como a situação “espaço-temporal particular que compreende os interlocutores, a ideia que cada um tem do outro, as ações que realizam nesse momento, os diferentes objetivos e acontecimentos com que se relacionam”, representando “o conjunto das condições gerais, das características culturais, das situações individuais que acompanham um ato linguístico”.²⁶⁴ A fase de reconstrução da vontade comum envolve a ponderação do tempo e do lugar da

²⁵⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 238.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 238.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 239.

²⁶¹ IRTI, Natalino apud JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 58.

²⁶² JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). *Op. cit.*, p. 58.

²⁶³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas S.A, 2001, p. 284.

²⁶⁴ IRTI, Natalino. *Op. cit.*, p. 58.

celebração e execução do ato, as qualidades das partes e a existência de relação prévia entre elas, o comportamento dos contratantes durante as fases contratuais, as qualidades das coisas que representam o objeto das prestações contratuais e os objetivos das partes na celebração da avença, que representa a finalidade concreta a ser alcançada.²⁶⁵

No âmbito do contexto situacional, deve-se buscar “aquilo que objetivamente as partes podiam esperar do texto e do contexto do contrato”.²⁶⁶ A análise objetiva igualmente se faz presente no caso de necessidade de correção de ambiguidade da declaração, quando passível de ser entendida em mais de um sentido, de esclarecimento de obscuridade nela constatada, quando não pode ser entendida em um sentido aparente, ou de preenchimento de lacuna, quando ausente regulação expressa, devendo o intérprete corrigir e precisar o conteúdo da declaração negocial ou determinar o conteúdo não declarado no negócio jurídico.²⁶⁷ O sentido a ser buscado, em casos tais, é aquele “sentido do contrato tal qual imerso no ambiente social”, por meio de parâmetros objetivos, figurando a boa-fé objetiva e os usos os principais instrumentos interpretativos que permitem o alcance da visão social do negócio jurídico.²⁶⁸

Refere Judith Martins-Costa que a tarefa hermenêutica do texto contratual não se refere tão somente ao sentido de cada uma das palavras que compõem o negócio jurídico ou ao significado a ser atribuído a uma sequência de palavras e frase, “mas à significação dessas palavras e frases a partir de um contexto e das funções que a experiência indica serem atribuíveis ao que o texto descreve ou refere”.²⁶⁹

O intérprete não mais – ou não mais apenas – se vê às voltas da “comum intenção” dos contratantes, devendo considerar outros complexos elementos, pois o campo da autonomia não é pensável como se fosse uma mônada, restrita à irredutibilidade do sujeito, mas é visto em sua concreta circunstancialidade. Cabe ao intérprete, portanto, compreender o ajuste, considerando a racionalidade econômica e estratégica do “sistema contratual” em que eventualmente alocados os singulares acordos; atentar para as circunstâncias que ditaram a sua conformação e para a posição social concreta dos contraentes, pois o princípio da desigualdade material convive com o da igualdade formal; ter presentes os motivos que ensejaram o ato

²⁶⁵ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 208.

²⁶⁷ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 64-65.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 66-67.

²⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 31, p.135-165, 2006, p. 138.

comunicativo, percebendo, no espírito e na letra do Código Civil, o relevantíssimo papel reservado às “circunstâncias do caso”.²⁷⁰

A tarefa de interpretação dos contratos, com ênfase no texto e no contexto, abrange o raciocínio por concreção, por meio do qual as normas de dever-ser, “consideradas como modelos de ordenamento materialmente determinados, são compreendidas em essencial coordenação com o caso concreto, que os complementa e lhes garante força enunciativa”, de modo que o Direito e a realidade se “complementam e interpenetram continuamente, fornecendo os elementos necessários à decisão final”.²⁷¹ Salienta Eros Grau que interpretar significa justamente dar concreção, de modo que a atividade hermenêutica “insere o Direito na realidade, opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular, em outros termos, opera sua inserção na vida”.²⁷²

Em tal sentido, o termo concreção designa a construção, no caso, do significado da norma jurídica (legal ou contratual) levando-se em consideração as circunstâncias concretas do caso analisado (elementos fáticos) em sua correlação com determinados elementos normativos, a saber, os princípios, os postulados normativos e as regras jurídicas consideradas relevantes para aquele caso. Por essa razão, concretizar implica sopesar os referidos elementos fáticos e normativos, de modo que ao tornar concreto o intérprete adota uma atitude de ordenação e de estabelecimento de relações, compondo e entretecendo elementos de ordem fática e normativa.²⁷³

O negócio jurídico é determinado pelas circunstâncias que o cercam, além das manifestações de vontade e das condutas das partes, integrado por elementos fáticos e jurídicos subjetivos e objetivos, que dizem respeito, respectivamente, à pessoa dos contratantes e seu papel social e ao objeto contratual e o ambiente em que inserido.²⁷⁴ No mesmo sentido, explica Antônio Junqueira de Azevedo que tais circunstâncias integram o negócio jurídico, porquanto abrange todos os atos socialmente reconhecíveis como destinados à produção de efeitos jurídicos, não apenas as palavras usadas no instrumento contratual:

Pois bem, se tivermos em mente que toda manifestação de vontade tem forma e conteúdo e que, para se constituir em declaração, é indispensável que seja socialmente reconhecida como tal, torna-se fácil, agora, dizer em que

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 31, p.135-165, 2006, p. 148.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 149.

²⁷² GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, XIII.

²⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 149-150.

²⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 159.

consiste esse *quid novi*, que vimos chamando “circunstâncias negociais”. Ele consiste exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas). As “circunstâncias negociais” são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos.²⁷⁵

Somado a isso, na fase recognitiva, explica Emilio Betti que o contrato, como uma totalidade de sentido, deve ser interpretado na sua integralidade, envolvendo todo o processo de sua formação e execução, bem como as circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto, expressando a regra do cânone da totalidade hermenêutica:

[...] Na verdade, o que conta é menos o teor das palavras ou a materialidade do comportamento do que a situação objetiva em que elas são pronunciadas ou subscritas, e isso é mantido, ou seja, aquele contexto e conjunto de circunstâncias em que a declaração e o comportamento se enquadram como na sua esfera natural e assumem, segundo as visões da consciência social, seu típico significado e sua importância. Assim, para aplicar esse critério aos contratos e, de modo geral, aos negócios bilaterais, são objeto de interpretação nesses negócios as declarações trocadas e os comportamentos reciprocamente mantido e reconhecíveis, enquadrados no contexto das circunstâncias concomitantes.²⁷⁶

Neste viés, o contrato deve ser compreendido como um processo, “um conjunto ordenado de etapas que se estendem no tempo, visando não à satisfação do interesse da parte, e sim ao atendimento do fim compartilhado pelas empresas”, dirigindo-se “à concreção do escopo comum, sem negar os interesses individuais dos polos da contratação”.²⁷⁷

Em 1964, Clóvis do Couto e Silva propôs que a obrigação fosse vista em sua totalidade, como processo, isto é, sucessão de fases que visa à satisfação dos interesses do credor. Essa concepção pode e deve ser aplicada aos contratos empresariais, especialmente àqueles dotados de maior grau de complexidade, que carregam consigo uma miríade de disposições contratuais e obrigações, explícitas e implícitas, inter-relacionadas e interdependentes entre si e que assumem sentido quando vistas em sua globalidade e dinâmica. Gravitam, todas elas, em torno dos escopos almejados por ambas as partes, i. e., da operação econômica que encetaram.²⁷⁸

²⁷⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 122.

²⁷⁶ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 347.

²⁷⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

²⁷⁸ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 22.

O processo de contratar abrange três etapas, a saber, tratativas, conclusão ou formação e execução do contrato, que devem ser entendidas como um fenômeno complexo que “congrega texto e contexto para a definição de um sentido ao que foi contratado”.²⁷⁹ A fase de tratativas envolve as negociações efetuadas pelas partes, que fixam o rumo da interpretação do contrato, enquanto a de conclusão ou formação do contrato envolve a junção das declarações de vontade, concretizando o conteúdo que obrigará os contratantes, e a execução abarca a realização das prestações, determinando “se, quando, como e onde os contratantes devem cumprir suas obrigações”.²⁸⁰

Tais etapas influenciam a interpretação contratual, pois os atos sucessivos se revelam “concatenados e orientados para um objetivo: moldar a veste jurídica de determinada operação econômica”, devendo cada etapa ser interpretada individualmente e sucessivamente no contexto do processo contratual em sua totalidade.²⁸¹

A percepção da dinâmica dessas etapas é importante porque elas refletem diretamente a estrutura dos contratos em seus três planos (existência, validade e eficácia) e influenciam na interpretação deles. Compreendendo bem o caminho percorrido pelas partes no processo de contratação, o intérprete pode orientar com segurança suas conclusões sobre os elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia dos contratos, muitas vezes se poupando de trabalhos desnecessários. [...] Se as etapas de tratativas, de conclusão e de execução dos contratos mantêm certa autonomia recíproca no processo contratual, no processo interpretativo elas estão umbilicalmente inter-relacionadas. Não há como o intérprete concentrar-se apenas em uma ou outra das etapas porque as três influenciam, isolada e conjuntamente, em toda a atividade interpretativa.²⁸²

A atividade de interpretação do contrato, a fim de que possa capturar toda sua essência, deve ser organizada processualmente, compondo “um conjunto de atos do intérprete destinados a traduzir a representação do texto e do contexto”, acompanhando o processo contratual, desde o estudo das declarações de vontade, que contempla os comportamentos indicativos do sentido que as partes quiseram dar à avença.²⁸³ O contexto em que inserido o texto do contrato decorre das circunstâncias negociais relevantes, abrangendo o “modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em

²⁷⁹ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 185.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 183.

²⁸² *Ibidem*, p. 185-188.

²⁸³ *Ibidem*, p. 183.

determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos”.²⁸⁴

Em síntese, a vontade comum deve ser procurada, em um primeiro momento, no próprio conteúdo do contrato, isto é, no seu texto, “mediante a análise lógico-gramatical dos enunciados que ali se encontram, passando-se, posteriormente, à sua conjugação com o todo contratual (espiral hermenêutica) para daí se lhe extrair o sentido”, denotando o cotejo entre o texto e o contexto do negócio jurídico.²⁸⁵

O exame das circunstâncias do caso implica a consideração do inteiro comportamento dos contraentes, avaliando-se inclusive efeitos que o comportamento negocial provoca na esfera jurídica alheia, concretamente considerada, seja a conduta anterior à conclusão do negócio, seja a posterior, por conta do princípio da confiança. É também importante atentar para outros atos, atividades, comportamentos ou circunstâncias que tenham conexão finalística com o negócio, considerado em sua funcionalidade econômico-social (princípio da utilidade). Essas circunstâncias formam o contexto da declaração, permitindo detectar, com caráter de objetividade, a intenção consubstanciada na declaração (art. 112, *in fine*), pois o Código acolheu a teoria da confiança, que configura, em termos de ciência jurídica, a adstrição a um princípio objetivo, mas sujeito à determinação no caso, isto é, sujeito à concretização.²⁸⁶

A interpretação do negócio jurídico impõe “uma operação concreta, integrada em diversas coordenadas”, tendo em conta a totalidade do contrato, o ambiente em que celebrado e executado, bem como o regime que dele decorra.²⁸⁷ O contrato, ao ser interpretado, não pode ser visto como “um ente solitário”, estando “em constante diálogo com o sistema em que está inserido”.²⁸⁸ Deve ser visualizado, assim, no ambiente e na realidade em que integrado, porquanto a ação dos agentes econômicos é “conformada pelo conjunto de regras políticas, sociais e jurídicas que estabelecem as bases da produção, das trocas e da distribuição”.²⁸⁹

Os critérios de interpretação atuam “de forma coordenada com a base principiológica adotada pelo Código Civil, daí se estabelecendo um estreito liame entre

²⁸⁴ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 206.

²⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 31, p.135-165, 2006, p. 159-160.

²⁸⁷ CORDEIRO, Menezes apud NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221.

²⁸⁸ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221.

²⁸⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158.

razão econômica da operação, circunstâncias e interpretação”, motivo pela qual o procedimento interpretativo deve se dirigir a precisar as expectativas de vantagens e os riscos “que constituem a economia do contrato, com base nas declarações das partes e em todas as circunstâncias objetivas que tenham constituído o pressuposto sobre o qual o contrato teve origem”.²⁹⁰

Sucessivamente ao intento declarado pelos contratantes, cabe ao intérprete proceder à qualificação contratual, que “envolve um juízo sobre seus elementos categoriais essenciais (ou inderrogáveis) que lhe compõem a estrutura”, podendo tais elementos decorrerem de lei ou de prática social, a caracterizar um contrato típico, ou não estarem tipificados legal ou socialmente, hipótese em que o regime jurídico a ser aplicado deve advir do seu próprio conteúdo ou da teoria geral dos contratos.²⁹¹ A qualificação jurídica dos contratos pressupõe a “captura dos elementos categoriais essenciais a partir das circunstâncias dos negócios” e o “juízo de adequação desses elementos aos tipos contratuais disponíveis”.²⁹²

3.2. Fase Integrativa da Atividade Interpretativa

Para o presente estudo, no âmbito da fase integrativa da atividade de interpretação, importa estudar as principais regras de interpretação contratual, que se encontram materializadas nos artigos 113 e 422 a 424 do Código Civil, relativas à aplicação do princípio da boa-fé e à interpretação favorável ao aderente no caso de contratos de adesão, ressaltando-se a necessidade de interpretação e aplicação dos textos normativos à específica realidade disciplinada, por meio da compatibilização das normas do Código Civil com as especificidades do contrato de franquia empresarial.

3.2.1. Princípio da Boa-fé Objetiva Aplicado ao Contrato de Franquia Empresarial de Adesão

Os princípios constituem espécie de normas jurídicas imediatamente finalísticas que “estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de

²⁹⁰ VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

²⁹¹ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 209.

²⁹² Ibidem, p. 209.

determinados comportamentos”, determinando a realização de um fim juridicamente relevante.²⁹³ Ao estabelecerem um estado ideal de coisas a ser atingido, ensejam a observância, pelo aplicador, da adequação do comportamento e o estado pretendido,²⁹⁴ servindo de diretriz para a atividade de interpretação contratual.

As cláusulas contratuais devem ser interpretadas conforme os ditames da boa-fé, por ser o princípio um critério de interpretação objetivo do negócio jurídico, impondo “o respeito ao dever, integrativo da intenção das partes, de lealdade e correção”.²⁹⁵ A análise do comportamento devido, segundo tais deveres, interfere no restabelecimento do equilíbrio contratual, como salientado por Ana Cláudia Redecker:

Nesse contexto, um dos elementos utilizados pelo intérprete para restabelecer o equilíbrio contratual e chegar à solução dos casos controvertidos é a análise do conteúdo dos comportamentos devidos e exigíveis pelas partes recorrendo, para tanto, ao princípio geral da boa-fé (boa-fé criadora de deveres de conduta contratual) presente tanto na vigência das relações contratuais (fase de execução), como também no seu momento de elaboração (tratativas) e no seu momento pós-contratual.²⁹⁶

Estabelece o artigo 422 do Código Civil que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.²⁹⁷ Na fase de reconstrução da vontade comum, abordada no tópico anterior, deve o intérprete buscar o sentido do contrato de acordo com o ambiente social em que inserido, por meio da observação daquilo que “objetivamente as partes podiam esperar do texto e do contexto do contrato”²⁹⁸. O papel da boa-fé é acentuado no caso de necessidade de correção de ambiguidade da declaração, quando passível de ser entendida em mais de um sentido, de esclarecimento de obscuridade nela constatada, quando não pode ser entendida em um sentido aparente, ou de preenchimento de lacuna,

²⁹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 95.

²⁹⁴ Ibidem, p. 95-96.

²⁹⁵ MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Anotações sobre a interpretação dos contratos conforme a boa-fé. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Mácio Felix. **Estudos de direito empresarial**: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

²⁹⁶ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 90.

²⁹⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

²⁹⁸ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 208.

quando ausente regulação expressa, porquanto não pode o intérprete livremente atribuir um sentido ao contrato.²⁹⁹

Importante o estudo, assim, do papel do princípio da boa-fé objetiva na determinação do sentido do contrato, como complemento à fase recognitiva anteriormente abordada, a fim de visualizar as diretrizes de interpretação do contrato de franquia empresarial, na modalidade de adesão, para o reequilíbrio contratual, em cotejo com as peculiaridades dos contratos empresariais.

Sobre a função da boa-fé objetiva como cânone hermenêutico e integrativo, acentua Silvia Dias da Costa Machado:

Dentre as funções da boa-fé objetiva está a de cânone hermenêutico e integrativo, ou seja, servirá ao magistrado que verifique a incompletude do contrato a regular determinada situação e não conte com apoio no texto contratual, na consideração literal, na reconstrução da intenção das partes, tomando em conta o valor na declaração ou mesmo através dos usos do tráfego. Permite que se resolvam pelo juiz as situações não previstas pelas partes no momento de conclusão do negócio. O primeiro passo desta técnica incluirá a consideração do conjunto significativo que abrange demais disposições que passaram a integrar o contrato em razão do trato sucessivo e da execução diferida e, ainda, as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual. A busca é pelo sentido total do conjunto contratual concretamente considerado.³⁰⁰

A determinação do conteúdo boa-fé, entendida como expressão de um significado inacabado – sintagma – requer a análise do caso concreto, porquanto representa “uma expressão semanticamente vaga ou aberta e, por isso, carecedora de concretização, sendo a tarefa de concretizar sempre, e necessariamente, contextual”, apontando um modelo jurídico indicativo de um “cânone de interpretação dos contratos”.³⁰¹ A caracterização desse instituto se dá no contexto em que se encontra inserido, sendo “de per se complexo, reportando-se às fontes legal, jurisprudencial e costumeira e, ainda, aos modelos hermenêuticos, ou doutrinários”.³⁰² A análise do contexto de aplicação da boa-fé permite especificar o seu conteúdo, sendo sempre “relacional aos demais dados do contexto no qual incidente a normatividade da boa-fé,

²⁹⁹ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 64-65.

³⁰⁰ MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 84.

³⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 40.

³⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 260.

inclusive aos dados decorrentes do fenômeno da pré-compreensão, sempre culturalmente orientada”.³⁰³

Para a interpretação dos contratos que envolvam atividade empresarial, importa analisar o conceito de boa-fé objetiva, relacionada à regra de conduta dos contratantes, que compõe dados externos de como deve agir, em contraposição à boa-fé subjetiva, que diz respeito a dados atinentes ao sujeito, levando em consideração a sua intenção do sujeito inserido na relação jurídica, a sua convicção ou o seu estado psicológico, ao compreender o “estado de ignorância sobre as características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem”.³⁰⁴

A boa-fé objetiva, nas palavras de Fernando Noronha, compreende uma regra de conduta, um “dever agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade”, a partir da qual se realça a tutela das expectativas legítimas da contraparte, para garantia da estabilidade e da segurança das transações com base na confiança.³⁰⁵ O instituto possui fundamento no viés de confiabilidade e previsibilidade, em função da tutela conferida à parte que acreditou que a outra agiria em conformidade com os padrões de conduta exigíveis.³⁰⁶

Acentua Judith Martins-Costa que a boa-fé objetiva indica tanto um modelo jurídico e um standard orientador de condutas a serem seguidas pelos que pactuam atos jurídicos, como também um princípio jurídico, “que direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual”.³⁰⁷ O agir segundo a boa-fé materializa as exigências de probidade, correção e comportamento leal pelos contratantes, possibilitando um adequado tráfico negocial, “consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional”.³⁰⁸

Para o Direito Empresarial, “agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídico e normalmente esperado dos comerciantes cordatos, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado, sempre de acordo com o

³⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 42.

³⁰⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 136.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 136.

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 263-264.

³⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Op. cit.*, p. 263-264.

direito”.³⁰⁹ Na aplicação do princípio da boa-fé na interpretação dos contratos empresariais, considerando seus traços de informalidade e de atipicidade, constata-se o importante papel dos usos do comércio e das práticas das partes na atividade empresarial, porquanto “criadores de formas contratuais e modos de comportamento e comunicação empresarial”, além de “fonte de heterointegração normativa, pois o sistema econômico transmite suas necessidades de transformação primordialmente por meio da mudança de costumes em matéria empresarial”.³¹⁰

[...] ao traduzir que ali é o regular, os usos e as práticas auxiliam a perceber o que, naquele setor, é o legitimamente esperado. Por essa razão, tornam objetiva (ou objetivável) a expectativa do destinatário da manifestação negocial. [...] De fato, a conexão entre a boa-fé e os usos e/ou as práticas auxilia a minimizar a tensão entre a segurança jurídica e os traços acima descritos da informalidade e da atipicidade. Cabe, pois, averiguar as práticas e os usos, na medida em que há intensa relação entre a conduta dos agentes e as pautas orientadoras da *ratio* da prática comercial. Constitui fator de segurança considerar – em vista de tal ou qual setor do mercado – o que ali é considerado o habitual, correto, regular – ou seja, aquilo que seria o esperável entre os contratantes, de forma a não causar surpresas desleais, possibilitando, todavia, que as condutas sejam alteradas com um dinamismo inimaginável na alteração da lei escrita.

Em vista do investimento de confiança legitimado pela previsibilidade de condutas gerada ou pela prática seguida pelos contratantes (práticas ou usos individuais) ou pelos usos do setor (usos do tráfico), os deveres de agir segundo a boa-fé não de ser aferidos de modo coligado ao que normalmente acontece no setor de mercado onde atuam os contratantes.³¹¹

Os usos e costumes podem ser definidos como a “observância uniforme e constante de certas práticas e regras pelos empresários em seus negócios”, tendo papel destacado na regulamentação da matéria mercantil em virtude de seu caráter dinâmico, aplicando-se no caso de lacuna na legislação.³¹² Pressupõem a existência de prática uniforme, constante e por certo tempo, reconhecida voluntariamente por determinada comunidade de empresários, podendo ser usos de direito, quando imperativos por força de lei, ou usos interpretativos ou convencionais, quando decorrem da prática espontânea dos comerciantes em suas relações.³¹³

³⁰⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123.

³¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 288.

³¹¹ Ibidem, p. 288-289.

³¹² BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 49.

³¹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. vol. 1, p. 57.

O artigo 113 do Código Civil, neste contexto, estipula que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, representando o marco da fase integrativa da interpretação, na medida em que parte do pressuposto da análise do sentido do negócio jurídico conforme o ambiente social, devendo o intérprete se valer de critérios objetivos.³¹⁴ A regra do mencionado dispositivo legal abrange diretriz de interpretação que conduz o intérprete à análise da declaração negocial no contexto fático e normativo, a fim de ponderar a concreta manifestação de vontade dos contratantes e o padrão de conduta segundo a boa-fé, de modo que o texto e o contexto são visualizados a partir da boa-fé no caso concreto, de acordo com a prática do mercado, que condiciona e legitima a interpretação das cláusulas contratuais.³¹⁵

Os usos abrangem “os elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial, as práticas negociais de determinado setor, cláusulas normalmente utilizadas em determinado setor do comércio”, razão pela qual o intérprete, diante de um contrato de adesão, deve solucionar o conflito de interesses “com base nas regras comuns da experiência ou através de perícia técnica em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual”.³¹⁶

A confiança é a matriz do princípio hermenêutico da boa-fé que importa em interpretar e integrar os contratos segundo os valores da legítima crença e da conduta proba, correta e leal. Na concretização do que seja a legitimidade da crença e a correção da conduta importa, obviamente, ponderar a normalidade social dos comportamentos, dos papéis sociais desempenhados pelos contraentes e o sentido das representações recíprocas a respeito, para que o critério da maior relevância é detectar o campo de vida em que inserido o ajuste: será uma relação de consumo? Um contrato interempresarial? Um ajuste entre particulares que não caracteriza relação de consumo? Conforme a resposta dada a essas questões não apenas outros princípios se combinarão, mas a lógica econômica e social do contrato será diversa, o que terá reflexos imediatamente no investimento de confiança concreta e objetivamente daí derivado.³¹⁷

³¹⁴ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

³¹⁵ REALE, Miguel. **A boa-fé no código civil: história do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 248.

³¹⁶ MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 92.

³¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 153-154.

No Direito Empresarial, a boa-fé “reforça as possibilidade de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco”, representando pauta de interpretação negocial e relacionando-se ao uso e costume da praça, ou seja, aos padrões de comportamento em geral aceitos em dado mercado.³¹⁸ A confiabilidade e a segurança jurídica decorrente da previsibilidade na conduta dos agentes que atuam no mercado são imprescindíveis para as transações econômicas, ante a necessidade, pelo empresário, de mensurar os riscos de determinada prática.³¹⁹

Recorde-se serem as relações empresariais estabelecidas comumente entre sujeitos empresários (empresários individuais e sociedades empresárias), isto é: entre centros de organização polarizados pela noção de atividade negocial empresária que requer a conjugação entre o dinamismo (ínsito às noções de mercado e de atividade) e a previsibilidade e segurança que o Direito – como Ordenamento que é – deve proporcionar para essa atividade, cabendo sustentar, pois, que a noção de mercado não é meramente naturalista, mas jurídica. Por essa razão, essa atividade está sujeita às normas jurídicas. Dentre elas, a boa-fé que nela incide, mas recebe, concomitantemente, o seu influxo, proveniente de certas características dessa atividade acima já brevemente enunciadas, a saber: o peso da *práxis*; a informalidade dos instrumentos e a aptidão para a atipicidade que inclui o trânsito muito dinâmico de modelos provindos do ambiente internacional.³²⁰

Deve ser considerado, ainda, que as contratações empresariais abrangem riscos típicos inerentes à natureza do negócio e, conseqüentemente, a possibilidade de frustração das expectativas que orientaram a celebração do contrato, em virtude de razões previsíveis ou imprevisíveis.³²¹ O ordenamento jurídico exige que o empresário empregue a diligência normal para a obtenção das informações sobre o negócio ou contexto fático da atividade comercial, de modo que deve se esforçar razoavelmente para tanto, presumindo-se que, se assim não fizer, agiu de modo consciente, considerando a obrigação da outra parte de não omitir informações relevantes do negócio.³²² O empresário que detiver informação inferior àquela razoavelmente esperada, portanto, considerando não ter o outro contratante omitido informações

³¹⁸ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145-146.

³¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 288-289.

³²⁰ *Ibidem*, p. 284-285.

³²¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 146-147.

³²² *Ibidem*, p. 163.

relevantes, deve suportar os eventuais prejuízos daí decorrentes, o que se contrapõe ao regime jurídico da relação de consumo.³²³

A transparência deve ser mantida durante toda a relação contratual, assim como a veracidade e fidelidade do conteúdo da informação em relação à realidade negocial, sendo o princípio da boa-fé um dos instrumentos de que o intérprete pode fazer uso para a verificação do sentido do contrato e a restauração do equilíbrio contratual.³²⁴ Importante ressaltar que, nos contratos de adesão, a boa-fé objetiva atua de maneira escalonada, de acordo com “a necessidade de proteção ou não do aderente empresário”, pelo fato de que a situação contratual propicia a abusividade e torna necessária a proteção da parte mais fraca da relação negocial, de modo que “mais forte será a atuação da boa-fé quando pautada pela necessidade de tutela do aderente”.³²⁵

3.2.2. Regras do Código Civil Aplicáveis à Interpretação em Favor do Franqueado no Contrato de Franquia Empresarial de Adesão

A interpretação dos contratos de adesão, nas palavras de Orlando Gomes, não pode ser idêntica à interpretação dos contratos comuns, por se tratar de relação jurídica que envolve o “predomínio categórico da vontade de uma das partes”.³²⁶ No âmbito do Código Civil, a proteção do franqueado nos casos em que houver celebração de contrato de franquia empresarial na forma de adesão pode ser buscada por meio da aplicação dos artigos 423 e 424, a fim de se obter o equilíbrio contratual imprescindível para a execução adequada do negócio jurídico.

No presente tópico, será realizado o estudo dos artigos 423 e 424 do Código Civil, ressaltando-se a sua relação com o princípio da boa-fé objetiva, na sua perspectiva como cânone hermenêutico, tendo por escopo delinear a atividade interpretativa. Destaca-se que a interpretação em favor do aderente, consubstanciada no artigo 423 do Código Civil, representa o derradeiro meio que pode ser utilizado pelo intérprete quando da interpretação do contrato de franquia empresarial de adesão, razão pela qual o tópico adotou uma ordem diferente daquela utilizada pelo referido diploma legal, analisando inicialmente o artigo 424, para depois finalizar com a ponderação da

³²³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 163.

³²⁴ REDECKER, Ana Cláudia. **Franquia Empresarial**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 86-87.

³²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Os campos normativos da boa-fé objetiva: as perspectivas do direito privado brasileiro**. *Revista Forense*, v. 101, n. 382, p.119-144, no./dez., 2005, p. 132.

³²⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 126.

delimitação do âmbito de aplicação do artigo 423 do Código Civil, o que permite uma análise mais adequada do real alcance desse artigo.

3.2.2.1. Artigo 424 do Código Civil

A discrepância de poderes entre o franqueado e o franqueador pode acarretar a imposição indevida de interesses próprios de uma parte sobre a outra, resultando em desequilíbrio contratual, como no caso da previsão de cláusulas contratuais que estipulem renúncia antecipada do franqueado a direito decorrente da natureza do negócio, conforme artigo 424 do Código Civil.³²⁷ O referido artigo estabelece que, “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”, indicando a proteção da parte mais vulnerável da relação jurídica.³²⁸

Para fins de aplicação da regra, ao se mencionar “direito resultante da natureza do negócio”, devem ser considerados os elementos categoriais derogáveis, ou seja, “aqueles que normalmente compõem o quadro negocial, mas que, em princípio, podem ser afastados pelas declarações das partes”.³²⁹ Por natureza do negócio, deve se entender que o legislador se referiu “à espécie negocial, ao tipo de contrato celebrado, cujas características essenciais não podem ser desprezadas”.³³⁰

A norma tem por escopo a coibição do abuso de direito, relacionando-se à “preservação do sinalagma genético, porquanto prevê a manutenção dos efeitos próprios do negócio objetivado pelas partes, impedindo a desconfiguração dos direitos naturais daquela espécie de contrato” em prejuízo do aderente, que “apenas aderiu através de uma fórmula padrão de construção unilateral”.³³¹ O artigo em questão é resultado das limitações impostas pelos princípios da função social do contrato, proibidade e boa-fé, impedindo que a renúncia antecipada de direito prejudique o aderente.³³²

³²⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

³²⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

³²⁹ ZANETTI, Cristiano de Souza. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Editora Método, 2008, p. 239.

³³⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006. vol. II, p. 31.

³³¹ TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito de empresa e contratos**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 58.

³³² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. vol. IV, p. 200.

Ao comentar o artigo 424 do Código Civil, salienta Ricardo Fiúza:

O dispositivo resulta do preceito fundamental segundo o qual a liberdade de contratar só pode ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato, implicando os princípios definidos pelo art.422. O ofertante não pode privar o aderente de direito resultante da natureza do negócio ao qual este aderiu. A justiça contratual impõe a efetividade dos negócios jurídicos segundo os princípios da probidade e boa-fé. O caráter abusivo da cláusula situa-se em face de tratar-se de uma cláusula de exclusão ou de exoneração, frustrante aos interesses do aderente colocado diante da própria motivação ou necessidade de adesão.³³³

Nos contratos de franquia, considerando a lógica das relações interempresariais, nem sempre a cláusula de renúncia de direitos poderá ser considerada indevida, por representar a possibilidade de o aderente gerir os seus próprios interesses, devendo ser verificada se a disposição contratual é ou não abusiva.³³⁴ Isso porque o mencionado artigo representa um “mecanismo de proteção do aderente no plano de conteúdo negocial”, especificando “um regime de tutela em vista da pressuposta debilidade do aderente, a quem não é dado negociar, em posição de igualdade com o predisponente, as condições e termos contratuais”, ensejando o afastamento de cláusulas abusivas.³³⁵

A nulidade da cláusula que estipule a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio não acarreta a nulidade do negócio jurídico na sua totalidade, considerando que a conservação do contrato atende ao objetivo protetivo da norma, por possibilitar ao aderente a segurança de que o negócio será mantido, permitindo-se apenas suprir a cláusula abusiva, que se tem como não escrita.³³⁶ Deve ser observado o princípio da conservação do negócio jurídico, pela qual a interpretação deve favorecer aquele sentido que assegure a preservação da avença.³³⁷ De fato, “o contrato deve ser concebido de acordo com uma função [=função econômica=causa] e a interpretação da avença deve levar à sua consecução”, tendo em conta que a inutilidade do contrato não se compatibiliza com a lógica do sistema e que as partes contrataram

³³³ FIUZA, Ricardo. Novo código civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 377.

³³⁴ MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 110.

³³⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006. vol. II, p. 30.

³³⁶ Ibidem, p. 30.

³³⁷ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 155-156.

com o intuito de alcançar determinada função econômica, que representa o destino dos negócios jurídicos no sistema.³³⁸

Sobre a conservação do negócio jurídico no caso de abuso de direito, pontua Silvia Dias da Costa Machado:

Após a verificação da existência de abusividade das cláusulas predispostas, importante perquirir se o tal excesso está no conteúdo essencial do contrato ou em suas cláusulas acessórias. Caso esteja na parte essencial, a consequência poderá ser a negativa da eficácia a todo o instrumento. Todavia, mesmo que a abusividade esteja na parte essencial daquele contrato, o princípio da preservação do negócio jurídico pode justificar a busca do reequilíbrio da posição das partes, evitando assim a morte daquele contrato. A grande questão será a possibilidade de promover o equilíbrio a despeito da abusividade daquele instrumento. Se for viável, permanecerá o contrato.³³⁹

No ponto, interessante ressaltar que determinados autores entendem que não haveria propriamente a nulidade das cláusulas que impõem certo tipo de abusividade, porquanto haveria discussão no plano da eficácia, ou seja, da capacidade de a disposição contratual produzir efeitos. Junqueira Azevedo, por exemplo, entende que a nulidade decorre da manifestação de vontade obtida com vícios, como erro, dolo ou coação, porquanto o elemento essencial de validade do negócio jurídico é “a manifestação de vontade isenta de vícios”.³⁴⁰ No mesmo sentido, Mário Júlio de Almeida Costa defende que a contratação por adesão se relaciona ao plano da eficácia, porquanto a redução do poder de autodeterminação do aderente não representa vício de vontade causadora de nulidades.³⁴¹

No caso da franquia empresarial, a aplicação do artigo 424 do Código Civil acarretaria a nulidade de eventual cláusula que obrigasse ao franqueado renunciar previamente a qualquer tipo de indenização referente ao seu fundo de comércio, representativo do sobrevalor verificado com a reunião de todos os bens integrantes do estabelecimento comercial, de que se vale o empresário para exercer a atividade comercial, que, agrupados, têm o propósito de gerar riquezas”.³⁴² Na franquia, tanto o

³³⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 244.

³³⁹ MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, p. 104-105.

³⁴⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 64.

³⁴¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 223.

³⁴² BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 111.

franqueador como o franqueado contribuem para o sucesso do empreendimento, razão pela qual devida a repartição do fundo de comércio entre as partes no caso de extinção do negócio jurídico, por representar o conjunto de bens materiais e imateriais formado mediante tal colaboração.³⁴³

Quando se toma a decisão de aderir a uma rede, inúmeros são os investimentos realizados: pagamento de taxas, preparação do estabelecimento empresarial, aquisição de estoques, reserva de capital de giro, dentre outros.

Essa é a premissa: em razão dos investimentos realizados para se aderir a uma rede, ela torna-se mais onerosa em comparação ao início de um empreendimento na forma individual. [...]

Em relação ao patrimônio intangível construído em face da relação cooperada entre quem formata uma rede e quem adere a ela, também se entende haver obrigação de indenização por quem, ao final do contrato, beneficia-se pelo intangível construído.³⁴⁴

Outro exemplo de cláusula de renúncia antecipada a direitos do franqueado é aquela que atribui ao franqueador o direito exclusivo à denúncia unilateral do contrato, porquanto intensifica o desequilíbrio existente entre os contratantes. Tal abusividade é acentuada, no caso concreto, pelo fato de que a Lei 8.955/94³⁴⁵ não estabelece prazo mínimo para a rescisão do contrato de franquia, de modo que o exercício do direito à denúncia unilateral do contrato pelo franqueador pode ocasionar graves prejuízos à atividade empresarial praticada pela outra parte, advindos da extinção abrupta do negócio jurídico.

Aplicável, assim, o disposto no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, que, ao reger a rescisão unilateral, determina que a denúncia unilateral somente deva produzir efeitos após o transcurso do prazo compatível com a natureza e o montante dos investimentos, na hipótese em que “dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução”.³⁴⁶ No caso concreto, a fixação do prazo adequado para a denúncia unilateral produzir efeitos depende da ponderação entre a discrepância de poderes entre franqueador e franqueado, bem como os

³⁴³ RIZZARDO FILHO, Arnaldo. **Redes empresariais e organização contratual na nova economia**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 161.

³⁴⁴ Ibidem, p. 161-165.

³⁴⁵ BRASIL. Lei n. 8.955/94, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1994, p. 1.

³⁴⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

investimentos realizados, o comportamento dos contratantes na fase de execução do contrato e os efeitos decorrentes da ruptura do negócio jurídico.³⁴⁷

A ruptura abusiva do contrato de franquia, diante da fixação de prazo incompatível com a natureza da atividade empresarial e os investimentos realizados pelo franqueado, representa comportamento contrário à boa-fé objetiva, porquanto frustram a confiança depositada pelo contratante prejudicado na continuação do negócio.³⁴⁸

3.2.2.2. Artigo 423 do Código Civil

O artigo 423 do Código Civil³⁴⁹ dispõe que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Para a aplicação da regra, como instrumento de proteção ao aderente, é imprescindível a presença de contradições ou ambiguidades no contrato celebrado, que caracterizam a hipótese de incidência da norma. A contradição pode ser expressa, “quando decorre imediatamente do texto das cláusulas”, ou velada, “quando provém do conflito entre as finalidades delas”, a exemplo da presença de cláusulas que simultaneamente atribuem a uma das partes dado direito ou obrigação e afastam esse direito ou desconfiguram a obrigação.³⁵⁰ A ambiguidade, por sua vez, “surge da polissemia das palavras, de modo que o intérprete não pode lhes fixar com segurança um ou outro sentido”.³⁵¹

Torna-se necessário, pois, à luz deste art. 423 do CC, que se verifique ambiguidade ou contraditoriedade nas cláusulas de um contrato para que tal patologia seja sanada por meio do remédio prescrito pelo legislador, qual seja, a interpretação contra o estipulante. As noções são quase intuitivas: enquanto a ambiguidade pressupõe duas interpretações possíveis no âmbito de uma mesma cláusula, a contraditoriedade é suscitada pela multiplicidade de interpretações decorrente do conflito de cláusulas distintas.³⁵²

³⁴⁷ CRETELLA NETO, José. **Do contrato internacional de franchising**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.138.

³⁴⁸ PAOLA, Leonardo Sperb de. Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia. **Revista Forense**, v. 94, n. 343, p. 115- 148, jul./set. 1998.

³⁴⁹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

³⁵⁰ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 215.

³⁵² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006. vol. II, p. 28.

A mencionada regra cria, para o estipulante, o ônus da clareza na redação das cláusulas, pré-elaboradas, porquanto não há participação efetiva do aderente na elaboração dos dispositivos contratuais, com fundamento nos deveres de lealdade e colaboração, derivados da boa-fé objetiva, que “impõem ao estipulante de determinada cláusula que ele seja claro, especialmente quando tal cláusula defina obrigações para a contraparte ou beneficie exclusivamente àquele que a redige”.³⁵³

Afirma Fábio Ulhoa Coelho que a proteção ao aderente deve ocorrer em função da elaboração das cláusulas pela contraparte, que se encontra em posição consideravelmente mais vantajosa no que diz respeito “ao conhecimento da extensão das obrigações nela referidas, tendo inclusive a possibilidade de aprimorar constantemente sua redação, com vistas ao atendimento de seus próprios interesses”, razão pela qual deve prevalecer o sentido “menos interessante ao contratante que a redigira, de modo a tornar infrutífera qualquer tentativa de subterfúgios redacionais”.³⁵⁴

No tocante ao papel da boa-fé na interpretação a favor do aderente, especificamente em relação ao artigo 423 do Código Civil, esclarece Judith Martins-Costa:

Para quem tem o poder contratual de dispor o conteúdo do contrato, há o ônus de falar claro, nos limites da razoabilidade; e, havendo dúvidas, ambiguidades, obscuridades, a interpretação é pró-aderente, como também formulado em antigos cânones hermenêuticos hoje expressos nas leis (Código Civil e CDC). Coliga-se, então, o princípio da boa-fé com a regra da interpretação *contra stipulatorem* (ou interpretação *contra proferentem*) pelo qual se entende que eventual ambiguidade, obscuridade ou contradição não há de ser solvida em favor da parte que redigiu o contrato. [...] Tradicionalmente, entende-se que o escopo fundamental desse cânone radica na necessidade de evitar que o predisponente, com um comportamento contrário à boa-fé, possa tirar vantagem da ambiguidade ou obscuridade ou contradição entre as cláusulas unilateralmente elaboradas.³⁵⁵

Explica Marcelo Vicenzi que o critério interpretativo do artigo 423 do Código Civil se relaciona ao princípio da equidade, tendo em conta que se trata do último mecanismo de proteção ao aderente, aplicado nas situações em que, “a despeito da aplicação de todos os princípios e critérios de interpretação, permanecer equívoco ou ambíguo o contrato”, devendo então ser interpretado no sentido “que realize equilíbrio

³⁵³ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215.

³⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 161.

³⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 480-481.

entre os interesses das partes, se a título oneroso”.³⁵⁶ No tocante ao escopo da regra, menciona o autor:

Dita regra, fixando o princípio *interpretativo contra stipulatorem*, impõe uma obrigação, ou um ônus, de *clare loqui* a cargo de quem haja predisposto as cláusulas do contrato, no sentido de impedir a redação de proposições linguísticas ambíguas danosas ao aderente. Essa orientação indica precisamente a base principiológica de fundo sobre a qual se estabelece a disposição em exame, qual seja, a de evitar que o predisponente, com comportamento contrário ao princípio da boa-fé, possa auferir vantagens da ambiguidade das cláusulas unilateralmente elaboradas. A *ratio* do art. 423 do CC, enunciado explicitamente apenas para os contratos de adesão, visto não se tratar de um princípio geral, mas de regra de aplicação restrita e específica, é proteger a parte economicamente mais fraca das contratações que não possibilitem tratativas, garantindo a equidade nos casos de abuso do poder de predisposição, sempre que utilizado na redação de proposições excessivamente dúbias e polissêmicas. [...]

Na prática, portanto, o escopo fundamental e determinante da regra, atuante nas relações de direito comum, é reforçar, em sede interpretativa, a tutela do contratante que, privado de alternativas quando desaparecida a natural condição de equilíbrio característica deste setor, tenha aderido a condições unilateralmente predispostas em razão de uma situação de poder normativo. Tal poder, no estabelecimento de contratos de adesão, expressa a posição de força econômica, técnica e jurídica que um dos contraentes impõe à contraparte, resultando o contrato, *ex se*, tendencialmente desigual. Por isso, eventuais abusos relativos a ambiguidades e contradições provocadas pelo predisponente devem ser reparados em sede interpretativa mediante a resolução da dúvida em favor do aderente.³⁵⁷

Sob outra perspectiva, a interpretação deve ser orientada a uma declaração constitutiva da disposição contratual, porquanto a elaboração unilateral da cláusula de contrato se aproxima de uma declaração unilateral de vontade “que depende do conhecimento e da concordância do destinatário”, presumindo-se que “sua concordância decorre da crença de que ela não lhe trará prejuízos”.³⁵⁸ Na atividade hermenêutica, contudo, não pode o intérprete livremente estabelecer o sentido do conteúdo contratual, devendo se pautar pela necessidade de os contratos serem executados conforme a boa-fé objetiva, de modo que apenas os abusos e as deformações sejam coibidas, esclarecendo Orlando Gomes que “a exagerada tendência para negar força obrigatória às cláusulas impressas é, de todo em todo, condenável, até porque não deve o juiz esquecer que certas cláusulas rigorosas são necessárias à consecução dos fins perseguidos”.³⁵⁹

³⁵⁶ VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154-156.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 154-156.

³⁵⁸ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 215-216.

³⁵⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 199.

No mesmo sentido, no que diz respeito à atuação do intérprete, acentua Marcelo Vicenzi que não se permite a reformulação do contrato segundo uma pessoal ideia de justiça e equidade, sendo a regra em questão representativa de uma proposta reconstrutiva segundo os valores operantes no quadro mínimo pactuado e a realidade em que inserido o negócio jurídico:

Ocorre que, na objetiva análise do regulamento contratual, método visualizado para interpretação do contrato, há a exigência de respeito a um mínimo pactuado, conteúdo que reflete os interesses objetivados pelas partes, os quais vêm aqui deduzidos numa ordem pragmática que, não obstante escassa e sumariamente inferível, está na base da operação reconstrutiva. Assim, não se consente equiparar o juízo de equidade a um juízo arbitrário. A valoração equitativa incide sobre os concretos interesses dos contratantes, interesses dos quais não pode integralmente prescindir.

A equidade interpretativa se define como a justa disposição dos diversos interesses das partes em relação ao escopo e a natureza do negócio. Esse reclamo equitativo se amolda à renovada atenção perspectivada pelo momento ético atual da experiência jurídica, tocante aos fatores principiológicos, base do direito. Todavia convém advertir que a equidade interpretativa não possibilita ao intérprete substituir a ambígua ou obscura declaração de vontade contratual das partes por uma sua própria e equânime apreciação, o que seria falsear os reais aspectos e o efetivo âmbito de operatividade da disposição.³⁶⁰

A regra do artigo 423 do Código Civil³⁶¹, neste viés, deve ser ponderada em conjunto com o princípio da boa-fé objetiva, a fim de que se compreendam os possíveis sentidos que podem advir do contrato empresarial, de acordo com a prática do mercado em que inserido e com a conduta esperada por cada um dos contratantes, como parâmetro para a interpretação em favor do aderente.

O sentido que cabe ser dado à linguagem se assemelha à prática de mercado, fundamento pelo qual “aquilo que se deve indagar não é a intenção individual, subjetiva e isolada, mas a comum intenção e, portanto, deve-se levar em conta como a parte compreendeu, ou deveria ter compreendido, o sinal linguístico”, acentuando a confiança depositada pelo contratante.³⁶²

[...] ao menos *prima facie* o sentido da manifestação deverá corresponder ao que é usual ou corriqueiro no mercado, ou ao específico setor que situa,

³⁶⁰ VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158.

³⁶¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

³⁶² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 240.

contextualmente, aquele concreto negócio jurídico interpretado. [...] Da conjugação entre ambos os enunciados – artigos 112 e 113 – resulta a prevalência do significado normal da declaração de vontade segundo a prática corrente, entre os figurantes, se for o caso, o comportamento das partes e os usos dos negócios.³⁶³

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva na perspectiva de sua função interpretativa implica considerar que os contratos devem ser interpretados de acordo com o “seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência”, assim como que “quando o próprio sentido objetivo suscite dúvida, dever-se-á preferir o significado que a boa-fé aponte como mais razoável”.³⁶⁴ Segundo Judith Martins-Costa, a boa-fé hermenêutica serve como “critério para auxiliar a determinação do significado que a operação contratual revela segundo uma valoração conduzida à luz da conduta conforme a boa-fé”, possibilitando parâmetros ao intérprete para a valoração da intenção dos contratantes consubstanciada na declaração, diante de um caso concreto.³⁶⁵

A utilização desse princípio como critério de interpretação depende das circunstâncias negociais relevantes, a exemplo da qualidade das partes, como no caso de contratação entre empresários com alta experiência negocial, e do lugar de celebração do negócio jurídico, bem como da categoria do contrato analisado, tendo como exemplo a configuração do negócio jurídico como sendo empresarial ou consumerista.³⁶⁶ O mercado em que o contrato se encontra inserido influencia a aplicação do princípio da boa-fé, em consideração aos usos e costumes próprios do modelo contratual adotado pelas partes, sob pena de “integrar um contrato com padrão de boa-fé totalmente inadequado às circunstâncias dele, acabando por falhar na sua tarefa de interpretação integrativa”.³⁶⁷

Os comportamentos habituais (usos) também são importantes parâmetros na fase interpretativa complementar. Tais comportamentos, praticados com a convicção de sua legitimidade e conveniência social, são avaliados como expressões de um modo de ver da sociedade, como revelações de uma apreciação social que se assume compartilhada pelas partes. Os usos ora

³⁶³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 240.

³⁶⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152.

³⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 448-449.

³⁶⁶ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 211-212.

tratados são chamados usos em função interpretativa, precisamente porque se prestam a auxiliar o intérprete no esclarecimento de deficiências da declaração contratual. [...] parece razoável afirmar que os usos, enquanto circunstâncias relevantes, só poderão ser considerados decisivos se um declaratório normal, colocado na posição do declaratório real, podia e devia conhecê-los.³⁶⁸

Nesta linha de raciocínio, a interpretação deve considerar a natureza do contrato e os efeitos que dele normalmente decorrem, “social e mercadologicamente esperados, e, portanto, calculáveis”, bem como a prática de mercado próprio do contexto em que inserida a avença.³⁶⁹ Somado a isso, deve ponderar a função econômico-social que o negócio jurídico opera na ordem jurídica, que concretiza sua natureza e racionalidade específicas.³⁷⁰ As partes somente se vinculam ao que contrataram, tendo como parâmetro o contrato e os usos e costumes, na medida em que “não se pode admitir interpretação extensiva [do contrato] que o desvie daquilo que objetiva e socialmente dele se esperava e do que as partes efetivamente contrataram”.³⁷¹

Os comerciantes pautam seu comportamento levando em consideração o “padrão de normalidade do mercado (prática, usos e costumes), para calcular a jogada da contraparte, diminuindo o fator risco e aumentando a eficiência da sua atuação e do sistema como um todo”.³⁷² A interpretação dos contratos entre agentes econômicos que atuam no mercado deve levar em conta, portanto, os usos e costumes comerciais, que auxiliam na interpretação da vontade dos contratantes, bem como a conduta esperada dos empresários acostumados a praticar a espécie de negócio em questão, levando-se em consideração a racionalidade conforme a boa-fé.³⁷³

A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por Weber e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial e um dos principais vetores do funcionamento dos contratos empresariais.

Na dicção de Irti, o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de regularidade e previsibilidade de agir: quem entra no mercado sabe que o seu agir [e o agir do outro] é governado por regras e, nessa medida, os comportamentos são previsíveis. A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite

³⁶⁸ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 69.

³⁶⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 244.

³⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 31, p.135-165, 2006, p. 164-165.

³⁷¹ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 247.

³⁷² Ibidem, p. 215.

³⁷³ Ibidem, p. 251-252.

um cálculo sobre o futuro. A ordem diz respeito não apenas ao passado, mas ao futuro. Os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, assumem caráter de tipicidade e de uniformidade. A forma de uma ordem é dada por conteúdos típicos, razoavelmente previsíveis e calculáveis pelas partes.³⁷⁴

A definição da fronteira entre o comportamento sagaz, caracterizado pela astúcia do empresário na condução de seus negócios, e o comportamento predatório, contra os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, depende da avaliação, no caso concreto, do padrão de comportamento esperado do contratante, dentro do contexto em que inserida a relação jurídica, porquanto permite supor que se cercaria dos “cuidados necessários e normalmente esperados antes, durante e após a celebração do negócio”.³⁷⁵

Tal padrão de comportamento implica avaliar a declaração e a conduta global da parte de acordo com a diligência própria às circunstâncias. O critério da diligência da parte funciona, assim, como limite à boa-fé. Nesse sentido, abre-se margem para a consideração de diferentes níveis de diligência. Embora a medida da diligência comumente seja a média, pode-se exigir uma certa perícia das partes, quando, por exemplo, em virtude de sua experiência comercial, tenham o ônus mais intenso de entender as declarações de acordo com o significado técnico que essas possuem no mundo dos negócios. É o que ocorre nos contratos empresariais.³⁷⁶

Nos contratos de franquia, diante da existência de diferentes modalidades e a possibilidade de o negócio jurídico ter por objeto diferentes tipos de negócio que envolva bens, serviços e distribuição, percebe-se que cláusulas contratuais são as mais variadas, acarretando a impossibilidade de definição, a priori, de casos de ambiguidade ou contradição nas cláusulas contratuais, principalmente ao se ter em conta que não existe um contrato padrão.

O intérprete, neste viés, deve se valer das diretrizes de interpretação apontadas, sempre tendo em mente a lógica própria dos contratos empresariais. A aplicação do artigo 423 do Código Civil³⁷⁷ exige a presença de cláusulas ambíguas ou contraditórias para que a interpretação se dê em favor do aderente. Deve ser levada em conta, na atividade hermenêutica, a presunção de que o franqueado, por ser empresário, possui condições de valorar os riscos do negócio, assim como as possíveis vantagens

³⁷⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 119-120.

³⁷⁵ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 121-122.

³⁷⁶ JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 66.

³⁷⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

decorrentes da prática empresarial, desde que logre obter as devidas informações sobre a rede de franquia, aceitando a possibilidade de sofrer prejuízos, vinculando-se ao contrato.³⁷⁸

Considerando que o vínculo contratual entre franqueado e franqueador se estabelece em decorrência da atividade empresarial de ambos contratantes, com objetivo de lucro, o que indica a necessidade de interpretação do negócio jurídico em cotejo com as peculiaridades do Direito Empresarial,³⁷⁹ não seria adequada a aplicação do disposto no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor³⁸⁰ como parâmetro para a ampliação do sentido da norma consubstanciada no artigo 423 do Código Civil³⁸¹, sob pena de incoerência da pauta interpretativa com a lógica do Direito Empresarial, exceto naqueles casos em que possível a equiparação do empresário ao consumidor. O artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor³⁸², ao dispor sobre a proteção contratual, determina que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, não restringindo a aplicação da norma de interpretação mais favorável ao aderente somente nos casos de ambiguidade ou contradição, o que poderia ser inadequado no contrato de franquia empresarial.

A atividade de interpretação dos contratos empresariais de adesão, incluindo da franquia, não pode conduzir à excessiva proteção de uma das partes, não podendo, por exemplo, afastar o “erro de cálculo do agente”, instrumento que premia a eficiência da outra parte, e os riscos da prática comercial.³⁸³ Isso porque se entende ser o empresário hábil e perspicaz na condução de seus negócios, presumindo o ordenamento jurídico que o agente econômico avaliou os riscos da operação comercial, de maneira prudente e sensata, vinculando-se ao negócio jurídico e exercendo a liberdade de contratar, sujeitando-se aos riscos próprios do negócio.³⁸⁴

³⁷⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 267.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 34.

³⁸⁰ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 1.

³⁸¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.

³⁸² BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 1.

³⁸³ FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 152-153.

³⁸⁴ FORGIONI, Paula A. *Op. cit.*, p. 121.

Os agentes econômicos algumas vezes adotam estratégias equivocadas, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciado os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial. Ou seja, é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos [uns melhores, outros piores] que dá vida a um ambiente de competição. Essa verificação tem efeitos práticos relevantes para o direito. Se não considerarmos que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente de sua álea normal [=não derivado de alterações contextuais imprevisíveis].

Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos [ou lucros] que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro [ou prejuízo]; apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte [agir conforme o direito].³⁸⁵

Na franquia, inexistindo ambiguidade ou contradição, a cláusula contratual não deve ser interpretada contra o proponente, salvo nos casos de abusividade, sendo indevida uma proteção injustificada ao franqueado, empresário que se comprometeu a observar o conteúdo contratual.

³⁸⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 150.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato de franquia empresarial permite a difusão dos negócios pelo franqueador sem a necessidade de realização de investimentos na constituição de filiais, possibilitando a expansão das atividades comerciais por meio da cessão do direito de uso da marca ou patente e da distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de seus produtos e serviços pelo franqueado, envolvendo a transferência de *know-how*, bem como a assessoria técnica, mercadológica e administrativa da rede. Acarreta benefícios tanto ao franqueador, que pode expandir a sua rede sem a realização de investimentos na constituição de filiais, quanto ao franqueado, que pode efetuar investimentos com maior segurança, devido à credibilidade e ao conhecimento da marca perante consumidores, amenizando o risco de prejuízos.

A celebração do contrato de franquia empresarial, no mais das vezes, ocorre por adesão, porquanto se verifica a elaboração das cláusulas contratuais abstratas pelo franqueador, que regem o conteúdo do negócio jurídico que se pretende concluir, de modo uniforme, anteriormente à aderência do candidato a franqueado ao sistema, sem a possibilidade de discussão sobre o conteúdo essencial da avença. No presente trabalho, considera-se que o contrato de franquia empresarial normalmente se dá por intermédio de contratos de adesão, considerando a visualização do desequilíbrio de poderes entre as partes, porquanto o franqueador geralmente impõe a sua vontade quando da determinação do conteúdo contratual. Com efeito, no contrato de franquia, verifica-se a entrega, pelo franqueador, de instrumento contratual pré-elaborado, concedendo-se a franquia apenas ao candidato que aceitar os termos pré-estabelecidos, com exigência de cumprimento e continuidade do modelo comercial, podendo o franqueador, ao deter uma posição dominante, impor um conteúdo comercial desequilibrado ou iníquo.

Nos contratos celebrados por adesão, em geral, o predisponente não considera as expectativas e interesses legítimos do aderente, o que resulta no desequilíbrio nas prestações dos contratantes e uma vantagem excessiva ao predisponente, situação que se observa em diversos casos envolvendo franquia. Isso porque os contratos de adesão apresentam como traço essencial uma diferença de poderes entre as partes, no que tange à possibilidade de definir o conteúdo do contrato, resultando na possibilidade de inserção de cláusulas prejudiciais ao franqueado. Como exemplos de tais cláusulas, podem ser citadas aquelas que transferem ao franqueado a obrigação de pagamento de tributos, embora o franqueador seja o contribuinte legal; permitem ao franqueador tomar

posse do negócio do franqueado no caso de eventual cometimento de infração ao negócio jurídico; repassem ao franqueado custos de assistência técnica já efetivamente remunerados pelo pagamento de *royalties*, implicando cobrança em duplicidade; atribuem ao franqueado o direito exclusivo à denúncia do contrato; permitem ao franqueador, a qualquer tempo, examinar os livros contábeis e dados em computadores da contraparte; obrigam a pessoa física do franqueado ou seu cônjuge a serem fiadores de todas as obrigações assumidas no contrato, acentuada pela renúncia ao benefício de ordem e atribuem eleição do foro com o intuito de dificultar a discussão judicial de aspectos atinentes ao negócio jurídico. Podem ser apontadas, ademais, as cláusulas que concedem exclusividade para a comercialização de produtos; impõem a vinculação de venda, cessão de direito ou prestação de serviços à aquisição de outro bem, direito ou prestação de serviço e permitem excessivo controle externo do franqueado pelo franqueador, acarretando desequilíbrio entre as prestações dos contratantes.

A disparidade do poder negocial e a desigualdade entre as partes fundamentam a necessidade de imposição de medidas de proteção ao aderente, contrapondo a autonomia privada ao princípio da justiça contratual, compreendida como a relação de equivalência entre os direitos e as obrigações das partes contrapostas na relação contratual, possibilitando o equilíbrio na relação. No âmbito dos contratos empresariais, o escopo de obtenção de lucro pelos empresários deve se conformar às normas do ordenamento jurídico, uma vez que devem ser afastados os abusos possibilitados pela ausência de paridade entre os contratantes, por estar o proponente em posição de dominância, buscando-se a justiça contratual por meio da atividade hermenêutica.

A interpretação dos contratos de adesão não pode ser idêntica à interpretação dos contratos comuns, sendo as normas de interpretação em favor do aderente uma pauta de correção, oportunizando-se a maior proteção do contratante na hipótese em que não teve oportunidade de discutir as cláusulas pré-definidas em condições de igualdade com a outra parte, diante da ausência de manifestação substancial de vontade do aderente ou de irrelevância de sua participação na conclusão do acordo. Neste viés, observa-se ser imprescindível a imposição de medidas de tutela ao franqueado e a interpretação do contrato a favor do aderente em caso de dúvidas ou ambiguidades, com o escopo de obtenção de maior proteção do franqueado. A aplicação dos mecanismos interpretativos deve almejar o equilíbrio contratual, compatível lógica e eticamente com o ordenamento jurídico positivo e com a realidade empresarial.

Na atividade hermenêutica, não pode o intérprete livremente estabelecer o sentido do conteúdo contratual, não se permitindo a reformulação do contrato segundo uma pessoal ideia de justiça e equidade, fundamento pelo qual se mostra imprescindível a consideração de diretrizes de interpretação, baseadas em fontes normativas, entendidas como um guia, buscando-se o reequilíbrio contratual.

No ordenamento jurídico brasileiro, a promulgação da Lei 8.955/94, no contexto da intervenção do Estado na regulação da relação jurídica entre franqueado e franqueador, ao regradar especificamente o contrato de franquia, teve por objetivo justamente instituir normas que possibilitassem a proteção do franqueado e a obtenção de maior equilíbrio na relação contratual, bem como que coibissem eventual abuso de direito do franqueador em relação à contraparte, em especial ao estabelecer critérios à elaboração da circular de oferta de franquia, permitindo uma escolha consciente do candidato a franqueado ao aderir à rede. A Lei 8.955/94, todavia, não regulou de forma completa as relações negociais e jurídicas entre franqueado e franqueador, observando-se a prevalência de regras quanto à fase de negociação, anterior ao cenário contratual, pouco dispondo sobre o contrato em si, a exemplo da possibilidade de elaboração de cláusulas que promovam o desequilíbrio de prestações entre os contraentes.

Nesta linha de raciocínio, por ser a supracitada lei insuficiente no que diz respeito ao cenário contratual, revela-se primordial a ponderação das fontes normativas que podem ser aplicadas na atividade hermenêutica, especificamente no que diz respeito à interpretação do contrato de franquia empresarial de adesão em favor do franqueado.

O trabalho ressalta a existência de meios eficazes de tutela ao aderente no Código Civil, sem a necessidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, adotando-se a posição de que, na atividade interpretativa para o reequilíbrio do contrato, não é possível equiparar o franqueado ao consumidor, considerando que não há o estabelecimento de relação de consumo entre as partes, de modo que a regulação da relação jurídica pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda que por analogia, não estaria de acordo com a finalidade própria desse microsistema, consistente na proteção do destinatário final econômico do produto ou serviço.

A constatação é corroborada por meio do estudo da definição dos contratos consumeristas e da identificação da relação jurídica de consumo, que permite visualizar a lógica que embasa o Código de Defesa do Consumidor, em contraste com a relação jurídica empresarial. De fato, constata-se que o franqueado não adquire as mercadorias do franqueador ou recebe dele assistência técnica como destinatário final, e sim como

empresário, que busca a obtenção de lucro pelo desenvolvimento da atividade de franquia, estabelecendo-se o vínculo contratual em decorrência da atividade empresarial de ambas partes, com objetivo de lucro.

Ante tais premissas, surge a seguinte pergunta: como compatibilizar as normas do Código Civil, entendidas como parâmetros hermenêuticos, à interpretação em favor do aderente na franquia empresarial? Essencial, neste contexto, o estudo da aplicação das normas do Código Civil como meio para possibilitar, mediante a atividade interpretativa no caso concreto, o restabelecimento do equilíbrio contratual, delimitando o conteúdo negocial.

Tal questionamento enseja a necessidade do estudo da aplicação das normas gerais do Código Civil em matéria de interpretação contratual à franquia empresarial de adesão, com foco na interpretação em favor do aderente, investigando-se como pode se dar a compatibilização das regras e princípios do diploma legal aos contratos de franquia empresarial, tendo em conta as especificidades dos negócios jurídicos firmados entre empresários e a imprescindibilidade de ponderação das normas à realidade jurídica e à lógica peculiar ao Direito Empresarial. Verifica-se que a lei procura tutelar o aderente, tendo em conta a disparidade de forças entre as partes quando da conclusão do contrato, com o escopo de possibilitar a paridade contratual, a exemplo da interpretação a favor do aderente em caso de dúvidas ou ambiguidades e da nulidade de cláusulas que estipulem a renúncia antecipada dos direitos dos aderentes, previstos, respectivamente, nos artigos 423 e 424 do Código Civil.

A fim de estabelecer um delineamento das diretrizes de interpretação em favor do franqueado, na posição de aderente, nos contratos de franquia empresarial, importante, em um primeiro momento, o estudo do conceito, características e natureza jurídica do *franchising*, possibilitando uma melhor compreensão da compatibilização das normas do Código Civil com as especificidades desse tipo de contrato. O trabalho considera que o estudo do contrato de franquia empresarial deve ter como base a sua diferenciação em relação aos contratos civis e consumeristas, assim como o delineamento do tratamento jurídico conferido para a sua adequada interpretação e a ponderação de suas características peculiares e do contexto em que inserido.

Sucessivamente, necessário o estudo da aplicação das normas gerais do Código Civil nos contratos empresariais, com base na constatação de que o processo de interpretação pode ser visualizado em duas fases, consistentes na reconstrução e busca da vontade realmente declarada pelos contratantes (fase recongnitiva), e na adequação ou

restrição da vontade declarada ao contexto atual e ao meio social em que inserida, promovendo-se a correção de excessos, omissões, obscuridades e aparentes contradições (fase integrativa).

Na fase recognitiva, importante compreender que o objeto da interpretação dos contratos representa a declaração ou o comportamento dos contratantes, podendo a atividade do intérprete ser realizada com base em meios interpretativos, que correspondem ao sentido literal da linguagem; ao contexto verbal e ao contexto situacional. O sentido literal da linguagem empregada na declaração negocial permite ao intérprete um primeiro delineamento do quadro dos sentidos que podem, *a priori*, ser atribuídos à declaração negocial, representando um ponto de partida, por meio do qual se obtém o reconhecimento inicial do sentido de dada cláusula negocial. O contexto verbal, por sua vez, indica ser imprescindível considerar que a palavra ou a cláusula devem ser interpretadas em conjunto com o restante dos elementos que formam a declaração negocial, tendo em conta as motivações, premissas, declarações e narrativas dos contratantes. O contexto situacional, por fim, envolve a ponderação do tempo e do lugar da celebração e execução do ato, buscando-se o sentido que as partes objetivamente poderiam esperar do texto e do contexto do contrato, precipuamente no caso de necessidade de correção de ambiguidade da declaração, quando passível de ser entendida em mais de um sentido, de esclarecimento de obscuridade nela constatada, quando não pode ser entendida em um sentido aparente, ou de preenchimento de lacuna, quando ausente regulação expressa, deve o intérprete corrigir e precisar o conteúdo da declaração negocial ou determinar o conteúdo não declarado no negócio jurídico.

Na fase integrativa, para o presente estudo, importa a análise das principais regras de interpretação contratual, que se encontram materializadas nos artigos 113 e 422 a 424 do Código Civil, relativas à aplicação do princípio da boa-fé e à interpretação favorável ao aderente no caso de contratos de adesão, ressaltando-se a necessidade de interpretação e aplicação dos textos normativos à específica realidade disciplinada, por meio da compatibilização das normas do Código Civil com as especificidades do contrato de franquia empresarial.

Os artigos 113 e 422 do Código Civil apontam para a necessidade de os contratantes pautarem o seu comportamento pelo princípio da boa-fé objetiva, importante também para a fase de reconstrução da vontade comum, porquanto o intérprete buscar o sentido do contrato de acordo com o ambiente social em que inserido. O papel da boa-fé é acentuado no caso de necessidade de correção de

ambiguidade da declaração, quando passível de ser entendida em mais de um sentido, de esclarecimento de obscuridade nela constatada, quando não pode ser entendida em um sentido aparente, ou de preenchimento de lacuna, quando ausente regulação expressa, porquanto não pode o intérprete livremente atribuir um sentido ao contrato.

Para a atividade hermenêutica, deve ser considerado que, no Direito Empresarial, agir de acordo com a boa-fé representa a adoção daquele comportamento jurídico e normalmente esperado dos agentes econômicos em determinado mercado, sempre de acordo com as normas jurídicas. A aplicação do referido princípio, na interpretação dos contratos empresariais, considerando seus traços de informalidade e de atipicidade, pressupõe relevar os usos do comércio e das práticas das partes na atividade empresarial, assemelhando-se, à prática de mercado, o sentido que cabe ser dado à linguagem, acentuando a confiança depositada pelos contratantes. A utilização desse princípio como critério de interpretação depende das circunstâncias negociais relevantes, a exemplo da qualidade das partes, como no caso de contratação entre empresários com alta experiência negocial, e do lugar de celebração do negócio jurídico, bem como da categoria do contrato analisado, tendo como exemplo a configuração do negócio jurídico como sendo empresarial ou consumerista.

O artigo 423 do Código Civil, ao estabelecer que deve ser adotada a interpretação mais favorável ao aderente quando o contrato apresentar cláusulas ambíguas ou contraditórias, relacionando-se ao princípio da equidade, cria, para o estipulante, o ônus da clareza na redação das cláusulas, pré-elaboradas, porquanto não há participação efetiva do aderente na elaboração dos dispositivos contratuais, com fundamento nos deveres de lealdade e colaboração, derivados da boa-fé objetiva. A contradição pode decorrer do texto das cláusulas contratuais ou do conflito entre as finalidades das disposições, a exemplo da presença de cláusulas que simultaneamente atribuem a uma das partes dado direito ou obrigação e afastam esse direito ou desconfiguram a obrigação. A ambiguidade, por sua vez, surge da possibilidade de atribuição de mais de um significado ao texto, dada a polissemia das palavras. Nos contratos de franquia, diante da existência de diferentes modalidades e a possibilidade de o negócio jurídico ter por objeto diferentes tipos de negócio que envolva bens, serviços e distribuição, percebe-se que cláusulas contratuais são as mais variadas, acarretando a impossibilidade de definição, *a priori*, de casos de ambiguidade ou contradição nas cláusulas contratuais, principalmente ao se ter em conta que não existe um contrato padrão.

O intérprete, neste viés, deve se valer das diretrizes de interpretação apontadas, sempre tendo em mente a lógica própria dos contratos empresariais. A aplicação do artigo 423 do Código Civil exige a presença de cláusulas ambíguas ou contraditórias para que a interpretação se dê em favor do aderente. Deve ser levada em conta, na atividade hermenêutica, a presunção de que o franqueado, por ser empresário, possui condições de valorar os riscos do negócio, assim como as possíveis vantagens decorrentes da prática empresarial, desde que logre obter as devidas informações sobre a rede de franquias, aceitando a possibilidade de sofrer prejuízos, vinculando-se ao contrato.

Considerando que o vínculo contratual entre franqueado e franqueador se estabelece em decorrência da atividade empresarial de ambos contratantes, com objetivo de lucro, o que indica a necessidade de interpretação do negócio jurídico em cotejo com as peculiaridades do Direito Empresarial, não seria adequada a aplicação do disposto no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor como parâmetro para a ampliação do sentido da norma consubstanciada no artigo 423 do Código Civil, sob pena de incoerência da pauta interpretativa com a lógica do Direito Empresarial, exceto naqueles casos em que possível a equiparação do empresário ao consumidor. O artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, ao dispor sobre a proteção contratual, determina que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, não restringindo a aplicação da norma de interpretação mais favorável ao aderente somente nos casos de ambiguidade ou contradição, o que poderia ser inadequado no contrato de franquias empresarial.

A atividade de interpretação dos contratos empresariais de adesão, incluindo da franquias, não pode conduzir à excessiva proteção de uma das partes, não podendo amenizar a possibilidade do erro de cálculo do agente, instrumento que premia a eficiência da outra parte, e os riscos da prática comercial. Isso porque se entende ser o empresário hábil e perspicaz na condução de seus negócios, presumindo o ordenamento jurídico que o agente econômico avaliou os riscos da operação comercial, de maneira prudente e sensata, vinculando-se ao negócio jurídico e exercendo a liberdade de contratar, sujeitando-se aos riscos próprios do negócio.

Deste modo, na franquias, inexistindo ambiguidade ou contradição, a cláusula contratual não deve ser interpretada contra o proponente, salvo nos casos de abusividade, sendo indevida uma proteção injustificada ao franqueado, empresário que se comprometeu a observar o conteúdo contratual.

O artigo 424 do Código Civil pode ser aplicado quando, por conta da discrepância de poderes entre o franqueado e o franqueador, houver a imposição indevida de interesses próprios de uma parte sobre a outra, resultando em desequilíbrio contratual, como no caso da previsão de cláusulas contratuais que estipulem renúncia antecipada do franqueado a direito decorrente da natureza do negócio. Para fins de aplicação da regra, o direito resultante da natureza do negócio deve ser considerado como correspondente aos elementos que normalmente compõem o quadro negocial, enquanto a natureza do negócio pode ser interpretada como as características essenciais do contrato celebrado.

A norma tem por escopo a coibição do abuso de direito, relacionando-se à preservação do equilíbrio entre as prestações das partes, ao se impedir os direitos naturais daquela espécie de contrato. O artigo em questão é resultado das limitações impostas pelos princípios da função social do contrato, proibidade e boa-fé, impedindo que a renúncia antecipada de direito prejudique o aderente. Nos contratos de franquia empresarial, considerando a lógica das relações interempresariais, nem sempre a cláusula de renúncia de direitos poderá ser considerada indevida, por representar a possibilidade de o aderente gerir os seus próprios interesses, devendo ser verificada se a disposição contratual é ou não abusiva.

Um exemplo de cláusula nula, por força do artigo 424 do Código Civil, seria aquela que obrigasse ao franqueado renunciar previamente a qualquer tipo de indenização referente ao seu fundo de comércio, representativo do sobrevalor verificado com a reunião de todos os bens integrantes do estabelecimento comercial. Na franquia, tanto o franqueador como o franqueado contribuem para o sucesso do empreendimento, razão pela qual devida a repartição do fundo de comércio entre as partes no caso de extinção do negócio jurídico, por representar o conjunto de bens materiais e imateriais formado mediante tal colaboração. Outro exemplo de cláusula de renúncia antecipada a direitos do franqueado é aquela que atribui ao franqueador o direito exclusivo à denúncia unilateral do contrato, porquanto intensifica o desequilíbrio existente entre os contratantes. Tal abusividade é acentuada, no caso concreto, pelo fato de que a Lei 8.955/94 não estabelece prazo mínimo para a rescisão do contrato de franquia, de modo que o exercício do direito à denúncia unilateral do contrato pelo franqueador pode ocasionar graves prejuízos à atividade empresarial praticada pela outra parte, advindos da extinção abrupta do negócio jurídico.

Respondendo à pergunta proposta, pode ser constatado que o Código Civil dispõe de pautas hermenêuticas que podem indicar ao intérprete a maneira mais adequada de interpretar o contrato de franquia empresarial de adesão em favor do franqueado, com base nas características peculiares aos contratos empresariais e à figura do empresário, de acordo com a realidade econômica e social em que inserido o negócio jurídico. A busca da justiça contratual, portanto, deve ser almejada com base na ponderação das normas gerais de interpretação do Código Civil com a realidade empresarial, salientando-se que o fenômeno da adesividade nos contratos empresariais, em especial na franquia, requer uma modificação dos critérios hermenêuticos tradicionais. O tema certamente acentua uma série de temas que devem ser debatidos, seja na doutrina ou na jurisprudência, a fim de que sejam traçadas diretrizes para a atuação do intérprete, tendo em conta as especificidades dos negócios jurídicos firmados entre empresários e a imprescindibilidade de ponderação das normas à realidade jurídica e à lógica peculiar ao Direito Empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Jorge Pereira. **Contratos de franquia e leasing**. 3. ed. São Paulo: Atlas 1998.

ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising & direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. Natureza jurídica do contrato de “franchising”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 46, p. 154-181, jul. 1989.

BULGARELLI, Waldírio. **Contratos e títulos empresariais: as novas perspectivas**. São Paulo: Atlas S.A, 2001.

_____. **Contratos mercantis**. São Paulo: Atlas, 1997.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

_____. Lei n. 8.955, de 15 de novembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 dez. 1994.

_____. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mai. 1996.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Instituiu o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 476.428/SC. Recorrente: Agipliquigás S.A. Recorrido: Gracher Hotéis e Turismo LTDA. Min. Nancy Andrigui. Brasília, 09 mai. 2005. DJe 03 ago. 2005.

_____. Agravo Regimental no Agravo nº 746.597/RJ. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: GRM Serviços Postais S/C LTDA. Min. José Delgado. Brasília, 16 mai. 2016. DJe 21 ago. 2006.

_____. Recurso Especial nº 687.322/RJ. Recorrente: Lea Boechat dos Santos. Recorrido: De Plá Material Fotográfico LTDA. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 09 out. 2006. DJe 24 out. 2006.

_____. Recurso Especial nº 541.867/BA. Recorrente: American Express do Brasil S.A Turismo. Recorrido: Central de Tintas LTDA. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 15 out. 2007. DJe 05 nov. 2007.

_____. Recurso Especial nº 1.013.976/SP. Recorrente: Banco Pontual S.A. Recorrido: Indústrias Textis Aziz Nader S.A. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 25 mai. 2012. DJe 29 mai. 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALLI, Cássio Machado. O direito da empresa no novo código civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 828/2004, p. 43-78, out. 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Considerações sobre a lei de franquias. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 16, mai., p. 15-21, 1995.

_____. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Novo manual de direito comercial**: direito de empresa. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil**, n. 15/16, Ano XIII, p. 81-105, 1974.

_____. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n. 18, p. 53-65, 1975.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CRETELLA NETO, José. **Do contrato internacional de franchising**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas S.A, 2001.

FIUZA, Ricardo. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

_____. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GABRICH, Frederico de Andrade. **Contratos de franquia e direito de informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. Vol. IV.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Novos temas de direito civil: o poder legislativo da empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

JABUR, Gilberto Haddad e PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOBO, Jorge. **Contrato de franchising**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Anotações sobre a interpretação dos contratos conforme a boa-fé. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Mácio Felix. **Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 259.

MACHADO, Silvia Dias da Costa. **Pautas para a interpretação dos contratos por adesão nas relações interempresariais regidas pelo código civil**. 2007. 131 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

MARIANI, Irineu. **Contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed., rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed., rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, FRAN. **Contratos e obrigações mercantis**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil. **Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, v. 31, p.135-165, 2006.

_____. Os Avatares do Abuso de Direito e o Rumo Indicado pela Boa-fé. In: DELGADO, Mario; ALVES, Jones F. **Questões controvertidas.** São Paulo: Método, 2007. vol. VI.

_____. **Os campos normativos da boa-fé objetiva: as perspectivas do direito privado brasileiro.** **Revista Forense**, v. 101, n. 382, p.119-144, no./dez., 2005.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: direito das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, António Pinto. **Contratos de adesão.** Coimbra: Almedina, 2003.

MOTA PINTO, Paulo. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico.** Coimbra: Almedina, 1995.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito civil e arbitragem.** São Paulo: Atlas, 2014.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos mercantis.** São Paulo: Atlas, 2013.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

PAOLA, Leonardo Sperb de. Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia. **Revista Forense**, v. 94, n. 343, p. 115- 148, jul./set. 1998.

PLENTZ, Fernanda Cristhina Lolatto. **A vulnerabilidade do franqueado e a figura do consumidor equiparado**: impossibilidade de aplicação do cdc aos contratos de franquia empresarial. 2007. 34 f. Monografia (Especialização em direito do consumidor e direitos fundamentais) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

REALE, Miguel. **A boa-fé no código civil**: história do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Exposição de motivos**. Diário do Congresso Nacional, Brasília, Seção I, Suplemento, 14 set.1983.

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

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. O contrato de concessão de venda com exclusividade (concessão comercial). **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Paraná, v. 15, p. 207-246, 1972.

RIZZARDO FILHO, Arnaldo. **Redes empresariais e organização contratual na nova economia**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018

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

SAAVEDRA, Thomaz. **Vulnerabilidade do franqueado no franchising**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul**, vol. 17, p. 57-70,1999.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Franchising**: aspectos jurídicos e contratuais. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual, 5. ed., rev. e amp. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**. São Paulo: Renovar, 2006.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito de empresa e contratos**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

_____. **Curso de direito comercial**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O STJ e a natureza jurídica do contrato de franquia. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 976, p. 75-84, fev. 2017.

VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VIEIRA, Maíra de Melo. Execução específica de cláusula compromissória vazia e competência-competência: revisitando regras elementares à luz da decisão do STJ no REsp 1.082.498/MT. In.: Wald, Arnoldo (Coord.). **Revista de arbitragem e mediação**, v. 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005.

WALD, Arnoldo. Da invalidade da cláusula penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente. **Revista da Consultoria Geral do Estado**, v. 5, n. 13, a, 1975.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Editora Método, 2008.