



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Vynicius Pereira Guimarães

**Vulnerabilidade contratual e mecanismos interventivos nas relações
privadas: um estudo aplicado ao contrato de franquia**

Rio de Janeiro

2020

Vynicius Pereira Guimarães

Vulnerabilidade contratual e mecanismos interventivos nas relações privadas:
um estudo aplicado ao contrato de franquia

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Rio de Janeiro

2020

G963 Guimarães, Vynicius Pereira.
 Vulnerabilidade contratual e mecanismos interventivos nas relações
 privadas: um estudo aplicado ao contrato de franquia / Vynicius Pereira
 Guimarães - 2020.

242 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
 Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Vulnerabilidade - Teses. 3. Franquia - Teses.
 I. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. II. Universidade do Estado do
 Rio de Janeiro Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.44

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Data

Vynicius Pereira Guimarães

**Vulnerabilidade contratual e mecanismos interventivos nas relações privadas:
um estudo aplicado ao contrato de franquia**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em 06 de março de 2020.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dr.^a Aline de Miranda Valverde Terra

Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dr.^a Caitlin Mulholland

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2020

AGRADECIMENTOS

Somos o resultado de tanta gente, de tanta história, tão grandes sonhos que vão se passando de pessoa a pessoa, que nunca estaremos sós.

valter hugo mãe*

E se há quem diga que o trabalho de um pesquisador é solitário, talvez lhes tenha escapado o que está por detrás das palavras que vêm a compor uma obra acadêmica. Ao final destas páginas, listados nas referências bibliográficas, apresentarei ao leitor aqueles cujos textos me fizeram encontrar tantas das palavras aqui escritas. Neste início, contudo, falo daqueles cujo afeto me moveu a escrevê-las. Às pessoas que me trouxeram até aqui, gente de quem orgulhosamente sou resultado, dedico estes agradecimentos, na esperança de, ainda que de forma insuficiente, dizer-lhes o quanto significam para mim.

Ao Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, pela orientação de toda uma vida acadêmica, com quem pude aprender desde os bancos da graduação que a boa interpretação do direito pressupõe uma sensível compreensão do mundo. Devo-lhe o que há de mais humano na maneira como enxergo a vida. Talvez o Direito Civil tenha servido de mero pretexto para que, com seus ensinamentos, aprendesse algo a mais sobre a humanidade de que se devem revestir sobretudo as relações privadas.

Agradeço, ainda, aos Professores Aline de Miranda Valverde Terra e Eduardo Nunes de Souza, que compuseram a banca de qualificação deste trabalho, por terem me apresentado uma melhor versão das minhas ainda incipientes ideias. Tive o prazer de ser aluno da Professora Aline ao final da graduação e, desde então, insisto em permanecer por perto. Que a vida ainda me permita desfrutar dos debates autênticos e dos churrascos *pra lá* de badalados, marcas da Professora cuja clareza didática e rigor científico obrigam qualquer um a entender o complicado direito das obrigações, indispensável ao desenvolvimento deste trabalho. Ao Professor Eduardo Nunes, de quem o mestrado me permitiu (finalmente!) ser (formalmente) aluno, agradeço pelas lições de um verdadeiro docente, sempre preocupado em ajudar aqueles que têm o privilégio de ouvi-lo falar apaixonadamente sobre o Direito Civil. Certa vez me

* mãe, valter hugo. *O filho de mil homens*. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 188.

encantou com a lição de que a vida ganha brilho quando o caminho percorrido é mais aproveitado do que a linha de chegada. Acrescento que as trajetórias só valem a pena quando em boa companhia, e por isso lhe agradeço.

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que tenho orgulho de chamar de casa, e, mais especificamente, o Programa de Pós-Graduação em Direito proporciona um ambiente fraterno de discussões sadias e imprescindíveis ao desenvolvimento do saber jurídico. Agradeço aos amigos que lá já se encontravam por me recepcionarem tão bem e me anteciparem as dificuldades próprias da vida acadêmica, oferecendo-me conselhos sem os quais a escrita deste trabalho teria sido mais difícil. Aos que entraram comigo, agradeço pelos debates tão enriquecedores, a me desafiar a alcançar a melhor versão de mim mesmo. Por fim, meu especial obrigado aos amigos da turma seguinte, que tão bem me acolheram e suavizaram o conturbado período final do mestrado.

Também devo agradecer à Diana Castro, à Rachel Saab e ao Rodrigo Freitas, amigos de toda a vida, a quem pude confiar a leitura da versão inicial deste trabalho e discussões importantes a respeito do tema, sem as quais possivelmente estaria ainda (angustiado) preso no primeiro parágrafo. Agradeço à Giovanna Rennó Duque, por se afastar momentaneamente do Direito Societário para ler o texto (quase) final e riscá-lo com indispensáveis marcas de revisão.

E quando acreditei que a Uerj havia me agraciado com tudo o que dela poderia esperar, a Faculdade de Direito me apresentou talentosos *uerjianos*, responsáveis por uma das maiores alegrias que já experimentei. À Turma 2015.2 M/T, com a qual tive o prazer de vivenciar pela primeira vez a atividade docente, agradeço pela oportunidade de testemunhar aquilo que nossa Uerj tem de melhor: pessoas que são boas diversas vezes e das formas mais diversas, a mostrar que cada um pode (e deve) ser bom à sua maneira. Com vocês conheci a beleza de me encantar com o esforço alheio e sentir como meu o sucesso do outro. É felicidade redobrada, a nos tornar mais distantes de nós mesmos e mais próximos do resto do mundo. E por isso não poderia deixar de agradecer.

O caminho profissional, fatalmente cinza em muitos aspectos, ganha cor quando percorrido ao lado de quem se admira, principalmente em um espaço de respeito e amizade como pude encontrar no Kincaid | Mendes Vianna Advogados. Ao Dr. Iwam Jaeger (um homem urgente!), que me fez substituir o púlpito de uma colação de grau pelas tribunas do

Brasil afora, agradeço pelas lições diárias de seriedade e de árduo comprometimento com um trabalho de excelência. Ao Tarik Bergallo, que me mostrou que as melhores teses de defesa se encontram nos detalhes dos documentos, agradeço pelas doses cotidianas de serenidade, imprescindível à boa advocacia. Agradeço, ainda, à Julia Triani, que fez dela algumas das minhas tarefas para que pudesse, na reta final, me dedicar à conclusão deste trabalho.

A advocacia ainda me permitiu cruzar a vida com grandes amigos, que tanto me ouviram falar sobre franquias e cuidaram de me tranquilizar quando a lista de afazeres parecia transbordar as vinte e quatro horas do dia. Devo um cotidiano e diário agradecimento à Alexia Costa, à Beatriz Mattos, ao Leandro Nunes, à Luna Jaeger, à Carolina Fonseca e à Iasmim Carvalho.

Aos amigos de quem a dissertação me privou da companhia, agradeço por me fazerem lembrar da vida que há para além destas páginas. Ao Frederico Mendes Vianna, que a essa altura já deve estar aborrecido por imaginar que me esqueci de mencioná-lo no parágrafo anterior, pela maneira leve de ser amigo, trazendo sempre bons momentos aos que têm a felicidade de tê-lo por perto. Ao Eduardo Reis, um dos melhores *roomates* que alguém poderia ter, pela maneira razoável – embora dramática – de lidar com os fatos da vida. Ao Victor Campinho, com quem tenho dividido tantos momentos quantos cabem em uma grande amizade. À Iasmim Passos, com quem aprendi que a vida é tão bonita quanto quisermos que ela seja. À Camila Lopes, de quem gosto tanto que merece estar aqui mesmo eu não encontrando uma frase para explicar por quê. Ao João Pedro Cunha, que assinou comigo, ainda no primeiro período da graduação, nosso primeiro trabalho acadêmico. Quis o destino que não o encontrasse em meus arquivos. Uma pena! Certamente valeria a citação.

Devo um agradecimento especial à Gabrielle Mussauer pela preciosa ajuda na pesquisa que resultou neste trabalho. Encontrou tantas palavras para que inserisse no texto que perdi todas as que tinha para agradecê-la. Inadvertidamente, tentei encontrar novas. Procurei por todo canto – até nos brechós – e não achei. Agora tenho eu que lidar com uma feliz tristeza: já não há palavras à disposição para dizer o quanto você significa para mim.

À minha família, base de tudo que sou, por me ensinarem uma forma feliz de ver a vida. Tão feliz que, certa vez, um vizinho casmurro – incomodado com a recorrência de nossas reuniões festivas no sítio de Secretário e com o volume daquela que, em especial,

avançava a noite –,¹ nos interfonou para perguntar perplexo: “o que vocês *tanto* comemoram?”. A inquietação do vizinho me fez notar, naquele momento, um dado curioso: não comemorávamos nada. Celebrávamos – e ainda celebramos – o simples *estar junto*; festejamos a agradável percepção de que não precisamos de motivos para comemorar.

Eis que chego ao mais difícil agradecimento, e talvez por isso o tenha deixado para o final. Dedico essa dissertação e tudo de bom que a vida me proporcionar à dona Fatima, minha mãe, por ter doado tudo de si a cada pouco de mim. A você, que por tantos momentos me observou escrever, rodeado por livros e olhando fixamente a tela do computador, vindo me abençoar em carinhoso silêncio para não me desviar a atenção. Lembro-me que, em dada ocasião, não resistiu e me perguntou intrigada para que serviam as letrinhas miúdas na beira das páginas. Esclareci, com alguma surpresa e desconserto, a função que os acadêmicos atribuíam às notas de rodapé. Peço licença para complementar a incompleta explicação que dei à minha primeira e maior professora: notas de rodapé, como quaisquer palavras, podem ir além dos usos acadêmicos; devem ser livres para servir a propósitos mais bonitos.²

A todos vocês agradeço por terem caminhado comigo e me tornado menos vulnerável enquanto escrevia sobre vulnerabilidades. Muito obrigado. Há tempos não sei o que é sonhar sozinho.

¹ Talvez algumas outras tenham avançado a noite, mas deixo esse detalhe para o rodapé.

² Essa, por exemplo, serve a dizer que te amo.

RESUMO

Guimarães, Vynicius Pereira. *Vulnerabilidade contratual e mecanismos interventivos nas relações privadas*: um estudo aplicado ao contrato de franquia. 2020. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O presente trabalho tem por objetivo investigar de que maneira a vulnerabilidade contratual pode influenciar na interpretação-aplicação dos principais mecanismos de intervenção que usualmente incidem nos contratos de franquia, a dizer com: (i) a resolução e a revisão do contrato de franquia, (ii) a invalidação de determinadas cláusulas comumente inseridas em tal tipo contratual e (iii) a redução de multa contratual cominada em cláusulas penais. Para tanto, partiu-se da análise do perfil estrutural da vulnerabilidade contratual, em busca da elucidação de seu conceito, traduzido na síntese ponderativa dos fatores vulnerantes averiguados *in concreto*. Tais fatores resumem-se nos seguintes dados extraíveis da factualidade: (i) restrição à liberdade de contratar *stricto sensu*; (ii) restrição à liberdade de escolher o contratante; (iii) restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato (ou adesividade contratual), (iv) dependência contratual. Passo adiante, empreendeu-se a avaliação da vulnerabilidade contratual nos contratos de franquia, tomando-se por base os elementos essenciais ao referido tipo contratual, bem como a mínima unidade de efeitos que se extrai da relação entre franqueado e franqueador. Mais especificamente, estudaram-se os dois fatores vulnerantes que costumam incidir nos contratos de franquia: a adesividade e a dependência contratual. Por fim, empreendeu-se a análise de como a vulnerabilidade contratual poderia auxiliar o intérprete no manejo dos mecanismos interventivos comumente utilizados nos referido tipo. De modo a identificar os instrumentos de interferência de maior recorrência no contrato de franquia, o trabalho se valeu, visando a conferir maior concretude à análise, de pesquisa jurisprudencial realizada, principalmente, no âmbito dos sistemas de busca online dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, além do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito dos contratos. Vulnerabilidade. Vulnerabilidade contratual. Contrato de franquia. *Franchising*. Mecanismos interventivos nas relações privadas.

ABSTRACT

GUIMARÃES, Vynicius Pereira. *Contractual vulnerability and interventional mechanisms in private relations: a study applied to the franchise contract*. 2020. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

The purpose of this paper is to investigate the way in which the contractual vulnerability may affect the interpretation and application of the main intervention mechanisms applied to franchising contracts. Such mechanisms are described as: (i) the contractual dissolution and review, (ii) the invalidation of certain clauses commonly placed on franchise contracts and (iii) the reduction of contractual fines charged due to the applicability of penalty clauses. Considering this purpose, the study started with an analysis of the contractual vulnerability's structural profile, which is the result of a weighted analysis of vulnerability factors investigated in concrete cases. The called vulnerability factors could be described as follows: (i) *stricto sensu* restriction on the freedom to contract; (ii) restriction on the freedom of choosing the other contracting party; (iii) restriction on the possibility of negotiating the contract's content (or contract adhesiveness); (iv) contractual dependency. Subsequently, this study proceeds with an analysis of the contractual vulnerability applied to franchising contracts, taking into consideration such contract's essential elements, as well as the minimum unit of effects extractable from the franchising relationship. More specifically, this paper focuses mainly on two vulnerable factors usually present in franchising contracts - adhesiveness and contractual dependence - were studied. Finally, the manners by which contractual vulnerability could possibly assist the interpreter on the management of the intervention mechanisms commonly applied to franchise contracts were analyzed. Aiming to identify the intervention mechanisms most applied to such contract and in order to present results as close as possible to the reality, precedent researches were carried out mainly on the Rio de Janeiro State Court, on the São Paulo State Court and on the Superior Court of Justice's online research platforms.

Keywords: Contract Law. Vulnerability. Contractual vulnerability. Franchise Law. Franchising. Interventional mechanisms in private relations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A DINÂMICA DAS VULNERABILIDADES.....	15
1.1 Da autonomia da vontade à autonomia privada: o despontar da vulnerabilidade na ordem contratual contemporânea	16
1.1.1 A mutação da autonomia: a gênese do conceito de autonomia privada na legalidade constitucional	18
1.1.2 A liberdade de contratar na contemporaneidade: limitações e vulnerabilidade.....	27
1.2 A dinâmica das vulnerabilidades: aspectos conformativos da vulnerabilidade contratual	34
1.2.1 Vulnerabilidade patrimonial v. existencial: contrastes para um delineamento inicial do instituto no Direito dos contratos	34
1.2.2 A vulnerabilidade contratual como síntese ponderativa dos fatores vulnerantes objetivamente averiguados <i>in concreto</i>	42
1.2.3 Vulnerabilidade contratual e intervenção nas relações privadas	55
1.3 Vulnerabilidade e os denominados contratos empresariais: a impertinência da taxonomia das relações privadas	63
2 VULNERABILIDADE E <i>FRANCHISING</i> NA ORDEM CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA.....	79
2.1 Aspectos introdutórios ao <i>franchising</i> : evolução e conceito na contemporaneidade.....	79
2.2 Contrato de franquia: estrutura e função.....	92
2.2.1 Obrigações essenciais do franqueador	92
2.2.2 Obrigações essenciais do franqueado.....	102
2.2.3 Classificações do contrato de franquia.....	107
2.2.4 O <i>franchising</i> como sistema dinâmico e complexo: formação, cooperação e interdependência no contrato de franquia	116
2.3 Vulnerabilidade e contrato de franquia.....	121
2.3.1 O contrato de franquia como contrato de adesão: ponderações com o risco assumido pelo franqueado.....	122
2.3.2 Contrato de franquia e a dependência independente do franqueado.....	131

3	MECANISMOS DE INTERVENÇÃO NOS CONTRATO DE FRANQUIA: LEITURA À LUZ DA VULNERABILIDADE CONTRATUAL.....	141
3.1	Resolução do contrato de franquia.....	142
3.1.1	<u>Resolução por inadimplemento absoluto: a impossibilidade de satisfação do crédito e a falta de interesse útil do credor</u>	143
3.1.2	<u>Resolução por onerosidade excessiva.....</u>	157
3.2	Revisão contratual e <i>franchising</i>.....	167
3.3	O contrato de franquia em análise: vulnerabilidade contratual e merecimento de tutela de algumas de suas cláusulas.....	172
3.3.1	<u>Cláusula de eleição de foro</u>	172
3.3.2	<u>Cláusula compromissória: arbitragem e <i>franchising</i>.....</u>	182
3.3.3	<u>A redução da cláusula penal no contrato de franquia</u>	189
	CONCLUSÃO	208
	REFERÊNCIAS	221

INTRODUÇÃO

*Contracts are like hearts,
they are made to be broken.*
Ray Kroc³

O brasileiro que acorda, dirige-se ao *Starbucks* para tomar café da manhã antes de estudar um idioma estrangeiro no CCAA e, após a aula, vai comprar perfumes n’O Boticário e brinquedos na *Ri Happy* não poderia imaginar que, em uma manhã, antes de sequer almoçar no *Spoletto*, contribuiu com o mercado de franquias que se desenvolve a passos largos no país. Não obstante o avançar do *franchising* no cenário nacional, a literatura jurídica e a jurisprudência parecem pouco voltar suas atenções ao contrato de franquia, importante figura contratual para a solidificação da atividade econômica.

Nos tribunais, franqueados e franqueadores têm o árduo trabalho de apresentar aos julgadores o dinamismo e a complexidade em que suas atividades se encontram circunscritas, tarefa que pode se complicar em meio a um litígio instaurado com o propósito de, não raro, promover, de um modo ou outro, alguma sorte de intervenção no ajuste pactuado entre os contratantes. Com efeito, o contrato de franquia se revela um campo altamente fértil para o debate a respeito do limite das intervenções heterônomas nas relações privadas, operadas por meio de mecanismos interventivos cujos limites e fundamentos jurídicos têm sido discutidos há muito pela contratualística.

Se, sob o paradigma liberal-oitocentista, a função precípua do direito dos contratos tinha que ver apenas com a manutenção pura e simples dos pactos celebrados e a garantia de sua execução – *pacta sunt servanda* –; posteriormente, o direito contratual passou a desempenhar relevante papel na mitigação dos efeitos de eventuais vulnerabilidades identificadas *in concreto*.⁴

³ Em tradução livre: “contratos, como corações, são feitos para serem partidos”. A frase foi retirada do roteiro do filme *The Founder* (em português, *Fome de Poder*) e é atribuída a Ray Kroc, o controverso “fundador” do McDonald’s, notadamente uma das maiores redes de franquia no mundo. Disponível em https://www.scripts.com/script/the_founder_1053. Acesso em 20.1.2020.

⁴ “O Direito Civil, assim como os outros ramos do Direito Privado, assistiu à profunda intervenção por parte do Estado, na tentativa de evitar que a exasperação da teoria individualista – ao invés de gerar o que se imaginara no século anterior, ou seja, a riqueza das nações e das pessoas – continuasse a acirrar as desigualdades, com a formação de novos miseráveis, tornando inviável o próprio regime de mercado, essencial ao capitalismo”. TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In. *O Direito Civil*

Assim, reconhecendo-se que a aplicação de mecanismos interventivos configura uma inexorável realidade, mais proveitosa se revela a investigação de parâmetros para auxiliar o intérprete no manejo dos referidos instrumentos de interferência nas pactuações privadas. Já não há mais espaço para misoneísmos fundados na vetusta compreensão de que o Direito privado e, mais especificamente, o dos contratos corresponde a um espaço de liberdade ampla, que não se deve deixar permear por qualquer espécie de controle.

Tal postura hermenêutica, longe de impedir a aplicação dos referidos instrumentos, apenas faz com que deles se lance mão de forma assistemática e atécnica, a trazer severos prejuízos à segurança jurídica. Fechar os olhos para as previsões legislativas que permitem ao julgador resolver, revisar ou afastar cláusulas contratuais livremente pactuadas só faz crescer o número de intervenções (aí sim) indevidas. O tema requer tratamento com o devido rigor metodológico, principalmente na seara dos contratos celebrados entre empresários, de modo a permitir sejam alcançadas soluções coerentes com o ordenamento.

É nesse contexto que se desenvolve o debate acerca da vulnerabilidade contratual, eixo teórico central deste trabalho. Se antes as intervenções tinham como fundamento a proteção da vontade declarada em descompasso com o verdadeiro querer do sujeito de direito, contemporaneamente intervém-se, nos mais das vezes, em nome da proteção do polo contratante vulnerável.

Nos contratos de franquia, como se terá a oportunidade de desenvolver, o estudo ganha maiores temperos. Explica-se brevemente: a relação entre franqueado e franqueador, embora não se caracterize como de consumo, não se mostra livre da constatação de que, em determinados casos e em certos aspectos específicos, o franqueado pode se revelar vulnerável. Não por ser consumidor (ou empregado), mas, em muitas ocasiões, por ser *aderente* aos termos estipulados pelo franqueador ou por dele depender para a execução do modelo de negócio que lhe fora proposto. Ao mesmo tempo, contudo, não se pode deixar de notar que o contrato de franquia é celebrado por pessoas empresárias, em atividade que visa ao lucro, de modo a ser classificado por alguns como um contrato empresarial, sujeito a uma sistemática da não-intervenção.

Com efeito, o presente trabalho busca, inicialmente, fornecer ao intérprete pequena contribuição na tarefa de identificar a existência e a medida da vulnerabilidade contratual nos

contratos de franquia apreciados em sua concretude.⁵ Em seguida, o estudo se volta à elucidação, a partir das ideias desenvolvidas, do modo pelo qual a figura da vulnerabilidade contratual poderá influenciar a operação dos mecanismos interventivos, à procura de sistematizar tecnicamente a matéria por meio de parâmetros que venham em auxílio do intérprete.

Para tanto, divide-se o estudo em três capítulos. O primeiro tratará do que se denominou *dinâmica das vulnerabilidades*. Iniciado pela análise da passagem do conceito de autonomia da vontade para o de autonomia privada, o Capítulo parte para a análise do papel da vulnerabilidade na civilística contemporânea, demarcando as fronteiras entre seus perfis existencial e patrimonial. Em relação ao aspecto patrimonial, o Capítulo abordará mais especificamente seu aspecto contratual, explorando sua relação com o princípio da liberdade de contratar. De mais a mais, dedica-se o primeiro terço deste trabalho à elucidação dos elementos estruturais da vulnerabilidade contratual e de que maneira a figura se relaciona com os mecanismos interventivos nas relações privadas. O capítulo se encerra com a avaliação da taxonomia das relações privadas, a verificar a pertinência da bipartição dos contratos privados em civis e empresariais e a influência desta classificação no processo de identificação da vulnerabilidade contratual.

A avaliação da medida da vulnerabilidade contratual no *franchising* impõe profunda análise dos elementos que compõem a mínima unidade de efeitos do contrato de franquia. Deste aspecto cuidará o Capítulo II, fornecendo ao leitor o instrumental necessário para compreender as nuances e vicissitudes da complexa relação entre franqueador e franqueado. Em seguida, se dedicará o Capítulo à análise da vulnerabilidade nos contratos de franquia, a partir dos elementos elucidados no Capítulo I.

Por fim, o terceiro Capítulo, em síntese do que já terá sido apresentado por seus antecessores, busca identificar de que maneira a vulnerabilidade contratual pode afetar a aplicação dos mecanismos interventivos nos contratos de franquia. O Capítulo, visando a

⁵ “Doutrinador colaborativo na construção da solução dos casos concretos, essa parece ser a função nuclear do professor de direito no mundo contemporâneo. Além de compilar dados, impõe-se que trabalhe sobre o torrencial volume de feitos disponíveis a fim de extrair, em perspectiva crítica e prospectiva, a função dos institutos e a *ratio decidendi* compatível com os valores máximos do elenco axiológico do ordenamento jurídico, participando, assim, do processo de individualização do ordenamento jurídico às circunstâncias fáticas”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Reflexões Metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. In. *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 46).

conferir maior concretude à análise de tais mecanismos, baseou-se em pesquisa jurisprudencial realizada, principalmente, no âmbito dos Tribunais de Justiça dos estados do Rio de Janeiro e São Paulo e, ainda, do Superior Tribunal de Justiça. Dessa maneira, assumindo como ponto de partida discussões práticas, a parte final do estudo se dedica à análise da relação da vulnerabilidade contratual com os instrumentos de interferência usualmente aplicados pelos Tribunais brasileiros nas relações entre franqueados e franqueadores, tais como a resolução e a revisão contratual e o juízo de merecimento de tutela de algumas importantes cláusulas presentes em tais contratos, como a cláusula de eleição de foro, a cláusula compromissória e a cláusula penal.

Encerrada a trajetória proposta, remete-se o leitor à epígrafe desta breve introdução. A frase, atribuída no filme *The Founder* (em português, Fome de Poder) a Ray Krok, o desenvolvedor da marca do McDonald's, uma das maiores redes de franquia do mundo, desafia o Direito dos contratos em sua concepção tradicional, segundo a qual os contratos faziam lei entre as partes e, portanto, não poderiam – salvo raríssimas exceções – ser partidos. Atualmente, contudo, admite-se que contratos poderão (ou até mesmo deverão) ser partidos, principalmente nos casos em que uma das partes se mostre vulnerável. Nesse sentido, a polêmica frase encontra-se em consonância com a contratualística contemporânea, que assume, em síntese, que, quanto maior a vulnerabilidade, mais facilmente contratos serão partidos. Assim como corações. Não estava, afinal, de todo equivocado o polêmico Ray Krok.

1 A DINÂMICA DAS VULNERABILIDADES

A categoria jurídica da vulnerabilidade, que compreende, de um lado, um perfil existencial e, de outro, um patrimonial, tem ganhado cada vez mais relevância no Direito Civil contemporâneo, tendo em vista que a passagem do Estado liberal para um modelo de solidarismo constitucional veio a permitir, de maneira mais contumaz, intervenções heterônomas nas pactuações privadas.⁶ Nesse contexto, de forma recorrente a vulnerabilidade passa a ser direta ou indiretamente invocada como fundamento ou, ao menos, como vetor interpretativo de medidas interventivas, tornando-se, assim, um dos eixos centrais da ordem contratual contemporânea.⁷

De início, vale destacar que o objeto do presente estudo se restringe propositalmente ao aspecto patrimonial da vulnerabilidade, verificado no âmago de uma relação contratual. Fala-se, assim, como se terá a oportunidade de aprofundar adiante (v. item 1.2, *infra*), da *vulnerabilidade contratual*, a pôr de lado seu perfil existencial.⁸

⁶ Sobre a ordem solidarista inaugurada com a Constituição da República, cf. lição de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo: “A promulgação da Constituição de 1988 operou vigorosa transformação do direito civil, a impor a releitura de todas as suas instituições. A nova Carta ensejou tanto a revogação das disposições normativas incompatíveis com o seu texto e seu espírito, quanto a modificação interpretativa de todas as remanescentes. Rompeu com as bases e valores que até então prevaleciam, de cunho liberal, notadamente o individualismo e o patrimonialismo, e inaugurou nova ordem jurídica, calcada em valores existenciais, não patrimoniais, sobretudo no pluralismo e no solidarismo”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do Constitucionalismo de hoje. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 18).

⁷ “A admissão da vulnerabilidade como categoria jurídica do direito contratual importa giro copernicano, que desafia a concepção liberal da autonomia privada, máxime em tempos de grave crise financeira mundial, que pôs a nu a universalização dos malefícios da ideologia do neoliberalismo, prenunciada por Avelã Nunes. A vulnerabilidade do contratante é fruto do Estado social, do século XX, com suas promessas de realização da justiça social e redução das desigualdades sociais, que, no Brasil projetaram-se nas Constituições de 1934 e 1988, especialmente nesta”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 159).

⁸ Conforme reconhece a doutrina, “A diversidade de formas de vulnerabilidade explica a existência de diferentes mecanismos de proteção”. (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50).

O rigor metodológico impõe a necessidade de se investigar a vulnerabilidade contratual tanto em seu aspecto estrutural, a partir do exame de seus elementos constitutivos (“o que é?”), quanto em seu perfil funcional, a partir da identificação da finalidade que justifica o recurso a tal figura jurídica (“para que serve?”).⁹ Assim, este capítulo primeiro se dedicará ao estudo da vulnerabilidade contratual em seu perfil estrutural, analisando-se os fatores que permitem ao intérprete afirmar a existência, em determinada dinâmica contratual, de posição vulnerável.

A análise estrutural não deve descuidar, contudo, da função exercida pela vulnerabilidade na ordem contratual contemporânea,¹⁰ qual seja: a de servir ora como vetor interpretativo ora como razão de ativação dos mecanismos interventivos que eventualmente se colocam sobre os pactos privados, conforme se aprofundará no Capítulo III, *infra*.¹¹

A partir deste momento, analisa-se de que maneira a vulnerabilidade ganhou protagonismo na dinâmica das contratações contemporâneas, para, em seguida, compreender-se o iter metodológico que deve cumprir o intérprete a fim de avaliar a presença de determinada vulnerabilidade em uma relação contratual concretamente considerada. Em síntese, trata o presente Capítulo da instigante dinâmica das vulnerabilidades, ponto nodal deste estudo, que se passa a examinar.

1.1 Da autonomia da vontade à autonomia privada: o despontar da vulnerabilidade na ordem contratual contemporânea

⁹ Na lição de PERLINGIERI, Pietro: “O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individualizar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 603). V. também: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 53. Por fim, permita-se a remissão a estudo publicado nos Anais do IV Congresso Internacional do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. Sobre o tema, permita-se a remissão a GUIMARÃES, Vynicius. Diálogo entre doutrina e jurisprudência: pavimentando o caminho da efetividade. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 684.

¹⁰ “Nesse panorama, o intérprete que se vê diante de uma situação jurídica qualquer deve perquirir, para além de seus elementos constitutivos (o que ela é), a sua razão teleologicamente justificadora: para que serve? Ou seja, os institutos jurídicos, partes integrantes da vida em relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também e principalmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos)”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 248).

¹¹ Sobre o tema, v. introdução ao Capítulo III, *infra*.

Tradicionalmente ancorado na soberania da vontade individual, o direito dos contratos, insculpido em dogmática protetiva da liberdade do sujeito de direito, encontra-se, contemporaneamente, reformulado. Se, em sua formulação original, inspirada pelo liberalismo do século XIX, a tutela da vontade apresentava-se como a pedra de toque da dogmática contratual, a civilística do século XX pôde contemplar – em nome do preceito de solidariedade social – o alvorecer de mecanismos interventivos destinados à proteção do contratante vulnerável.¹²

Ao surgimento dos chamados novos princípios contratuais, notadamente a função social, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual,¹³ soma-se o advento de um tímido quarto princípio – o da proteção do contratante vulnerável – que encontra fundamento no solidarismo constitucional e concerne diretamente à categoria jurídica da vulnerabilidade contratual, a servir de razão, em diversas hipóteses, de intervenções legislativas e judiciais no conteúdo dos contratos.

Em rápida síntese, pode-se dizer que, no contexto atual, as intervenções no conteúdo de contratos privados ocorrem, no mais das vezes e em certa medida, a fim de proteger o contratante vulnerável. Assim, a adoção de um determinado mecanismo interventivo se justifica ao passo que um dos polos contratantes possa ser qualificado como vulnerável. No avançar do século XXI, portanto, impõe-se ao intérprete relevante problemática que diz respeito à qualificação de determinada posição relacional como vulnerável.

Passo adiante, discute-se, qualitativamente, o cabimento – ou não – de intervenções heterônomas nas pactuações privadas e, quantitativamente, em que medida

¹² Para um estudo geral da vulnerabilidade, cf. BARBOZA, Heloisa Helena: “Justifica-se por mais essa razão, plenamente, a tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como as de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontrem em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializem sua vulnerabilidade, ou que já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana” (BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na constituição de 1988: uma questão de igualdade. In: NEVES, Thiago. (Coord.). *Direito & justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109).

¹³ “Em rigor, o advento da Constituição de 1988, a consagrar como marco axiológico a dignidade da pessoa humana (e a solidariedade), promoveu verdadeiro giro copernicano no direito contratual. Na esteira de tal transformação paradigmática, desenvolveram-se três novos princípios aptos a concretizar os valores constitucionalmente assegurados: boa-fé objetiva; equilíbrio econômico e função social”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 221).

tais intervenções, se cabíveis, se justificam.¹⁴ Desse modo, a adequada compreensão da ordem contratual contemporânea e, conseqüentemente, da avaliação da razoabilidade da ativação de mecanismos interventivos em um contrato não pode prescindir da ciência acerca do papel exercido pela autonomia privada e pela vulnerabilidade contratual na legalidade constitucional.

1.1.1 A mutação da autonomia: a gênese do conceito de autonomia privada na legalidade constitucional

“A autonomia privada não foi fácil”,¹⁵ anunciou Menezes Cordeiro em artigo publicado no início do século. O conceito exige, segundo o jurista português, “para se alargar até os seus confins naturais, uma estruturação político-social dominada pela ideia de liberdade e de igualdade”.¹⁶ De fato, a proteção pelo ordenamento jurídico dos atos de autonomia requer evolução histórico-cultural que torne o Direito capaz de lidar com os contrastes entre, de um lado, a proteção das liberdades individuais e, de outro, a tutela de valores de igualdade que informam o sistema jurídico.¹⁷

Não se deve, contudo, compreender a autonomia privada como uma conquista natural do progresso jurídico, que, uma vez alcançada, torna-se infensa à apreciação crítica. O conceito permanece em constante evolução, a ser avaliado pelo intérprete, tomando-se em conta a unidade do ordenamento em que se insere.¹⁸ Assim, constata-se

¹⁴ A medida das intervenções à luz do conceito de vulnerabilidade contratual será tema estudado no Capítulo III, *infra*.

¹⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. Do Contrato de Franquia (“franchising”). Autonomia privada versus tipicidade negocial. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48. Lisboa: 2003, p. 64.

¹⁶ CORDEIRO, Antônio Menezes. Do Contrato de Franquia (“franchising”). Autonomia privada versus tipicidade negocial. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48. Lisboa: 2003, p. 64. Ainda na lição do jurista, “O Direito privado é dominado pela igualdade e pela liberdade”. (CORDEIRO, António Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º Volume, 2ª ed.: Livraria do Advogado Editora, p. 347).

¹⁷ “Deve-se definir o sistema jurídico como ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais. (...) Este sistema não é fechado, mas antes aberto. (...) Da problemática da abertura do sistema deve-se distinguir a sua mobilidade. A mobilidade, no sentido que este termo recebeu de Wilburg, significa a igualdade fundamental de categoria e a mútua substituíbilidade dos critérios adequados de justiça, com a renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas. Também um sistema móvel merece ainda o nome de sistema, pois nele se realizam as características da ordem e da unidade” (CANARIS, ClausWilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 280-282).

¹⁸ “Os conceitos jurídicos não pertencem somente à história, mas, com oportunas adaptações, podem ser utilizados para realizar novas funções. Neste processo de adequação se verifica uma mudança substancial da sua natureza”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142). V. também: “(...) o direito existe sempre ‘em sociedade’ (situado, localizado) e (...) as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais”. (HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 13).

que “não é uma operação simples definir a autonomia privada”,¹⁹ do que aflora a necessidade ainda mais urgente de investigar seu desenvolvimento à luz da legalidade constitucional.

O direito dos contratos formulado no liberalismo jurídico do século XIX tinha no individualismo²⁰ uma de suas principais marcas. Com suas atenções voltadas ao indivíduo, o direito privado buscava regular, do ponto de vista formal, a atuação jurídica do sujeito de direito abstrato, isto é, o contratante, proprietário e pai de família.²¹ Nesse contexto, apontavam-se como princípios – hoje ditos clássicos – do direito contratual: a liberdade das partes, o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), e o da relatividade dos efeitos do negócio (*res inter alios acta*).²²

Mais especificamente no campo negocial, a *vontade*²³ assumia papel central na dogmática jurídica. O contrato, nesse contexto, era compreendido como o produto límpido da reunião da vontade individual de cada contratante, desde que emanadas livremente. Aliás, os mecanismos de intervenção nos contratos limitavam-se aos que pretendiam proteger a vontade livremente manifestada. A correção dos chamados vícios

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002, p. 17.

²⁰ Uma breve definição do individualismo é fornecida por AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 217: “doutrina segundo a qual se concede à pessoa humana um primado, uma supervalorização relativamente à sociedade. O indivíduo como fonte e causa final de todo o direito”.

²¹ Como nota TEPEDINO, Gustavo: “O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil”. (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 2).

²² “Sobre três princípios se fundou, em sua forma evolutiva final, o direito dos contratos: a) sobre o princípio da autonomia da vontade; b) sobre o princípio da supremacia da ordem pública; c) sobre o princípio da obrigatoriedade das convenções, limitada pela escusa de força maior”. (DANTAS, San Tiago. *Evolução contemporânea do direito contratual*. Revista Forense, vol. 139, 1952, p. 4).

²³ “Sob o ponto de vista psicológico, a vontade é, assim, uma faculdade espiritual do homem que manifesta uma tendência, um impulso para algo, a realização de um valor intelectualmente conhecido. (...) A vontade aparece, assim, como um motor, impulsionando e dirigindo o movimento em todo o reino das faculdades. Em razão do fim proposto, a vontade move-se a si mesma. Para o direito, a vontade reveste-se de especial importância pela circunstância de constituir-se em um dos principais elementos do ato jurídico. Manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas, caracterizando, assim, a vontade jurídica”. (AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, pp. 211-212).

de vontade (ou de consentimento)²⁴ era, portanto, a única razão legitimadora de intervenção nas pactuações privadas.

A justeza ou equilíbrio das relações contratuais não era propriamente uma questão do direito civil clássico, que se voltava totalmente à tutela da vontade. Nas palavras de Enzo Roppo:

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de fato, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com seus interesses. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se completavam reciprocamente – sobre se formava a asserção peremptória, segunda a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (*qui dit contractuel dit juste*).²⁵

No contexto no qual quem contratava, contratava porque *queria*, a vontade do negociante revelava-se fundamento inexorável ao fiel cumprimento do contrato.²⁶ Os contratantes, assim, deveriam suportar o ônus da contratação em qualquer cenário, vez que o contrato fazia *lei entre as partes*.²⁷ Com efeito, a autonomia *da vontade*, expressão maior da liberdade individual,²⁸ revelava-se alicerce do modelo liberal, proveniente da compreensão do individualismo quase como uma religião.²⁹

²⁴ Sobre os vícios do consentimento, cf. a lição de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil*, 25ª ed., atualização e revisão por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 430 e ss.

²⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 32.

²⁶ “Da junção desses pressupostos – igualdade e liberdade – derivava a máxima *se é contrato, é justo*, porque ‘se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se, pois’”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 427-428). Na mesma linha, cf. a lição de ROPPO, Enzo: “não se preocupa que o contrato seja objetivamente justo ou equitativo (...), mas preocupa-se, sobretudo, que ele seja cumprido regularmente”. (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 247-248).

²⁷ Do artigo 1.134 do Código Napoleônico se extraía a *força de lei* dos contratos, por afirmar expressamente que “*les conventions légalmentet formées tiennent lieu de loi à ceux que lês ont fait*”.

²⁸ Na lição de MONTEIRO, Washington de Barros, o princípio da liberdade de contratar é “a chave do sistema individualista e o elemento de mais colorido na conclusão dos contratos”. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*, 2ª parte, São Paulo: Saraiva, p. 9).

²⁹ A expressão foi utilizada por TEPEDINO, Gustavo. “Essa espécie de papel constituições do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil de 1916, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como “o mundo da segurança”. (Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, *Revista de Direito do Estado*, a. 1, n. 2, abr/jun – 2006, p. 39).

Admitida a vontade como força jurígena por excelência, ao intérprete caberia, diante de qualquer divergência entre os contratantes, o esforço de reconstruir sua real intenção quando da formação do vínculo contratual. Na lição de Darcy Bessone, “nos dissídios que acaso se formem, a missão do juiz terá de se circunscrever à apuração da vontade dos contratantes, em um processo de pura reconstituição”.³⁰ A autonomia da vontade conceituou-se, assim, como “o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.³¹

O século XX abalou a centralidade da vontade individual como elemento primordial de fundamentação da juridicidade das pactuações privadas.³² Reconheceu-se que aquele que contrata nem sempre contrata por vontade, mas, muitas vezes, por necessidade. Tal consideração acabou por “abalar a fé dos civilistas na autonomia da vontade”.³³⁻³⁴ Em um contexto de massificação contratual, as interações jurídicas entre particulares revelam (não já um produto da vontade individual, mas) verdadeira necessidade social. Substitui-se, nessa perspectiva, a expressão autonomia *da vontade* por autonomia *privada*.

Conforme ensinam Díez-Picazo e Antonio Gullón, a autonomia privada pode ser definida como “o poder de se auto-ditar a lei ou preceito, o poder de governar-se a si próprio”. Em lição alongada a respeito do conceito, afirmam os juristas

Poder-se-ia também defini-la como um poder de governo da própria esfera jurídica, e como essa é formada por relações jurídicas, que são a causa da realização de interesses, a autonomia privada pode igualmente conceituar-se

³⁰ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26.

³¹ AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 212.

³² “Observa-se, na ordem contratual contemporânea, crítica cada vez mais contundente à centralidade da vontade individual como único elemento de fundamentação e legitimação da força obrigatória dos contratos”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 1).

³³ A consideração foi feita por Washington de Barros Monteiro: “Os próprios civilistas, como adverte Waline, estão com a sua fé muito abalada na autonomia da vontade e, descontentes, não sabem o que introduzir no seu lugar”. (MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil: Direito das obrigações*, 2ª parte, 41ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23).

³⁴ Como bem notou SAVATIER, René: “Nós sabemos que a vontade humana é criadora de direito, de modo que ela faz, ao seu critério, nascer, por seus contratos, créditos e obrigações. Mas ela não é, por si, todo-poderosa. As vontades individuais devem respeitar as exigências do bem comum”. (SAVATIER, René. *La théorie des obligations: vision juridique et économique*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 1969, p. 161 – tradução livre). No original: “Nous savons que la volonté de l’homme est créatrice de droit, de sorte qu’elle fait, à son gré, naître, par les contrats, des créances et des obligations. Mais elle n’est pas, en cela, tout puissant. Les volontés individuelles doivent respecter les exigences du bien public”.

como o poder da pessoa de desregulamentar e ordenar as relações jurídicas nas quais é, ou há de ser, parte.³⁵

Na lição de Menezes Cordeiro, a autonomia privada exerce dupla função. “Em termos amplos, ela equivale ao espaço de liberdade reconhecido a cada um dentro da ordem jurídica: engloba tudo quanto as pessoas podem fazer, num prisma material ou num prisma jurídico”. Já em termos restritos, afirma o autor que “a autonomia privada corresponde ao espaço de liberdade jurígena, isto é, à área reservada na qual as pessoas podem desenvolver as atividades jurídicas que entenderem”, podendo definir-se como uma “permissão genérica de produção de efeitos jurídicos”.³⁶

Ainda no Direito português, Carlos Alberto da Mota Pinto afirma que “autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica. Significa que os particulares podem, no domínio da sua conveniência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas”.³⁷

Fernando Noronha, por sua vez, ensina que a autonomia privada “é a possibilidade oferecida e assegurada aos particulares, de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial mediante contratos”.³⁸ Para Francisco Amaral, a autonomia privada constitui-se, no âmbito do direito privado, “em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica”. E prossegue o Professor: “os particulares tornam-se, desse modo e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado”.³⁹

Ainda na perspectiva da autonomia privada como um espaço concedido pelo ordenamento jurídico para que os indivíduos se autorregulem, Pontes de Miranda a

³⁵ Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1994, v. 1, p. 371.

³⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º Volume, 2ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 1987, pp. 343-344.

³⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 89.

³⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 115.

³⁹ AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 213.

define, em sinonímia com a autonomia da vontade, como “o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades”.⁴⁰ Trata-se, portanto, da vontade juridicizada.⁴¹ Nas palavras de Orlando Gomes, “a autonomia privada, é, em sentido lato, o poder atribuído à vontade individual de partejar relações jurídicas concretas, admitidas, previstas, reguladas *in abstracto* na lei”.⁴²

A distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada não se resume a um aspecto meramente estrutural.⁴³ Com efeito, a passagem à segunda concepção traz consigo relevante alteração de significado. Isso porque a transição revela o abandono da vontade pura e simples como elemento jurígeno em prol da compreensão da autonomia como um instituto moldado internamente pelo ordenamento complexo, unitário e sistemático, de onde extrairá sua juridicidade.⁴⁴

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, parte geral, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 54.

⁴¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, parte geral, t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 55: “Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica *por fora* do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. É *interior*, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam”.

⁴² GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81.

⁴³ Sobre a distinção dos institutos em perspectiva estrutural, cf. lição de AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 213: “Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença que se realça com o enfoque do fenômeno em apreço na perspectiva da nomogênese jurídica. Poder-se-ia logo dizer que a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real”. Em sentido contrário, a defender a sinonímia entre as expressões, cf. LÔBO, Paulo. *Condições gerais dos contratos e cláusula abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 10: “A esse respeito, afirmamos nosso entendimento de absoluta indistinção entre autonomia privada, de um lado, e auto-regramento ou autonomia da vontade, de outro. Para alguns, a autonomia privada capta o momento jurídico da exteriorização da vontade, sendo esta, enquanto intenção íntima, uma instância pré-jurídica. Para outros, autonomia evoca significação normativa e não podem os particulares ser autores de normas jurídicas, diante do monopólio legislativo do Estado. Essas distinções são inócuas e procuram escapar, sem sucesso, à origem e à natureza políticas que se imputam à autonomia privada (ou da vontade) ou ao caráter imperativista que se atribuiu à vontade”.

⁴⁴ “Importa destacar que a passagem do qualificativo ‘da vontade’ para ‘privada’, apostrofo ao substantivo ‘autonomia’ em diferentes contextos histórico-sociais, já indica que a autonomia, não tanto no seu conceito técnico-estrutural, mas no seu conteúdo valorativo, deve ser compreendida em uma perspectiva relacional e evolutiva. A expressão autonomia da vontade, concebida nas codificações do século XVIII, associada ao voluntarismo jurídico é caracterizada por uma concepção negativa da liberdade individual, já que estabelece verdadeiro impedimento para qualquer interferência externa. Mais contemporaneamente, o emprego da expressão autonomia privada significa uma alteração substancial de conteúdo, na medida em que a valoração e a limitação da liberdade, seu fundamento, foram reformuladas em decorrência da nova axiologia constitucional, personalista e solidarista”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 429-430).

A autonomia privada, conceituada como o respaldo jurídico para que as partes pudessem se autorregular – em geral por meio da celebração de contratos – da maneira que bem entendessem, adquire contornos renovados diante da legalidade constitucional contemporânea. Se o modelo liberal era pautado no individualismo,⁴⁵ a colocar as instituições a serviço dos interesses particulares, o mesmo não se pode dizer dos ordenamentos jurídicos frutos do século XX, especialmente os inaugurados no segundo pós-guerra, marcados por Constituições embebidas no espírito de promoção da solidariedade social.⁴⁶

À autonomia privada, portanto, foi concedida releitura à luz da legalidade contemporaneamente instaurada, adquirindo função e significado renovado.⁴⁷ Afinal, como ensina Pietro Perlingieri, “os conceitos jurídicos não pertencem somente à história, mas, com oportunas adaptações, podem ser utilizados para realizar novas funções. Neste processo de adequação se verifica uma mudança substancial da sua natureza”.⁴⁸ Mais especificamente, a respeito do conceito de autonomia privada, afirma o Professor italiano: “a autonomia privada deve ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico e à experiência histórica que, de várias formas colocam a sua exigência”.⁴⁹

No Brasil, a lógica eminentemente humanista inaugurada pela promulgação da Constituição de 1988 promoveu proveitosa revolução nos conceitos-base do direito privado pátrio.⁵⁰ Nesse cenário, a autonomia privada passa a ser entendida não apenas

⁴⁵ WALLINE, Marcel. *L'individualisme et le Droit*, 12^a ed., Paris: Domat, 1949, p. 14.

⁴⁶ Tratando da experiência constitucional italiana, PERLINGIERI, Pietro nota: “Neste rico clima ideológico, a elaboração da Carta Constitucional da República constitui – pelos valores de justiça não somente formais, mas substanciais, de solidariedade humana e social, de garantia do pleno e livre desenvolvimento da pessoa, expressos na exigência unitária do respeito da sua dignidade – uma dentre as mais avançadas normativas constitucionais”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 181).

⁴⁷ “Toda transformação da realidade social interessa à ciência do direito, já que reage sobre a realidade normativa. Crer que o direito seja imodificável, eterno- a-histórico e insensível a qualquer ideologia é atitude formalista que ignora a conexão entre comportamentos e regras”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 170).

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 142.

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 334.

⁵⁰ “O cenário só viria a mudar drasticamente, no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, que, a um só tempo, representou as bases para a reconstrução em conformidade com a axiologia constitucional, notadamente a partir da incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, os quais, em conjunto, promoveram transformação qualitativa no conteúdo da autonomia privada e impuseram a funcionalização do contrato aos valores constitucionais”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA,

como “o poder reconhecido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente adotados”,⁵¹ mas como um potencial instrumento funcionalizado à promoção dos valores constitucionais. Não se trata, portanto, de um vetor vazio, mas de um meio para que os fins solidaristas da Carta Maior sejam alcançados.⁵²

Assim, a autonomia privada se configurará merecedora de tutela (*meritevolezza*) se e na medida em que promover os valores irradiados pela Constituição. É dizer: a razão de proteção da autonomia privada como categoria jurídica deixa de se explicar pelo *respeito à vontade emanada pelas partes* e migra para o atendimento dos ditames constitucionais.^{53- 54} O ato de autonomia, portanto, não se diz

Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 429). Como já observou TEPEDINO, Gustavo: “Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição”. (Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de Direito Civil*, t. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 13).

⁵¹ A definição encontra-se em PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 335. Em sentido análogo, v. AMARAL, Francisco dos Santos: “Reconhece-se, portanto, que, tratando-se de relações jurídicas de direito privado, são os particulares que melhor conhecem seus interesses e a melhor forma de regulá-los juridicamente”. (AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 216).

⁵² “[a autonomia privada] deixa de configurar um valor em si mesma, e será merecedora de tutela somente se representar, em concreto, a realização de um valor constitucional”. (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6). Em outra oportunidade, afirma o autor: “a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República. Na legalidade constitucional, a autonomia privada não representa um valor em si mesmo, como unidade normativa isolada, mas somente será merecedora de tutela se realizar, de forma positiva, os demais princípios e valores constitucionais”. (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de Direito Civil*, t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 155). Ainda, a respeito da funcionalização dos instrumentos jurídicos à promoção dos valores constitucionais, cf. a lição de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo: “Diante dessa perspectiva contemporânea do direito civil se consolidaram novos paradigmas para a compreensão da matéria, baseados, sobretudo, nas seguintes proposições: (...) funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do Constitucionalismo de hoje*. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 20).

⁵³ Nesse sentido, explica NORONHA, Fernando. *O direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*, São Paulo: Saraiva: “atualmente, reconhece-se que nas obrigações contratuais o fundamental não é a vontade das partes, mas apenas saber-se que o ordenamento jurídico atribui a estas o poder de auto-regulamentarem os seus interesses e relações, na esfera privada, como diz Betti; a vontade das partes, seja a real, da teoria da vontade, seja a exteriorizada, da teoria da declaração, apenas pode dar vida ao negócio, mas não justifica os termos de sua tutela jurídica”.

⁵⁴ Nesse contexto, reconhece-se que “querer não é poder, em um ordenamento jurídico no qual o poder é disciplinado e regulador, o querer não é poder e o poder é atribuído pelo direito e não pela vontade das partes” (PERLINGIERI, Pietro. *Relazione di sintesi*. In: FERRONI, Lanfranco (Coord.). *Equilibrio dele*

mais limitado apenas externamente. Sua própria conformação interna deve se reconduzir à promoção da legalidade constitucional.⁵⁵ Nesse cenário em que se confere nova compreensão ao instituto da autonomia privada, o direito dos contratos apresenta-se funcionalmente reformulado.

Em outras palavras, se antes se atribuía à contratualística o fim de garantir o cumprimento dos contratos tal como pactuados, em verdadeira reverência ao dogma da vontade; contemporaneamente, a disciplina dedica-se à proteção *condicionada* da autonomia privada, concedida apenas se aferível, *in concreto*, sua conformidade à tábua axiológica constitucional.

Dessa forma, a ordem contratual contemporânea, não mais atrelada à viciada proteção das vontades não viciadas, extrai sua função do sistema solidarista inaugurado pela Constituição da República. Em conformação com a legalidade constitucional, a tutela da autonomia torna imperativa a avaliação do contrato como relação dinâmica, não podendo prescindir do cotejo entre as posições ocupadas por cada contratante.⁵⁶

Nessa perspectiva, a vulnerabilidade desponta como categoria jurídica cuja necessidade de exame atento se torna inafastável. À proteção da parte que ocupa posição contratual vulnerável não caberá opor uma pretensa tutela da autonomia

posizioni contrattuali ed autonomia privata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 173 – tradução livre).

⁵⁵ “Se poderia considerar a autonomia como poder da liberdade de contratar, e contratar, em particular, com determinado conteúdo (autorregulamentação): liberdade de contratar, então, em sentido amplo, de modo que os limites impostos pela lei se prospectariam como exceções com relação ao conceito de autonomia. Se teria, isto é, a liberdade como princípio e limites como suas exceções. (...) Hoje não é mais assim. A regulamentação de um contrato pode ser considerada merecedora de tutela se e somente se responder não só aos princípios presentes em nível ordinário, mas aqueles princípios hierarquicamente superiores que, em um sistema italo-comunitário de fontes, operam dentro do sistema. A questão vai, então, reproposta de maneira aberta e não fechada, colocando a autonomia contratual no atual sistema”. (PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 394-395 – tradução livre). No original: “Si potrebbe considerare l’autonomia come potere della libertà di contrarre, e di contrarre, in particolare, con un determinato contenuto (autoregolamentazione): libertà di contrarre, quindi, in senso ampio. Sì che, i limiti imposti dalla legge si prospetterebbero come eccezionali rispetto al concetto di autonomia. Si avrebbe, cioè, la libertà come principio e limiti come sue eccezioni. (...) Oggi non è più così. La regolamentazione posta in essere da un contratto può essere considerata meritevole di tutela se e soltanto se risponde non solo ai principi presenti a livello ordinario, ma a quei principi gerarchicamente superiori che, in un sistema italo-comunitario delle fonti, operano all’interno del sistema. La questione va, dunque, riproposta in maniera aperta e non chiusa, collocando l’autonomia contrattuale nell’attuale sistema”.

⁵⁶ “A relevância constitucional da autonomia contratual deve ser entendida sob duplo perfil: o positivo, relativo ao fundamento e à tutela constitucional da autonomia, e o negativo que lhe impõe limites. O fundamento da autonomia negocial não pode ser desvinculado da natureza dos interesses pelos quais se explica em concreto”. (BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. in. TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 413).

privada, artificialmente utilizada como argumento de sustentação de um pacto dissonante aos valores da legalidade constitucional. Assim, verificada uma situação de vulnerabilidade contratual na dinâmica da relação *in concreto*, a pura manutenção do contrato, longe de traduzir respeito à autonomia privada, revela, ao revés, deferência a uma injustiça contratual que não pode ser tolerada.

A intervenção no contrato, nesses casos, faz-se necessária justamente para a proteção da autonomia privada, adequadamente compreendida como um fator de promoção da solidariedade constitucional. Na ordem contratual contemporânea, não se mostra paradoxal a afirmação de que, em algumas hipóteses, é da intervenção que provém a justa proteção da liberdade de contratar.

1.1.2 A liberdade de contratar na contemporaneidade: limitações e vulnerabilidade

Sempre estiveram associadas as ideias de autonomia privada e de liberdade de contratar.⁵⁷ Alguns autores as percebem como duas faces da mesma moeda,⁵⁸ enquanto outros definem uma como decorrente da outra⁵⁹ ou outra como decorrente da uma⁶⁰ (ou vice-versa ou versa-vice). Alguns, inclusive, não as distinguem, tratando-as como um único instituto.⁶¹

⁵⁷ Sobre a liberdade de contratar, v. DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. *Revista Forense*, vol. 139, 1952, p. 6.

⁵⁸ “el verdadero sentido de la libertad contractual significa que el ordenamiento jurídico considera em principio como vinculantes aquellos contractos libremente concluidos por las partes equiparadas juridicamente, otorgando con ello al individuo la posibilidad de adoptar una actividad creadora de derecho em el campo jurídico privado, mediante la configuración coincidente de las relaciones recíprocas (autonomía de la voluntad)”. (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 66). Para Orlando Gomes, a autonomia privada “resolve-se na liberdade de contratar”. (GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81).

⁵⁹ Tratando a liberdade de negociar como manifestação da autonomia privada, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2002, p. 17: “Hão de se delinear os aspectos nos quais se manifesta a autonomia privada. Tradicionalmente, afirma-se que ela se traduz, antes de tudo, na liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou ato, de escolher, por vezes, a forma do ato”. Ainda, “Antes de qualquer ilação, é mister elucidar que, apesar do questionamento suscitado, parte-se do pressuposto que a liberdade de contratar é a forma de exercício mais intensa do princípio da autonomia privada, que por sua vez materializa o valor maior da liberdade”. (ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Liberdade de Contratar e Livre Iniciativa*. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 15 (jul/set, 2003). Rio de Janeiro: Padma, p. 73).

⁶⁰ Nesse sentido, cf. lição de AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, a. 26, abr/jun, Brasília, 1989, p. 215: “Fundamento ou pressuposto da autonomia privada, é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico”. No mesmo sentido, “O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil Brasileiro*, v. III, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41).

⁶¹ Nesse viés, v. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 19-22. O civilista, após discorrer longamente sobre os aspectos da liberdade

Em verdade, autonomia privada e liberdade de contratar são conceitos conexos, mas que não se confundem. Como visto, a primeira refere-se ao poder concedido pelo ordenamento aos particulares de se autorregularem, determinando vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente adotados, que merecerá tutela na medida em que promover a tábua axiológica constitucional. Por sua vez, a liberdade (de contratar) compreende, a um só tempo, um corolário do direito fundamental à liberdade, que, constitucionalmente assegurado, garante o espaço de autonomia (isto é, de autorregulação privada)⁶² e uma manifestação dessa autonomia.

Assim, no âmbito das relações contratuais, a autonomia privada se manifesta nos seguintes aspectos em que se divide a liberdade de contratar *lato sensu*: i) a faculdade de contratar e não contratar; ii) a liberdade de escolher *com quem* contratar e iii) a liberdade de estabelecer o conteúdo e a forma de que se revestirá o negócio.⁶³

Nesse sentido é a doutrina de Francisco dos Santos Amaral,⁶⁴ de Caio Mário da Silva Pereira⁶⁵ e de outros tantos juristas que se dedicaram ao estudo do direito dos contratos.⁶⁶ Uma lista mais extensa, todavia, é apresentada por Orlando Gomes, para quem a liberdade de contratar revela “elenco copioso” de aspectos, dentre os quais se incluiriam, além dos três já mencionados, a liberdade de celebrar contratos atípicos, a liberdade de modificar o esquema legal do contrato e a liberdade de agir por meio de

de contratar, arremata: “Em suas linhas gerais, eis o princípio da *autonomia da vontade*, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente seus contratos”.

⁶² “A garantia constitucional da autonomia privada dirige-se àqueles atos de iniciativa particular que implicam relações com outros sujeitos na esfera patrimonial e se praticam através de negócios jurídicos, designadamente de contratos, tal como disciplinados nos Códigos e em algumas leis especiais”. (GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 83).

⁶³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.) *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 6 e ss.

⁶⁴ AMARAL, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 222: “A liberdade contratual manifesta-se nos seguintes aspectos: liberdade de contratar, de escolher as partes com quem contratar, de estabelecer o conteúdo, a forma e os efeitos do contrato”.

⁶⁵ O professor Caio Mário da Silva Pereira acrescenta, ainda, um quarto aspecto da liberdade de contratar, que consistiria na autorização de as partes “a mobilizar o aparelho coator do Estado para fazê-lo respeitar tal como está, e assegurar sua execução segundo a vontade que presidiu sua constituição”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 21). Não se identifica tal autorização, contudo, como um aspecto da liberdade de contratar, mas como decorrência do direito das obrigações.

⁶⁶ A título exemplificativo, tome-se a lição de MELO, Marco Aurélio Bezerra de. p. 41: “A liberdade de contratar, que consiste na possibilidade deferida ao homem de autorregulamentação dos interesses, se apresenta em três vertentes: a primeira é a mais óbvia e lógica, que surge quando o contratante decide entre contratar ou não. Decidindo por contratar, deverá resolver com quem contratar e, por último, lhe é facultado estabelecer as cláusulas contratuais”.

substitutos.⁶⁷ Em verdade, as facetas trazidas pelo civilista baiano dizem respeito a subdivisões do terceiro aspecto apontado pela doutrina majoritária – a liberdade de estabelecer o conteúdo e a forma do contrato –, razão pela qual se prefere tratá-las dentro da divisão majoritariamente concebida pela doutrina.

Em primeiro lugar, o aspecto da liberdade de contratar – referente à *liberdade de contratar ou deixar de contratar* – trata do direito que ostenta a pessoa de decidir, segundo suas próprias convicções e conveniências, *se* estabelecerá e *quando* estabelecerá com outrem uma relação jurídica contratual. Em segundo lugar, a liberdade de escolher *com quem* contratar implica dizer que o sujeito poderá escolher livremente – dentre as opções fornecidas pelo mundo da vida – aquele com quem celebrará o contrato. Pelo princípio, a pessoa é livre para sopesar os prós e os contras de contratar com um ou com outro. Por fim, o terceiro aspecto da liberdade de contratar – *a liberdade de estabelecer o conteúdo e a forma de que se revestirá o negócio* – consiste na permissão concedida aos contratantes de redigir as cláusulas contratuais ao sabor de suas conveniências e melhor interesse.⁶⁸

Com efeito, ainda que a lei, por muito, ofereça-lhe tipos com estrutura legal pré-determinada, poderão as partes imprimir ao contrato redação própria, a revelar programa contratual único e indissociável daqueles que contratam. Isso porque o Direito Civil brasileiro permite os contratantes, não obstante a existência de tipos contratuais fornecidos pela lei, a estipulação de negócios atípicos, conforme designado pelo artigo 425 do Código Civil.⁶⁹ Assim, não há óbice legal para que as partes deixem de lado o *default* fornecido pela legislação e assumam seu próprio destino negocial.⁷⁰

⁶⁷ GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 81-82.

⁶⁸ “A faculdade de celebrar um contrato – liberdade de contratar propriamente dita – é considerada um dos desdobramentos da liberdade contratual. Além da possibilidade de contratar ou não contratar, a liberdade contratual implica ainda a escolha do outro contratante e a possibilidade de as partes fixarem autonomamente o conteúdo do contrato, podendo, se assim lhes aprouver, afastar-se dos contratos típicos, ou neles incluir cláusulas diversas das que a legislação supletiva prevê”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. (coord.) *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 6).

⁶⁹ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

⁷⁰ “É no entanto na liberdade de auto-regular os próprios interesses sem ser obrigado a usar um dos tipos contratuais previstos e disciplinados na lei, que reside a essência mesma da autonomia privada. Essa ‘possibilidade criativa’ condensa-se no princípio da atipicidade dos contratos ou na regra do *numerus apertus*, segundo a qual os particulares podem esquematizar em contratos inominados, puros ou mesclados, as operações econômicas que atentem aos seus interesses e não estejam tipificadas na lei”. (GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 82).

Tais aspectos reunidos tornam natural a conclusão de que o contrato, uma vez celebrado, configura-se de cumprimento obrigatório pelas partes nos exatos termos em que fora pactuado. Nesse ponto reside a gênese do princípio da obrigatoriedade dos contratos, comumente referido pelo adágio latino *pacta sunt servanda*. Afinal, se puderam escolher se contratariam ou não, com quem contratariam e, ainda, o conteúdo do contrato, a oposição posterior ao fiel cumprimento do pactuado revelaria, por si só, violação ao direito. Não à toa se dizia que o contrato teria força de *lei*, a indicar que eventual descumprimento deveria ser coibido pelo Estado tal como a violação dos preceitos emanados pela própria legislação.⁷¹

Contemporaneamente, contudo, a doutrina tem identificado, para além do limite interno imposto, primordialmente, pelo princípio da solidariedade constitucional,⁷² algumas limitações legislativas – prévias, genéricas e abstratas – ao princípio da liberdade de contratar. No tocante ao seu primeiro aspecto, fala-se de casos em que a legislação *impõe a contratação*, a excluir a liberdade que teriam os contratantes de escolher se contratariam ou não. Tome-se como exemplo as disposições contidas nos incisos II e IX do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor,⁷³ segundo as quais ao fornecedor é vedada a recusa às demandas dos consumidores e à venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.

⁷¹ “Dentre os princípios clássicos do direito contratual, consagraram-se o da autonomia privada (liberdade das partes – a contemplar a liberdade de contratar e a liberdade contratual⁴⁶¹), o da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), e o da relatividade dos efeitos do negócio (*res inter alios acta*), pelo qual o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Da conjugação dos princípios decorria o apanágio de justo a tudo o que fosse acordado contratualmente: *quid dit contratuellè dit juste*”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 221).

⁷² Sobre os limites internos ao exercício dos direitos, cf. a lição de PERLINGIERI, Pietro: “O direito subjetivo, como as outras situações subjetivas, pode ser limitado. Os limites são internos e externos. Um limite externo que privasse o titular do direito de uma faculdade essencialmente própria do direito seria de natureza excepcional. Todo direito se funda em um interesse e o ordenamento tanto mais reconhece um direito quanto este é exercido no modo correspondente àquele interesse. O limite agora é interno: o titular pode ter os comportamentos (e somente aqueles) que sejam justificados pelo interesse posto como fundamento da situação subjetiva”. (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di dirittocivile*, cit., p. 68 – tradução livre). No original: “Il diritto soggettivo, come la altre situazione soggetive, può essere limitato. I limiti sono interni ed esterni. Un limite esterno che privi il titolare del diritto di uma facoltà essenzialmente própria del diritto sarebbe di natura eccezionale. Ogni diritto si fonda su di um interesse e l’ordinamento in tanto riconosce um diritto in quanto questo sai essercitato nel modo corrispondente all’interesse. Il limite è allora interno: il titolare può tenere i comportamenti (e soltanto quelli) che siano giustificati dall’interesse posto a fondamento della situazione soggetiva”.

⁷³ Código de Defesa do Consumidor, Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais.

A liberdade de escolher com quem contratar não raro também se mostra limitada na ordem contratual contemporânea, em que nem sempre a preferência do contratante se apresenta permitida pelo ordenamento. Pense-se na hipótese do contrato de doação: o doador cônjuge adúltero não poderá, de acordo com o artigo 550 do Código Civil, celebrar o contrato com seu cúmplice no adultério, sob pena de anulação condicionada à interpelação do outro cônjuge ou de seus herdeiros necessários.⁷⁴

A liberdade de os contratantes determinarem o conteúdo do contrato também se mostra suscetível de limitações. Como aponta a doutrina, existem diversos dispositivos normativos de natureza cogente que não poderão ser afastados pelas partes quando da celebração do contrato. Tome-se como exemplo a impossibilidade de se estabelecer, em um contrato de locação, a cobrança antecipada dos alugueis (artigo 42 da lei 8.245/91), a revelar indiscutível limitação à autonomia das partes.

Percebe-se, portanto, que a liberdade de contratar sofre diversas limitações já antepostas pelo ordenamento, pois, como explica Darcy Bessone, há hipóteses em que a liberdade de contratar se mostrará meramente teórica, sob pena de gerar prejuízos ao contratante mais débil.⁷⁵ Nas conhecidas palavras do frei dominicano Henri Dominique Lacordaire, “entre o forte e o fraco, o rico e o pobre, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.⁷⁶

Contudo, não deve o intérprete se satisfazer com a observação dessas limitações antepostas pela legislação. Para além, torna-se necessário, na dinâmica das contratações contemporâneas, a investigação de limitações que incidam *in concreto*.⁷⁷ É dizer: a factualidade – a dinâmica de cada relação contratual – impõe, em muitos casos, à liberdade de contratar outras limitações que não aquelas legalmente estabelecidas e evidenciadas, que deverão ser consideradas pelo intérprete ao avaliar um contrato.

⁷⁴ Código Civil, Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

⁷⁵ BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1987, pp. 42-43.

⁷⁶ No original “*Entre le fort e le faible, le riche et le pauvre, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*”.

⁷⁷ Nesse sentido, cf. a lição de GRAU, Eros: “O que quero dizer é que a interpretação jurídica é mais do que um exercício de simples compreensão ou conhecimento do que está escrito nas leis. Porque a interpretação do direito é sempre voltada à obtenção de uma decisão para problemas práticos. Por isto, interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. (...) O que na verdade existe (...) é uma equação entre interpretação e aplicação. De modo que aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação. Interpretação e aplicação se superpõem” (GRAU, Eros. *Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea*. In: TEPELINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 284).

Como propugna a metodologia civil-constitucional, a factualidade se afigura absolutamente ineliminável do momento cognoscitivo do direito, que, como ciência prática, caracteriza-se por moventes aplicativos,⁷⁸ de modo a determinar a atenção do intérprete às especificidades fáticas em que se realizam as contratações. Afinal, como nota Gustavo Tepedino, “na experiência brasileira, ao contrário do que preconizou Gaston Morin, assiste-se à estranha revolta dos fatos em face (não do legislador, mas) do intérprete, ao qual cabe, em última análise, traduzir a legalidade civil-constitucional. Há que se construir, superando misoneísmos, técnica interpretativa compatível com o tempo das liberdades e das tecnologias”.⁷⁹

Assim, algumas limitações à liberdade de contratar poderão ser verificadas a partir da análise das circunstâncias em que for pactuado o contrato. A *liberdade de contratar ou não*, por exemplo, poderá ser, se não tolhida, ao menos limitada, diante da essencialidade de que determinada contratação pode se revestir para o sujeito contratante. Ainda, em casos de monopólio ou oligopólio, por exemplo, a liberdade que, em tese, teria o contratante de escolher *com quem* contrata ficará, respectivamente, eliminada ou severamente limitada. Por fim, a formulação e imposição de contratos adesivos por uma das partes contratantes podem ser citadas como hipótese de limitação à liberdade de contratar em seu terceiro aspecto.

Especial relevo assume no cenário contemporâneo a limitação da *liberdade de determinar o conteúdo do negócio*. No que toca à *formação* dos contratos, tem-se dito que “a contratação na sociedade massificada rompeu com os paradigmas da concepção contratual clássica”.⁸⁰ Fato é que a dinâmica das contratações contemporâneas obedece a lógica eminentemente diversa daquela sobre a qual foi forjada a disciplina napoleônica do direito dos contratos. Isso porque, como visto, a concepção clássica do contrato partia da igualdade formal entre as partes e do livre consentimento dos contratantes como verdadeiras premissas para a compreensão do fenômeno contratual.⁸¹

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 132.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 419, 2014. p. 419

⁸⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. In.: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 14, out/dez 2017, p. 75.

⁸¹ O fenômeno foi denominado por alguns autores como a *crise do contrato*. Nesse sentido, v. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

No advento do Código de Napoleão, os contratos, tais como ordenados pelo diploma civil, celebravam-se entre pessoas identificáveis, que tinham a possibilidade de discutir a minúcia dos pormenores que regulariam a relação contratual. Atualmente, a sociedade, adjetivada como *massificada*, experimenta uma nova dinâmica contratual.⁸² Longe de se permitir a discussão cláusula a cláusula do conteúdo do contrato, o que se pode observar é a despersonalização e a padronização das relações contratuais. Se antes era possível tratar a celebração do contrato como a grande expressão da autonomia privada, atualmente, no mais das vezes, o que se vê é a formação de contratos em que um dos contratantes apenas adere ao conteúdo que lhe é imposto pelo predisponente.⁸³

Assim, em uma sociedade de hiperconsumo,⁸⁴ multiplicaram-se as contratações padronizadas, em desenfreado processo de *standardização*.⁸⁵ No contexto contemporâneo, o contrato de adesão surge como mecanismo disposto a atender à crescente demanda por celeridade de uma sociedade massificada, tornando-se, em diversos setores da economia, a forma predominante de contratação. Em outras palavras, pode-se dizer que a distribuição em massa corresponde, no plano jurídico, à contratação padronizada.⁸⁶

As limitações ao poder negocial e à liberdade de contratar observadas *in concreto* são elementos estruturantes da vulnerabilidade contratual. Vulnerável, portanto, é aquele cuja autonomia se percebe, em determinado contexto contratual, diminuída, apequenada, limitada ou prejudicada, pelo tolhimento ou limitação de seu poder negocial, traduzido na liberdade de contratar em quaisquer de seus aspectos – liberdade de contratar em sentido estrito (escolha do contratante), possibilidade de

⁸² Atentos à alteração de paradigma na dinâmica contratual, alguns autores, de forma alarmada, anunciaram a chamada *morte do contrato*. Nesse sentido, v. GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

⁸³ “No novo contexto determinado pela política de intervenção do Estado na economia, o *contrato* sofre duas importantes modificações em sua significação e em sua função: 1) deixa de ser simplesmente a expressão da *autonomia privada*; 2) passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais a composição dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes”. (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 15).

⁸⁴ Sobre a sociedade de hiperconsumo, v. LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁸⁵ Assim também observa TARTUCE, Flávio: “Tem contribuído sobremaneira para esse caminho sem volta de padronização a hipercomplexidade contemporânea, com o pluralismo, a velocidade, a ansiedade e o aumento das necessidades contratuais humanas”. *A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil*: visão a partir da teoria do diálogo das fontes, In: Claudia Lima Marques (Coord.). (Org.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1, p. 207.

⁸⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contrato de adesão. *Revista Forense*, v.257, n.73, p.33, mar. 1977.

escolher com quem contrata e possibilidade de determinar o conteúdo do contrato – seja na formação do vínculo seja no decorrer da relação.

1.2 A dinâmica das vulnerabilidades: aspectos conformativos da vulnerabilidade contratual

O termo vulnerabilidade foi inicialmente utilizado em trabalho desenvolvido pela Comissão Nacional de Proteção às Pessoas Sujeitas à Pesquisa Biomédica e Comportamental do Congresso norte-americano, o chamado *Belmont Report*.⁸⁷ Contemporaneamente, permeia diversos campos do direito privado, notadamente o direito do consumidor. A etimologia da palavra remete ao termo latino *vulnus*, que significa ferida. Vulnerável, portanto, é adjetivo que designa aquele que pode ser ferido, enquanto vulnerabilidade designa uma particularidade de quem é vulnerável.⁸⁸

No campo do Direito Civil, a doutrina brasileira percebe a vulnerabilidade como “uma categoria que exprime de forma bastante direta os esforços de satisfação de imperativos de solidariedade social e respeito à dignidade da pessoa humana. Configura mais um instituto construído – ou reconstruído – para tentar adequar a dogmática tradicional do direito privado à ordem constitucional que privilegia a pessoa humana”.⁸⁹

1.2.1 Vulnerabilidade patrimonial v. existencial: contrastes para um delineamento inicial do instituto no Direito dos contratos

Conforme apontado ao início do Capítulo, o escopo deste trabalho, no tocante ao estudo da vulnerabilidade como categoria jurídica, restringe-se ao perfil *patrimonial* e, mais especificamente, *contratual* do instituto, ou seja, à vulnerabilidade relacionada a uma posição de inferioridade relacional, na qual o titular fica suscetível a lesão a seu patrimônio. Não está em mira, portanto, o importante debate a respeito das

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 300.

⁸⁸ “O conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*, ‘que pode ser ferido’, de *vulnerare*, de *vulnus*, ‘ferida’ (...)). (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 38).

⁸⁹ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 99/2015, mai-jun/2015, p. 101-123, p. 101.

vulnerabilidades existenciais, compreendida como as situações jurídicas em que o titular se encontra sob a ameaça de ter sua esfera extrapatrimonial lesionada.⁹⁰

A metodologia civil-constitucional reconhece, nesse contexto, a necessidade de se conferir às situações existenciais tutela qualitativamente diversa da outorgada às patrimoniais.⁹¹⁻⁹² Como já observado alhures,⁹³ adaptar às situações existenciais instrumentos de tutela forjados para as patrimoniais acaba por gerar mais transtornos do que soluções. Os ajustes, quando não embaraçosos,⁹⁴ mostram-se, no mínimo, ineficazes a promover a desejável proteção das novas situações existenciais apresentadas pela contemporaneidade.

A via inversa tampouco será eficaz. Isto é, o recurso a instrumentos direcionados à tutela das situações existenciais para proteger situações eminentemente patrimoniais também se revelará inadequado. Nessa perspectiva, a utilização da categoria da vulnerabilidade existencial – aquela identificada, por exemplo, no idoso e na criança –⁹⁵ ao plano das relações contratuais de feição patrimonial poderá se mostrar antes prejudicial do que benéfica para uma compreensão apropriada do papel

⁹⁰ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 99/2015, mai-jun/2015, p. 101-123, p. 106. Sobre o tema da vulnerabilidade existencial, cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, GUSTAVO; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional – IV Congresso do IBDCivil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁹¹ Na lição de Pietro Perlingieri: “A ordem social pode ser analisada sob dois perfis: o ‘ter’, que pertence à estrutura econômica e produtiva, ao aspecto patrimonial e mercantil da organização social; o ‘ser’, que resguarda o aspecto existência da pessoa com seus direitos e deveres. A primeira categoria inclui a problemática da propriedade, da iniciativa econômica privada e da empresa e, em parte, do trabalho como elemento da produção; a outra, a problemática dos direitos fundamentais da pessoa: direito ao trabalho, à educação, a uma vida livre e digna, à igualdade substancial frente aos outros cidadãos, ao respeito da própria dignidade”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 177).

⁹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, op. cit., pp. 3-34.

⁹³ “É necessário reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-á comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados. O Direito Civil retoma, em renovadas formas, a sua originária vocação de *ius civile*, destinado a exercer a tutela dos direitos civis em uma nova síntese - cuja consciência normativa tem importância histórica (...) entre as relações civis e aquelas econômicas e políticas” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina De Cicco, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34).

⁹⁴ Tome-se como exemplo a bastante comum classificação dos chamados direitos da personalidade sob a ótica do direito patrimonial. Ao dizer que são “indisponíveis” e “irrenunciáveis”, está-se ignorando o contexto real no qual se dão as relações existenciais. Se fosse indisponível o direito à integridade física, a utilização de brincos, por exemplo, estaria vedada pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, cf. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁹⁵ KONDER, Carlos Nelson ; TEIXEIRA, Ana. Carolina Brochado . Crianças e adolescentes na condição de pacientes médicos: desafios da ponderação entre autonomia e vulnerabilidade. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 21, p. 70-93, 2016.

que a vulnerabilidade exerce na interpretação dos mecanismos interventivos nos contratos entre particulares, conforme será estudado no Capítulo III deste trabalho.

Por sua vez, a vulnerabilidade contratual – aspecto do perfil patrimonial do instituto – liga-se diretamente à restrição, presumidamente estabelecida pelo legislador ou efetivamente verificada *in concreto*, de algum aspecto da liberdade de contratar ou, de forma mais abrangente, ao poder negocial da parte.⁹⁶ Dessa forma, a análise da posição ocupada pela parte na dinâmica da relação se torna indispensável à aferição da vulnerabilidade patrimonial no âmbito contratual, de modo que, nessa seara, a vulnerabilidade não se mostra um puro dado apriorístico inerente ao sujeito, conforme se desenvolverá adiante.

Em síntese, pode-se afirmar que a diferença fundamental entre os perfis patrimonial e existencial da vulnerabilidade reside no fundamento e no momento de sua verificação. Enquanto a vulnerabilidade existencial configura-se dado extraível das características intrínsecas da pessoa dita vulnerável, a patrimonial (em particular, a contratual) tem a ver com a restrição da autonomia privada do contratante vulnerado, devendo ser extraída, quando não de uma presunção legal, do programa contratual avaliado.

A própria consolidação do uso da palavra *vulnerável* revela que o perfil existencial do instituto antecedeu o patrimonial. Pois veja-se: *vulnerável*, semanticamente, é aquele que se pode vir a vulnerar (não necessariamente o já *vulnerado*), do que decorre que a figura do vulnerável se conecta a um dado apriorístico do sujeito, que já basta para lhe ser conferida tutela diferenciada pelo ordenamento. Diferentemente da existencial, uma vez que a vulnerabilidade patrimonial não é extraída somente de uma qualidade pura do sujeito contratante,⁹⁷ o rigor técnico imporia a utilização do termo *vulnerado* (ao invés de *vulnerável*), pois todo *vulnerável* no plano contratual o é por já ter sido, de alguma forma, *vulnerado* em algum aspecto de sua autonomia. Contudo, no decorrer desse trabalho se tem valido do termo vulnerável por metonímia, vez que já consagrado nos usos jurídicos.

⁹⁶ V. item 1.2.2, *infra*.

⁹⁷ Como ressaltado, o presente trabalho não abordará as vulnerabilidades chamadas existenciais. Sobre o tema, cf. KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99/2015, Maio – Junho/2015, pp. 101-123: “(...) a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Não obstante a compreensão de que a avaliação da vulnerabilidade contratual deve levar em consideração a posição ocupada pela parte na relação concretamente percebida, não se ignora que, em alguns casos, também poderá ser extraída da lei, como ocorre com a figura do consumidor. Não se trata, contudo, da constatação legal de uma característica imanente ao sujeito contratante – inclusive porque não seria possível ao legislador delinear o perfil de todo consumidor no país –, mas de uma *presunção*, neste caso absoluta, que antecipa o juízo de vulnerabilidade para momento anterior à formação da relação concreta. No mais das vezes, contudo, a vulnerabilidade contratual será extraída, conforme adiantado, de uma limitação do poder negocial traduzido na liberdade de contratar do sujeito, fator que só se poderá identificar na dinâmica da relação contratual *in concreto*.⁹⁸

Alguns autores – notadamente os ligados à dogmática consumerista – compreendem, em viés que pode ser caracterizado como *subjetivista*, a vulnerabilidade contratual ainda como um atributo subjetivo da pessoa do contratante, de maneira análoga à operada pela vulnerabilidade existencial. Assim, vulnerável seria aquele que, ao contratar, estivesse destituído de conhecimento técnico, de informação, etc. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques destaca que a vulnerabilidade teria quatro facetas, dispostas a seguir.

A primeira delas – a *vulnerabilidade técnica* – se extrai do fato de o comprador não possuir conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, poder ser mais facilmente enganado a respeito das características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. Em segundo lugar, a *vulnerabilidade jurídica* consistiria na falta de conhecimentos e meios jurídicos específicos, bem como na ausência de condições para ter acesso a eles. Em terceiro, a *vulnerabilidade fática* (ou econômica) relaciona-se ao fato de que o fornecedor, por sua posição de monopólio, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam, por exemplo, quando um médico adquire um automóvel, através do sistema de consórcios, para poder

⁹⁸ "O contrato é um processo de direito material, inserido num sistema cuja unidade não afeta a presença de vasos comunicantes com outros sistemas", na interpenetração constante entre facticidade e normatividade, que conjuga, a um só tempo, "declaração, autonomia e comportamento no plano da força construtiva dos fatos sociais". Assim, "se faz contrato como processo e não apenas como instrumento, cujo efeito vinculante não se coloca aqui em dúvida". (FACHIN, Luiz Edson. Transições do direito civil. Direito civil: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 65-66). V. tb. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 2006.

atender suas consultas e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios. Por fim, a *vulnerabilidade informacional* residiria no fato de o fornecedor deter as técnicas e o conteúdo informativo, podendo manipular o mesmo, fato que irá colocar o consumidor em situação de vulnerabilidade.⁹⁹

Na mesma linha, Bruno Miragem afirma:

a noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Neste sentido, há possibilidade de sua identificação ou determinação *a priori*, *in abstracto*, ou ao contrário, sua verificação *a posteriori*, *in concreto*, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade.¹⁰⁰

Tal perspectiva, ainda que de notável utilidade didática no tocante aos aspectos em que se manifesta a hipossuficiência do consumidor, não permite compreender o dinamismo de que se reveste a categoria da vulnerabilidade nas relações contratuais. Fato é que em todo contrato haverá alguma desigualdade ou desequilíbrio entre as partes. Não houvesse, não haveria por que contratar. Contrata-se, justamente, para que haja o deslocamento de determinada riqueza (ou risco) de um polo a outro da relação. Dessa forma, sempre existirá, em todo contrato, um desequilíbrio – informacional, técnico, jurídico, econômico, etc. – razão de ser da própria contratação.

Por esse viés, adotando-se a compreensão subjetivista da vulnerabilidade, não seria exagerado concluir que todo contratante poderia ser considerado, em algum aspecto, vulnerável. Diante do impasse, considerar-se-ia vulnerável em uma relação contratual a parte que provasse ostentar o maior número de deficiências pessoais (econômicas, jurídicas, cognitivas, etc.). Tal perspectiva acabaria por esvaziar funcionalmente o instituto, revelando-se inadequada às relações civis.

Por essa razão, não se deve, como alertado, tomar a vulnerabilidade contratual como categoria análoga à vulnerabilidade existencial. Ainda que fatores extrapatrimoniais possam interferir nas relações patrimoniais, os perfis da vulnerabilidade não se devem confundir. Vincular a aferição da vulnerabilidade *somente*

⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁰⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 114.

a aspectos subjetivos do contratante acabaria por impor ao intérprete a impossível tarefa de perquirir, eventualmente, as fragilidades pessoais da parte que influenciem a execução do contrato. Sob essa concepção, correr-se-ia o risco de, a um só tempo, i) gerar indesejável presunção de vulnerabilidade em favor de determinado contratante ou, de forma igualmente prejudicial, ii) afastar a possibilidade de averiguação *in concreto* de uma vulnerabilidade que vá de encontro àquela indevidamente pré-concebida pelo intérprete.¹⁰¹

Afirma-se, portanto, que a vulnerabilidade contratual não se deduz de um dado apriorístico do sujeito contratante, pois não se extrai da simples (e limitada) constatação de suas características subjetivas. Por tal raciocínio não se está a dizer que os aspectos subjetivos da parte são desimportantes à caracterização da vulnerabilidade. A rigor, a vulnerabilidade decorre justamente da interação entre tais características e a posição contratual ocupada pelo contratante que as carrega. Ou seja, o fato de a vulnerabilidade *contratual* tratar de conceito visceralmente vinculado ao programa acordado pelas partes não nega, de maneira alguma, sua permeabilidade às características subjetivas da pessoa do contratante. O que não se admite é a percepção da figura como um dado subjetivo apriorístico completamente desconectado da posição assumida pela parte dita vulnerável, desconsiderando-se o programa contratual em sua completude.

A concepção da vulnerabilidade como um dado imante do sujeito contratante acaba por gerar indesejáveis inconsistências, como, por exemplo, a que se percebe em julgado de junho de 2018, em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deixou de afastar a cláusula de eleição de foro inserida em um contrato de franquia sob o fundamento de que o franqueado, por se tratar de empresário, presumir-se-ia pessoa de “intelecção suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual”,¹⁰² o que afastaria eventual vulnerabilidade contratual.

¹⁰¹ Sobre o problema das preconcepções na hermenêutica jurídica, v. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁰² O acórdão se encontra ementado a seguir: “Agravado de instrumento. Ação anulatória de contrato de franquia. Marca “cartório mais”. Sentença que, nos termos do artigo 64, § 3º do CPC/15, declarou a incompetência do juízo para o processamento e julgamento da causa e, em consequência, determinou a baixa e a redistribuição da demanda a uma das varas cíveis da comarca de Goiânia/GO, face à prevalência de cláusula de eleição de foro existente no contrato que se pretende anular. Cláusula de eleição de foro convencionada pelas partes. Validade. Prevalência. Inaplicabilidade do CDC na relação jurídica travada entre o franqueado e o franqueador. Afastamento da cláusula de eleição de foro convencionada pelas partes, sendo aplicável ou não o CDC, que só ocorre se comprovadas (não apenas afirmada) a vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica, em relação ao franqueador, decorrentes do próprio contrato de franquia que se pretende rescindir, bem como, a impossibilidade de efetuar regular defesa no juízo

Não se discute, ao menos nesse momento, a validade ou não da cláusula de eleição de foro aposta nos contratos de franquia.¹⁰³ A passagem retirada do acórdão somente busca ilustrar de que maneira a compreensão inadequada acerca da vulnerabilidade, vinculando-a tão somente a aspectos subjetivos da parte, acaba por gerar reducionismos indesejáveis ao processo interpretativo (e decisório). Nesse caso, partiu-se de premissa que pode ser resumida na formulação *empresário = não vulnerável*, a invocar um silogismo subsuntivo prejudicial¹⁰⁴ à elucidação do ordenamento do caso concreto.¹⁰⁵

O atrelamento da vulnerabilidade contratual à mera constatação de elementos subjetivos do contratante, sem considerar a posição ocupada e o programa assumido na relação, acaba por gerar prejuízos à avaliação da dinâmica contratual. À luz da inadequada perspectiva, assumindo-se como verdade inafastável, por exemplo, a vulnerabilidade da parte economicamente mais frágil, ignora-se eventual superioridade de poder negocial ou de conhecimento técnico que pode estar inserida na relação.

contratualmente eleito a gerar prejuízos ao exercício da ampla defesa (abusividade), em situação de nítida ausência de equilíbrio contratual entre os contratantes, o que não restou verificado no caso em tela. Agravante que é empresário, não sendo pessoa desprovida de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual. Confirmação da sentença. Honorários sucumbenciais recursais. Desprovemento do recurso”. (TJRJ, AI nº 0055752-59.2017.8.19.0000, 19ª Câmara Cível, rel. Des. Lúcio Durante, julgamento em 12.06.2018, DJe em 15.06.2018).

¹⁰³ O debate será realizado no Capítulo III, item 3.3.1, *infra*.

¹⁰⁴ “Não se trata de questão meramente terminológica. A subsunção parte de duas premissas equivocadas: (i) a separação do mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos, no qual aquelas devem incidir; (ii) a separação entre o momento da interpretação da norma abstrata (premissa maior) e o momento da aplicação ao suporte fático concreto (premissa menor). Como consequência, admite-se que, em tese e de antemão (em relação ao momento da incidência da norma), haveria valorações legítimas efetuadas pelo legislador, normas de conduta às quais deve se moldar, em abstrato, a sociedade” (TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 444). V., ainda: “Entretanto, a despeito da racionalidade lógica do silogismo, há duas premissas equivocadas que autorizam a subsunção. A primeira delas é a separação entre o mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos no qual aquelas devem incidir, já que, a rigor, o direito se insere na sociedade e, por conseguinte, os textos legais e a realidade mutante se condicionam mutuamente no processo interpretativo. Em segundo lugar, a subsunção distingue artificialmente o momento da interpretação da norma abstrata (identificação da premissa maior) e o momento da aplicação da norma ao suporte fático concreto (enquadramento da premissa menor ao texto normativo). Contrariamente a tal compreensão, não é possível interpretar a norma aplicável sem levar em conta a hipótese fática que, por sua vez, se encontra moldada pelas normas de comportamento estabelecidas pelo direito (o qual condiciona a atuação individual). Daí a unicidade da interpretação e aplicação, sendo falsa a ideia de que haveria normas ideais em abstrato, capazes de tipificar e captar as relações jurídicas em concreto”. (TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, vol. 419, 2014, p. 77).

¹⁰⁵ “Em consequência, a hermenêutica remodela-se por completo. A unidade na complexidade do sistema passa a impor ao intérprete papel construtivo na elucidação do ordenamento do caso concreto. Em cada decisão, o operador deverá realizar a ponderação dos diversos vetores incidentes na espécie, aplicando não o dispositivo de lei isoladamente, mas perquirindo o ordenamento jurídico em sua inteireza, complexo, heterogêneo e unitário, a fim de individualizar a solução jurídica compatível com a hierarquia de valores constitucionalmente traçada”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 213).

Ainda, a compreensão da vulnerabilidade como a falta de determinada competência subjetiva do contratante – seja ela econômica, cognitiva, jurídica, etc. – impõe ao intérprete que verifique (sabe-se lá como) as fragilidades a que se submete cada parte no momento da contratação, gerando perversa presunção no sentido de que alguns – mais notadamente os empresários – não seriam pessoas “desprovidas de inteligência” e que outros, *a contrario sensu*, mereceriam proteção jurídica justamente por o serem.

A verdade é que a vulnerabilidade – em seu perfil patrimonial-contratual – não se deve compreender como sinônimo de falta de inteligência ou de capacidade econômica. O entendimento técnico rigoroso a respeito de tão relevante conceito exige que se deixe de lado a acepção estritamente subjetiva para que se passe a adotar, em observância da civilística contemporânea,¹⁰⁶ um conceito objetivado do fenômeno da vulnerabilidade.

Portanto, melhor compreender a vulnerabilidade – quando não presumida de forma absoluta pelo legislador – como um dado extraível da relação contratual *in concreto*, o que se poderá averiguar tanto no momento da gênese do pacto quanto ao longo de seu desenvolvimento. Para a identificação de vulnerabilidades contratuais em seu perfil patrimonial, os aspectos existenciais de cada sujeito terão importância à medida que inseridos (na) dinâmica da contratação.

Nessa linha, Paulo Luiz Netto Lôbo define vulnerabilidade como o “reconhecimento pelo direito de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção”.¹⁰⁷ De fato, sob o prisma patrimonial, a vulnerabilidade não se refere primordialmente à pessoa do contratante, mas à *posição contratual* ocupada por ele. A avaliação das condições pessoais do contratante devem ser, portanto, *objetivadas* à luz do programa contratual.

Delimitado o âmbito de investigação da vulnerabilidade ao seu perfil patrimonial a se manifestar nas relações contratuais, tem-se que o conceito assume relevante papel no contexto da ordem contratual contemporânea, notadamente marcada

¹⁰⁶ É notória a preferência pelo Direito Civil contemporâneo da utilização de parâmetros objetivos, em franca superação de subjetividades. Nesse sentido caminham a Responsabilidade Civil e o princípio da boa-fé, objetivados na contemporaneidade.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 162.

por mecanismos interventivos nas pactuações privadas. Isso porque tais mecanismos encontram na vulnerabilidade – direta ou indiretamente – fundamento para a sua ativação ou, ao menos, um bom vetor interpretativo de seus critérios de aplicação, já que, no mais das vezes, as intervenções visam a tutelar o contratante em posição de vulnerabilidade.

Em verdade, conforme será desenvolvido no Capítulo III, a vulnerabilidade contratual não deve servir, a todo o tempo, de fundamento ao intérprete para lançar mão de instrumentos de interferência nos contratos entre particulares. Apesar de, por vezes, cumprir tal papel, funcionará a vulnerabilidade, na maioria dos casos, como *vetor interpretativo* dos mecanismos interventivos colocados à disposição do intérprete pelo ordenamento (v. introdução ao Capítulo III, *infra*). Assim, torna-se, nesse ponto, necessário analisar de que maneira a vulnerabilidade é conformada contemporaneamente no âmbito do direito dos contratos para, em momento posterior, ser possível avaliar sua relação com os denominados mecanismos interventivos.

1.2.2 A vulnerabilidade contratual como síntese ponderativa dos fatores vulnerantes objetivamente averiguados *in concreto*

Se não extraída puramente dos atributos subjetivos – ou da falta deles – da pessoa contratante, investiga-se de onde surge, ou melhor, o que torna presente a vulnerabilidade em determinada posição na dinâmica de uma relação contratual. Como visto, a vulnerabilidade liga-se indissociavelmente à restrição do poder negocial de um dos polos da relação contratual. Em rápida síntese, pode-se dizer que vulnerável é aquele que tem seu poder negocial, por alguma razão, reduzido ou prejudicado. Trata-se, em outras palavras, de limitação à autonomia do contratante.

Conforme estudado, a autonomia privada se traduz diretamente na liberdade de contratar, que, como visto, revela-se em três aspectos: *i)* liberdade de contratar *stricto sensu*; *ii)* liberdade de escolha do contratante, *iii)* liberdade de determinar o conteúdo do contrato. Ocorre que sobre algum (ou alguns) dos mencionados aspectos podem recair limitações ou, até mesmo, é possível que algum deles seja totalmente suprimido.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Em perspectiva crítica às limitações à autonomia privada, cf. CORDEIRO, António Menezes: “As limitações à autonomia privada não devem fazer esquecer que ela domina, por definição o Direito privado”. (CORDEIRO, António Menezes. *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º Volume, 2ª ed.: Livraria do Advogado Editora, p p. 351). V. tb. “Tratando-se de relações jurídicas de direito privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso, seus melhores defensores”. (AMARAL,

O menoscabo da liberdade de contratar em algum de seus aspectos revelará ao intérprete *fatores vulnerantes*, de cuja síntese se poderá extrair a vulnerabilidade, tendo em vista que eventuais limitações à liberdade de contratar geram necessariamente ao contratante a redução de seu poder negocial.¹⁰⁹ Assim, são fatores vulnerantes i) a restrição à liberdade de contratar *stricto sensu*; ii) a restrição à liberdade de escolher o contratante; iii) a restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato. Soma-se a eles um quarto fator vulnerante, iv) a dependência contratual em sentido amplo, também hábil a gerar prejuízos ao poder negocial do contratante.

Como já estudado, a liberdade de contratar em sentido estrito se traduz na possibilidade de o indivíduo decidir se celebrará ou não determinado contrato. Trata-se da mais basilar manifestação da autonomia privada. A prerrogativa de escolher se *contrata ou não* denota que, uma vez decidindo pela contratação, o agente o fez no pleno exercício de sua liberdade.¹¹⁰

Nessas hipóteses – desconsiderando-se a ocorrência de outros fatores limitativos à liberdade, que serão estudados adiante – o direito dos contratos deve preservar o pacto tal como fora celebrado, dificultando (ou impossibilitando) o manejo de mecanismos interventivos perante avenças pactuadas em plena liberdade. Como visto, na ordem contratual contemporânea, a ativação de mecanismos interventivos relaciona-se, no mais das vezes, à proteção do contratante em situação de vulnerabilidade. Não havendo posição de vulnerabilidade, portanto, torna-se mais dificultosa a interferência no ajuste privado.

O contrário ocorre quando determinada contratação *se impõe* ao sujeito de direito. Hipóteses nas quais ou não lhe competirá opinar de todo a respeito da

Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 213).

¹⁰⁹ “O contrato é veículo livre de desenvolvimento da personalidade, meio de realização da dignidade humana. Se, em virtude da disparidade de poderes, for excluída a liberdade de decisão de uma das partes, não haverá nem liberdade como justiça contratual, pois a autodeterminação requer justa conformação de interesses”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 19).

¹¹⁰ “A liberdade de celebração dos contratos consiste na faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração. Segundo tal princípio, a ninguém podem ser impostos contratos contra a sua vontade ou aplicadas sanções por força de uma recusa de contratar e a ninguém pode ser imposta a abstenção de contratar. Se uma pessoa quiser, pode celebrar contratos; se não quiser, sua recusa é legítima”. (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 95).

celebração do negócio ou não lhe serão fornecidas no contexto em que está situado alternativas razoáveis à contratação. Por alguma razão, terá de contratar.

Os casos de mais fácil observação se inserem no contexto de contratações ditas de suma necessidade.¹¹¹ Contudo, não se exige, para a caracterização do fator vulnerante ora analisado, que o contrato seja de importância vital para a parte. Basta que das circunstâncias se possa extrair que a alternativa de não contratar importaria à parte prejuízo irrazoável, tomando-se em conta aspectos pessoais do contratante e o contexto social em que se insere o contrato.¹¹²

Imagine-se o caso em que o sujeito celebra com uma operadora de telefonia um contrato de fornecimento de um pacote de dados para uso de *internet*. O mercado de trabalho contemporâneo em determinados centros urbanos exige do trabalhador que disponha de acesso ininterrupto à rede mundial de computadores, o que torna a referida contratação, de certa forma, imprescindível para que exerça satisfatoriamente sua profissão. Pondo-se de lado outros aspectos atinentes ao uso da internet (como acesso a entretenimento, informação, etc.) e dando enfoque somente à necessidade de inclusão no mercado de trabalho, poder-se-ia contra-argumentar que o contrato não seria indispensável ao indivíduo caso exercesse outra atividade laborativa. De fato, o acesso à internet não se mostra indispensável a toda sorte de trabalho. Contudo, não se pode deixar de perquirir as especificidades concretas da pessoa do contratante e da sociedade em análise. Em um contexto no qual grande parte da população economicamente ativa dos grandes centros urbanos necessita de acesso à internet para se inserir plenamente no

¹¹¹ Tome-se como exemplo os contratos cativos, definidos por MARQUES, Cláudia Lima como “uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais de contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de catividade ou dependência dos clientes, consumidores. Esta posição de dependência, ou como aqui estamos denominando de catividade, só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família status, segurança, crédito renovado, escola ou formação universitária certa e qualificada, moradia assegurada ou mesmo saúde no futuro”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79).

¹¹² “Nessa medida, o primado da dignidade humana comporta o reconhecimento da pessoa a partir dos dados da realidade, realçando-lhe as diferenças, sempre que tal processo se revelar necessário à sua tutela integral. A abstração do sujeito, de outra parte, assume grande relevância nas hipóteses em que a revelação do dado concreto possa gerar restrição à própria dignidade, ferindo a liberdade e a igualdade da pessoa. A coexistência das duas construções – do sujeito e da pessoa –, sempre funcionalizadas à tutela da dignidade humana, coloca o intérprete, desse modo, frente ao desafio de promover a ‘compatibilidade entre o sujeito abstrato e o reconhecimento das diferenças’”. (. TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 18).

mercado, cairia por terra eventual argumento de que tal contrato configuraria um supérfluo capricho social.

Conclui-se, portanto, a dizer que, demonstrada *in concreto* a necessidade de internet para integrar o mercado de trabalho, a contratação se configuraria necessária, do que se permite concluir que há, no bojo desta ilustrativa relação contratual, verdadeira limitação à liberdade de contratar em sentido estrito, pois ao contratante não foi dado decidir se contrataria ou não, tendo em vista que a opção pela não contratação lhe imporia prejuízo irrazoável. No caso, a exclusão do mercado de trabalho especificamente considerado.¹¹³

Assim, estaria caracterizada a ocorrência do primeiro fator vulnerante: a limitação ou exclusão da liberdade de contratar em sentido estrito, nas hipóteses em que ao sujeito se impõe, por razoáveis razões objetivamente aferíveis *in concreto*, que celebre determinado contrato, sob pena de, assim não o fazendo, submeter-se a relevante prejuízo no exercício de algum direito seu.

Muitas vezes, apesar de ao sujeito caber a escolha de negociar – a permanecer incólume sua liberdade de contratar em sentido estrito –, não será possível, uma vez decidindo contratar, a escolha de *com quem* irá celebrar a avença. Evidencia-se, assim, um segundo fator vulnerante, que consiste na restrição à escolha do outro contratante.

O referido fator encontra-se com mais facilidade em mercados mono ou oligopolizados, marcados pelo número restrito de opções para se relacionar. Tome-se como exemplo o caso de uma companhia que presta serviços de apoio marítimo no mar territorial brasileiro. Grande parte das operações desse mercado são contratadas pela Petrobras, razão pela qual fica evidente a existência do referido fator vulnerante em tais contratações.

Como aludido, os fatores vulnerantes relacionam-se diretamente com a restrição do poder negocial de um dos polos da relação. Por óbvio, se ao contratante não são dadas opções em um mercado de livre concorrência para que possa negociar

¹¹³ “O princípio da dignidade da pessoa humana, como bem se pode observar, deve fazer referência à proteção da pessoa concreta, não se reduzindo ao ‘sujeito virtual’ abstratamente considerado, reputado como mero elemento da relação jurídica ou centro de imputação”. (FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, 2008, p. 102).

contratos que lhe sejam mais vantajosos, não restam dúvidas de que seu poder negocial se revela, nesses casos, limitado, razão pela qual se nota mais um fator vulnerante.

O terceiro fator apresentado trata justamente da limitação diretamente imposta à possibilidade de negociação do conteúdo do contrato. Nessas hipóteses, ao contratante é dado tão somente optar por aceitar o contrato em sua inteireza ou recusá-lo. Trata-se do fenômeno da contratação adesiva.

O contrato de adesão não diz respeito a um tipo contratual nem ao objeto do contrato propriamente dito. Configura, em verdade, um método de contratação. Nesse sentido, afirma Caio Mário da Silva Pereira que o contrato de adesão forma-se “pela adesão de uma parte à declaração de vontade estereotipada da outra”.¹¹⁴ É lugar comum em doutrina se dizer que o traço caracterizador do contrato de adesão reside no poder que detém um dos contratantes (proponente) de pré-estabelecer os dispositivos componentes do instrumento contratual, enquanto que ao outro (oblato) caberá tão somente aceitar os termos propostos – tornando-se, assim, *aderente* – ou rejeitá-los.

O problema que se impõe ao intérprete é justamente o de conjugar a necessidade de celeridade e despersonalização das contratações contemporâneas com a afirmação dos valores constitucionais nas relações privadas. Nesse aspecto, surgem para a civilística grandes desafios no que toca à sistemática dos contratos de adesão, que viabiliza as contratações na sociedade contemporânea compreendida como massificada ou, ainda, de hiperconsumo.¹¹⁵ No âmbito dos contratos adesivos, tem-se que “o consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica”.¹¹⁶ Em didática expressão popular: é pegar ou largar.

Diante de um contrato de adesão, caberá a uma das partes apenas aceitar, *em bloco*, as cláusulas estabelecidas pela outra, manifestando-se o consentimento como simples adesão ao conteúdo preestabelecido da relação jurídica. Justamente pela ausência de *contratualidade* plena, algumas vozes se levantaram desde o limiar do

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 63.

¹¹⁵ Sobre a temática da *massificação* na sociedade contemporânea, cf. VARGAS LLOSA, Mario, A civilização do espetáculo, Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 35: “Massificação é outra característica, aliada à frivolidade, da cultura de nosso tempo”.

¹¹⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.109.

século XX contrariamente à caracterização do instituto como contrato propriamente dito.¹¹⁷

A controvérsia desenvolveu-se na França, tendo muitos juristas se manifestado favoravelmente à designação do contrato de adesão como contrato. Georges Ripert, por exemplo, não confere ao instituto natureza própria. Para o jurista, tratar-se-ia de contrato, a se distinguir apenas pelo modo pelo qual o consentimento se manifesta.¹¹⁸ O presente trabalho não comporta maiores digressões a respeito do contorno histórico da disciplina dos contratos de adesão.¹¹⁹

O Código de 1916 não tratou do instituto,¹²⁰ que só ganhou contornos legislativos no Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, no Código Civil de 2002. A definição legal do contrato de adesão nas relações de consumo é trazida pelo artigo 54 do CDC, que dispõe:

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

Posto que a definição do instituto tenha sido introduzida no direito brasileiro pela legislação consumerista, deve-se ressaltar que a disciplina dos contratos de adesão – e, conseqüentemente, a tutela do aderente – não se restringe às relações de consumo. Afinal, como se depreende da doutrina especializada, “o que é essencial no contrato de

¹¹⁷ SALEILLES, Raymond. De la déclaration de volonté. *Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Allemand*. Paris: LGDJ, 1929, pp. 229 e ss. Nesse sentido, v. WERNER, José Guilherme Vasi. Adesão, abusividade e vulnerabilidade: uma vinculação necessária? In: *Direito Privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. Fernando Legal (org.), Rio de Janeiro: Malheiros, 2011, pp. 189-190: “Inicialmente, as primeiras impressões sobre o fenômeno do contrato de adesão eram no sentido de negar a própria natureza de contrato, tendo em vista a ausência de manifestação de vontade do aderente em relação à estipulação do programa contratual. Um dos principais defensores dessa corrente anticontratualista foi o francês Raymond de Saleilles, para quem o fenômeno remetia a uma declaração unilateral de vontade, e, como tal, deveria ser tratada”.

¹¹⁸ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2000. pp. 104-105.

¹¹⁹ Para um panorama geral do desenvolvimento histórico do instituto do contrato de adesão, v. por todos, SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais*: limites à autonomia negocial nos business contracts. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2015, pp. 20 e ss.

¹²⁰ Diante da expansão das contratações massificadas, a ausência de normatização da disciplina atinente aos contratos de adesão foi notada por alguns autores brasileiros. Dentre eles, destaca-se GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

adesão é a ausência de debate prévio entre as partes, com a predeterminação unilateral do conteúdo contratual”,¹²¹ o que pode ocorrer também em relações não-consumeristas.

O Código Civil de 2002, atento ao fenômeno da massificação das contratações, dispôs sobre os contratos de adesão em seus artigos 423 e 424.¹²² As previsões legislativas do CDC e do Código Civil não se excluem, guardando cada uma delas, à luz da unidade do ordenamento, potencialidade específica à tutela do aderente (consumidor ou não) em cada caso concreto. Nessa esteira, reconheceu o Enunciado nº 171 da III Jornada de Direito Civil organizada pelo Conselho da Justiça Federal – CJF, que “o contrato de adesão, mencionado nos artigos 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo”.

Significa dizer, portanto, que a tutela do aderente não se vincula à tutela do consumidor, devendo ser observada também quando relações civis ou até mesmo empresariais sejam celebradas pelo método adesivo. A proteção do aderente justifica-se, ao revés, em um desequilíbrio – não já econômico ou informacional, mas – contratual puro. Em outras palavras, tutela-se o aderente em razão de sua limitada (ou excluída) possibilidade de influenciar no conteúdo da avença à qual se submete.

A desigualdade de poder negocial sempre foi apontada como principal fundamento para a tutela do aderente, uma vez que, por esse método de contratação, a autonomia da parte aderente é reduzida, no mais das vezes, à escolha entre aceitar (aderir ao) o conteúdo contratual *in totum* ou recusar-lhe adesão. Assim, a proteção legislativa do aderente se justificaria na tentativa de impedir abusos por parte daquele que predispõe o conteúdo do contrato.¹²³

¹²¹ SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais* : limites à autonomia negocial nos business to business contracts. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2015, p. 32.

¹²² Código Civil. Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

¹²³ Há quem vincule a tutela do aderente à proteção do contratante que detivesse menor poderio econômico. Tal entendimento não se justifica, uma vez que o âmbito de proteção do aderente é sensivelmente maior. Nesse sentido, veja-se SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais* : limites à autonomia negocial nos business to business contracts. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – citando GENOVESE, Anteo. *Le condizioni generali di contratto*. Padova: CEDAM, 1954. p.141-143: “(...) segundo Anteo Genovese, a opinião antes exposta, apesar do mérito de trazer luz para determinados aspectos da realidade econômica, tem a falha de não ter presente todo o âmbito de aplicação da disciplina das condições gerais do contrato. Para o autor, a equação predisponente como sujeito economicamente mais forte constitui critério jurídico impreciso, tendo em vista a incerteza e a variabilidade dos fatores econômicos que concorrem para formar aquela situação de prevalência.¹⁵² Nesse sentido, é possível que

Importante ressaltar, nesse sentido, que nem sempre há desigualdade econômica entre aqueles que contratam adesivamente. O que caracteriza o contrato como de adesão é a assimetria de poder negocial.¹²⁴ Tampouco se baseia a proteção do aderente em um pretense desconhecimento dos termos do contrato. Circula socialmente a ideia de que ao aderente deve ser concedida tutela jurídica especial em razão do desconhecimento que teria de todas as cláusulas contratuais. Partir-se-ia da premissa de que o contratante-aderente se atentaria somente às cláusulas essenciais do contrato, ignorando as demais.

Por óbvio, uma vez disponibilizado o conteúdo de todo o contrato adesivo, caberá ao aderente cumprir com o dever de diligência de se informar para, posteriormente, celebrar o contrato. Parece inadequada, portanto, a transferência para o predisponente dos riscos gerados pela ignorância do conteúdo de certas cláusulas pelo aderente. Tal não parece ser o melhor fundamento para as especificidades normativas que circundam o contrato de adesão.

Assim, reside na assimetria de *poder negocial* o fundamento legítimo da tutela do aderente. Para Teresa Negreiros, tal assimetria justifica, a partir do princípio do equilíbrio contratual, a criação de mecanismos de tutela do aderente, a resguardar o equilíbrio entre as posições econômicas dos contratantes em relação ao conteúdo e aos efeitos do contrato.¹²⁵ A referida assimetria traduz, portanto, mais um fator vulnerante, dada a redução do poder negocial do contratante aderente.

Por fim, chega-se à *dependência contratual*, último dos quatro fatores vulnerantes listados acima, cujo *locus* de incidência reside nos denominados contratos de colaboração, que se situam, em uma escala de medição do fator cooperativo, *entre* os contratos de intercâmbio¹²⁶ e os contratos de sociedade.¹²⁷ Nesse sentido, os contratos

operador do mercado econômico, como grande comerciante ou industrial, encontre-se na posição de aderente, em contrato entre duas sociedades empresárias”.

¹²⁴ “Nos contratos de adesão regidos pelo Código Civil as normas especiais direcionam-se para a estrutura contratual; como o foco é objetivo, não há necessidade de perquirir sobre a vulnerabilidade de uma das partes, bastando que o contrato seja classificado como de adesão”. (ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. A interpretação das cláusulas do contrato de adesão pelos princípios da boa-fé e equilíbrio nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, 2016, p. 388).

¹²⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.158-159.

¹²⁶ “Nos contratos de intercâmbio, o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito da outra. O exemplo típico é a compra e venda: mais alto o preço que Tício consegue obter pela alienação de suas ovelhas a Caio, maior a vantagem de Tício, em detrimento da de Caio. *Aqui, os interesses das partes são contrapostos*”. (FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 179).

de colaboração firmam-se entre partes juridicamente autônomas, que absorvem riscos distintos, embora interdependentes.¹²⁸ Tais relações contratuais são regidas por um espírito de solidariedade de interesses, que justifica a cooperação entre as partes, de modo que o sucesso empresarial de um refletirá no sucesso do outro.

Evidentemente, a colaboração configura dever imposto pela cláusula geral da boa-fé objetiva em todos os contratos e não apenas naqueles ditos colaborativos.¹²⁹⁻¹³⁰ Apesar disso, não se pode deixar de notar que haverá ajustes em que a cooperação se mostrará integrante do fim negocial, o que permitirá, ao final, a classificação do contrato como colaborativo. De todo modo, é de se reconhecer que a distinção entre o dever de cooperação ínsito a esses contratos e os demais se mostra meramente quantitativa.

Nessa ambiência, faz-se necessária especial atenção do intérprete à *dependência contratual*. A colaboração entre contratantes em prol de um empreendimento comum, longe de ser um campo livre de disputas, revela-se terreno fértil para a incidência desse fator vulnerante cujos efeitos deverão ser minorados pelo julgador.

Em síntese, nos contratos colaborativos, evidencia-se a dependência contratual à medida que um contratante não puder, por si próprio, cumprir determinada obrigação – ou feixe de obrigações – sem a efetiva cooperação da outra parte.¹³¹ Na sabedoria

¹²⁷ “A doutrina indica que caracterizam as sociedades em geral: [i] fim comum; [ii] contribuições dos sócios e [iii] *affectio societatis*, esta última identificada como a vontade de suportar áleas comuns, arcando todos os sócios com as eventuais perdas decorrentes da atividade e pertencendo o lucro a todos”. (FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 181).

¹²⁸ FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52.

¹²⁹ Nesse sentido, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 439. Ainda, v. NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In.: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹³⁰ FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.p. 66: “De toda forma, o tratamento jurídico dado à noção de cooperação após a Constituição da República de 1988 foi qualitativamente alterado. Se antes de sua promulgação se poderia dizer que o credor deveria colaborar com o devedor, mas em uma perspectiva ainda voltada atomisticamente aos interesses do segundo, agora há de assumir que o dever de colaboração vai mais além do que os interesses individuais e momentâneos das partes contratantes; é baluarte, sim, do interesse social maior de que vigore em toda a teia de relacionamentos sociais o sentido do agir solidário. O fundamento, vê-se, é substancialmente mais profundo no ordenamento jurídico atual”.

¹³¹ “Este [o dever de colaboração e cooperação] opera em uma via de duas direções: tanto cabe ao devedor executar a sua obrigação da maneira mais proveitosa ao credor, quanto cabe a este – mais do que não criar empecilhos – ensejar o cumprimento da prestação pelo devedor”. (FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.p. 64).

popular, diz-se que um contratante está “nas mãos” do outro, já que, sem o seu auxílio, não poderá executar o acordado.

Por via da dependência contratual – fator vulnerante objetivamente averiguado *in concreto* –, algumas características subjetivas do contratante poderão influenciar no juízo de vulnerabilidade, desde que digam respeito ao programa contratual considerado, não se confundindo, assim, como a hipossuficiência.¹³² Ainda, ressalta-se que a perquirição da incidência do fator vulnerante, conforme se desenvolverá adiante, deve se dar a respeito de cada aspecto específico da relação contratual. Desse modo, a incidência do referido fator vulnerante em determinada particularidade do contrato não permite concluir que tal contratante é integralmente dependente.

Pode-se concluir, assim, que nenhum contratante será 100% dependente. Haverá, no bojo da relação contratual, obrigações para cujo cumprimento o contratante dependerá de medidas cooperativas e outras em que estas não se farão necessárias. Apenas nas primeiras incide a dependência contratual, que atuará como vetor interpretativo de mecanismos interventivos eventualmente associados a essas obrigações *dependentes*.

Tome-se como exemplo um franqueado de uma rede de *fast-food* que não possui domínio técnico do procedimento de fritar batatas. Não obstante, confia que o franqueador, em dever de colaboração contratualmente previsto, fornecer-lhe-á cursos e manuais para que possa, a partir do conhecimento adquirido, adimplir com seu dever contratual. Nesse caso, a interpretação de eventual (des)cumprimento desta prestação em particular pelo franqueado não poderá deixar de considerar a incidência da dependência contratual. Não significa dizer, como alertado, que o franqueado é um dependente contratual pleno, já que para cumprir outras tantas obrigações *não* dependerá da cooperação do franqueador, conforme será assinalado no Capítulo II (v. item 2.3.2, *infra*).

Uma vez compreendidos os fatores vulnerantes que geram restrição ao poder negocial das partes, resta responder à indagação que acompanhou o leitor por este primeiro capítulo: o que é, afinal, a vulnerabilidade contratual? Com efeito, a

¹³² Nesse sentido, v. a lição de FORGIONI, Paula, a respeito da dependência econômica: “(...) a eventual situação de dependência econômica não autoriza a pressuposição de hipossuficiência, apenas ilumina a compreensão do contexto contratual e a interpretação da avença”. (FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 268).

investigação se mostra de grande valia para a contratualística contemporânea, vez que a busca pela limitação dos efeitos da vulnerabilidade corresponde à vedação ao abuso do poder negocial, que não se tolera em direito.¹³³ Antes de fornecer resposta à pergunta formulada, cumpre, em breve parênteses, esclarecer o que *não é* a vulnerabilidade contratual.

Tem-se que a vulnerabilidade contratual *não* deve ser compreendida como o resultado de uma inequação matemática formulada a partir das carências pessoais de cada contratante, da qual se poderia – inadvertidamente – extrair que vulnerável seria a parte que reunisse o maior o número de deficiências. Tampouco se mostra correto afirmar que a vulnerabilidade é extraída de inequação análoga aplicada (não já às subjetividades de cada parte, mas) aos fatores vulnerantes que se impõem a cada um dos polos do contrato. Não se trata, portanto, de simples operação matemática a determinar aquele que sofre de maior carência de poder negocial e que, por consequência, deve ser tutelado.

Fechados os parênteses, tem-se que a vulnerabilidade contratual deve ser extraída de um juízo realizado concretamente, tomando-se como parâmetro não apenas os fatores vulnerantes incidentes, mas também o programa contratual economicamente considerado, tudo isso à luz do aspecto contratual em que se busca identificar o advento da vulnerabilidade contratual. Trata-se do que se pode chamar de um *juízo de vulnerabilidade*, do qual se extrai que a vulnerabilidade contratual consiste na *síntese ponderativa dos fatores vulnerantes objetivamente averiguados in concreto*. Submetendo o conceito à análise, tem-se que a vulnerabilidade contratual provém de uma *síntese dos fatores vulnerantes*, isto é, da reunião de cada fator vulnerante que incide sobre determinado aspecto contratual.

Diz-se, outrossim, que os fatores vulnerantes devem ser *averiguados objetivamente*, a significar que a avaliação dos fatores vulnerantes se vincula à dinâmica do programa contratual objetivamente apreciado, não se limitando a considerações de aspectos pessoais de cada contratante, que ganharão importância apenas se (e na medida em que) importarem ao referido programa contratual.

¹³³ “O exercício de poder implica submissão do outro”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 161.

Ainda, a vulnerabilidade será aferível a partir da investigação *in concreto* dos fatores que recaiam sobre cada um dos polos contratantes, isto é, considerando-se o específico aspecto contratual em que se insere a problemática.¹³⁴ A necessidade de avaliação *in concreto* permite concluir que haverá aspectos contratuais em que uma posição contratual se mostrará vulnerável e outros em que não lhe incidirá nenhum fator vulnerante, não assumindo a vulnerabilidade, portanto, relevância na tutela do interesse da parte que a ocupa. Nessa perspectiva, também se torna possível inferir que, em uma mesma relação contratual, não há óbice à caracterização de ambas as posições como vulneráveis, desde que considerados aspectos contratuais distintos. Assim, em ótica civil-constitucional, o dever de averiguar concretamente a vulnerabilidade vai ao encontro da imposição ao intérprete da busca pela elucidação do ordenamento do caso concreto.¹³⁵

Por fim, note-se que a síntese dos fatores vulnerantes se qualifica como *ponderativa*. Significa dizer que deverá ser realizada em ponderação dialética com o programa contratual integralmente considerado.¹³⁶ Em outras palavras, para a averiguação da vulnerabilidade contratual, o intérprete, considerando o aspecto contratual *in concreto*, deverá avaliar, de um lado, a incidência dos fatores vulnerantes no referido aspecto e, de outro, o programa contratual em que se inserem os riscos

¹³⁴ “O estudo do direito não pode ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências emergentes”. (Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 3ª ed., p. 55).

¹³⁵ Na lição de Pietro Perlingieri: “O ordenamento, todavia, não se exaure na complexidade de sua gênese legislativa e normativa; a complexidade do ordenamento é dada pelo impacto com o sistema sociocultural de atribuição, que não é aspecto factual privado de capacidade condicionante. Mas é aspecto estrutural conformativo e adequador e, portanto, realmente conteudístico do *ius*. *Societas* é cultura, e esta vive no momento aplicativo, criativo do ordenamento do caso concreto, através também da cultura dos operadores, juízes, advogados, notários, funcionários. Desse modo, a experiência enriquece a norma, plasmando-a e tornando-a efetiva”. (PERLINGIERI, Pietro. *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, vol. 1/05, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 192 – tradução livre). No original: “L’ordinamento, tuttavia, non si esaurisce nella complessità della sua genesi legislativa e normativa; la complessità dell’ordinamento è data dall’impatto con il sistema socio-culturale di appartenenza, che non è aspetto fattuale privo di capacità condizionante. Ma à aspetto strutturale conformativo e adeguatore e, quindi, realmente contenutistico dello *ius*. *Societas* è cultura, e questa vive nel momento applicativo, creativo dell’ordinamento del caso concreto, attraverso anche la cultura degli operatori: giudici, avvocati, notai, funzionari. In tal modo l’esperienza arricchisce la norma, la plasma e la rende effettiva”.

¹³⁶ Sobre a importância do programa contratual à avaliação da justiça do contrato, cf. lição de TERRA, Aline Miranda Valverde: “Significa, então, que se deve abandonar a análise voluntarista do equilíbrio das posições contratuais, em homenagem à investigação pautada no específico programa contratual voltado à realização dos interesses perseguidos pelas partes. A justiça contratual deixa de ser avaliada com base na vontade arbitrária, no subjetivismo dos contratantes, e passa a depender da avaliação concreta do seu interesse a partir da específica disciplina contratual”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 27).

assumidos por cada contratante.¹³⁷ Dessa maneira, uma vez contraposto o programa contratual aos fatores vulnerantes faz-se possível verificar o grau de vulnerabilidade extraível da posição contratual relacionada ao aspecto contratual concretamente problematizado.¹³⁸

A ponderação com o programa contratual revela-se de inegável importância para que se possa verificar o grau de eventual vulnerabilidade que recaia sobre determinado polo contratante. Assim, permite-se o concluir que um mesmo fator vulnerante está apto a gerar, em programas contratuais distintos, vulnerabilidades em graus diferentes.

O exposto acima ficará mais bem elucidado com o recurso a um exemplo. Pois veja-se: a posição ocupada por um locatário que celebra um contrato de locação residencial de maneira adesiva – isto é, aderindo totalmente aos termos impostos pelo locador – apresenta vulnerabilidade em grau distinto do polo ocupado por um franqueado que celebra adesivamente um contrato de franquias. Isso porque, no primeiro caso, o programa contratual do contrato de locação residencial não traduz uma espécie de empreendimento com fins lucrativos por parte do locatário, que busca com o contrato, aliás, exercer seu direito fundamental à moradia.¹³⁹ No segundo caso, é ínsito ao programa contratual da franquias a assunção de determinados riscos pelo franqueado, justamente porque pretende, com a relação, auferir lucro.

A comparação entre os programas contratuais citados em exemplo permite concluir que a vulnerabilidade verificada na posição contratual do locatário ilustrada

¹³⁷ “Em uma sociedade fluida e de massificação do consumo, impõe-se observar fatores como o risco assumido por cada contratante, além de juros, cláusulas penais, cláusula resolutiva expressa, dentre outros. A busca do equilíbrio requer a investigação ampla da relação, o que impõe ao intérprete o dever de mirar também aspectos negociais não clausulados e até mesmo eventuais coligações contratuais”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 440).

¹³⁸ Sobre a importância do estudo do direito em problemas, destaca PERLINGIERI, Pietro: “Por outro lado, são editados manuais que induzem apenas as noções, onde os conceitos e a esquematização são excessivos. Isto, sem dúvida, é devido a uma reforma simplificadora dos estudos universitários, mas a menor quantidade de páginas e de horas de estudo e de aulas não pode eliminar o método de formação substituindo-o por aquele meramente informativo. A problematização deve ser garantida, ainda que os argumentos sejam reduzidos.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 78).

¹³⁹ O direito à moradia é assegurado pela Constituição da República como direito fundamental. Nesse sentido, cf. a redação do artigo 6º da Carta Maior: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

será em grau mais elevado do que a vulnerabilidade que recai sobre o franqueado, ainda que ambas decorram da incidência do mesmo fator vulnerante – a restrição à liberdade de contribuir para a formação do conteúdo do contrato. A conclusão diz respeito justamente à necessidade da ponderação com o programa contratual *in concreto* para que se possa determinar de que maneira a assunção de riscos pelo contratante interfere na dinâmica contratual e, portanto, no juízo de vulnerabilidade.

Assim, diz-se que a vulnerabilidade configura um *posterius* ponderativo, pois apenas se poderá dizer se um contratante é vulnerável ou não após o cotejo dos fatores vulnerantes objetivamente averiguáveis *in concreto* com o programa contratual de repartição de riscos pelos contratantes.

1.2.3 Vulnerabilidade contratual e intervenção nas relações privadas

A vulnerabilidade contratual atua, no Direito contemporâneo, ora como fundamento de ativação ora como vetor interpretativo dos mecanismos interventivos mais diversos,¹⁴⁰ manejados pelo intérprete diante de relações em que se verifique situação de vulnerabilidade a recair sobre a posição relacional ocupada por uma das partes. Uma vez delineado o conceito de vulnerabilidade contratual, cumpre estabelecer de que maneira o instituto se relaciona com os instrumentos de interferência heterônoma nas relações privadas.

Observou-se inicialmente que, à luz do Direito Civil oitocentista, as intervenções nos contratos ocorriam em nome da proteção da vontade, razão pela qual se extinguíam os negócios jurídicos em que se verificasse algum descompasso entre a vontade manifestada e a real intenção do agente. Em perspectiva voluntarista, a proteção da vontade era compreendida como a única fonte autorizadora da intervenção do Estado-juiz nos contratos. Nessa conjuntura, as categorias jurídicas fundamento dos mecanismos de intervenção ligavam-se justamente à vontade, como, por exemplo, a dos vícios de consentimento – erro, dolo, coação – e o regime das incapacidades.¹⁴¹

¹⁴⁰ Sobre o tema, v. Capítulo III, *infra*.

¹⁴¹ “Assim, o direito privado e, especificamente, o direito contratual, a partir dos séculos XIX e XX, erguem-se sobre a base do princípio da autonomia, resultante da junção da vontade com a liberdade. De maneira que a fonte primordial do direito privado se encontrava no próprio indivíduo e em sua liberdade. Sob tal perspectiva, a autonomia era compreendida como verdadeiro dogma, a expressar o valor da liberdade individual (...) O conteúdo da vontade, manifestado pelo exercício da ampla liberdade de contratar, não sofria, de fato, controle estatal, na medida em que não havia interesse na verificação de o contrato ser justo ou injusto, mas, apenas, no controle de sua licitude. Importante era assegurar a vontade livre, invalidando, portanto, pactos resultantes da vontade viciada. A justiça contratual, portanto, resultava

Entretanto, como apontado no item 1.1, o despontar da ordem contratual contemporânea forneceu ao intérprete novos fundamentos para a utilização de mecanismos interventivos, agora não mais voltados à tutela da vontade emanada, mas à salvaguarda do equilíbrio das relações contratuais.¹⁴² Ao contrato, compreendido contemporaneamente como uma necessidade social, passou-se a impor o dever de refletir uma relação dinâmica e funcionalmente equilibrada.¹⁴³

Assim, ao lado dos princípios da boa-fé objetiva, função social e do equilíbrio contratual, a categoria jurídica da vulnerabilidade em seu perfil patrimonial-contratual veio a assumir relevante papel para a conformação dos contratos na contemporaneidade, permitindo parte da doutrina a tratar de um princípio da proteção do contratante vulnerável,¹⁴⁴ a servir de fundamento para a ativação de instrumentos de interferência nos contratos firmados entre particulares, ainda que, por vezes, de forma apenas indireta.

A vulnerabilidade pode se relacionar com a intervenção nos contratos privados de três maneiras distintas. A primeira, por meio da imposição legislativa de presunção absoluta da vulnerabilidade de um dos polos contratantes. A segunda, mediante a constatação de que o legislador, ao regular determinado tipo contratual,¹⁴⁵ adotou como

do próprio processo de formação do contrato”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 428).

¹⁴² “A transição do Estado liberal para o Estado do bem-estar social, por outro lado, ensejou uma drástica mudança, ao exigir uma intervenção estatal mais intensa sobre a atividade particular, que perduraria mesmo no posterior cenário do chamado neoliberalismo. Logo se constatou que a escolha por uma visão predominantemente funcional do direito vincula-se intimamente a uma maior intervenção (do Estado e, em particular, do julgador) sobre a autonomia privada”. (SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 2, 2019, p. 4. Data de acesso: 16.12.2019).

¹⁴³ Sobre o necessário equilíbrio nas relações contratuais, cf. lição de PERLINGIERI, Pietro: “A sociedade não se pode reduzir somente ao mercado e às suas regras; o direito, ao qual compete a regulamentação da sociedade, indica limites e corretivos, ditados não somente pela persecução da riqueza e da sua distribuição, mas pelos valores e interesses de natureza diversa. O mercado necessita de normas que o legitimem e o regulamentem: entre mercado e direito não há um antes ou um depois, mas uma inseparabilidade lógica e histórica” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 506).

¹⁴⁴ O debate acerca da existência ou não de tal princípio é tema que foge ao escopo do presente estudo. De todo modo, vale ressaltar que o princípio é comumente comentado pela doutrina consumerista. V., nesse sentido, Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT, 2010, 3ª ed., pp. 197-198.

¹⁴⁵ “A intervenção processa-se tecnicamente mediante a imposição de normas legais ao conteúdo dos contratos de direito econômico, bem como por meio de proibições e pela subordinação da eficácia do contrato a específica e prévia autorização do poder público. A lei é, em muitos casos, a fonte imediata de

premissa a vulnerabilidade de uma das partes, apesar de não ter imposto ao intérprete que, diante do caso concreto, presuma tal vulnerabilidade de forma absoluta. Nesse caso, haveria uma espécie de presunção meramente relativa da vulnerabilidade. A terceira, por fim, dá-se quando o legislador não oferece ao intérprete um juízo pré-pronto acerca da vulnerabilidade das partes, não impondo presunção absoluta ou relativa a esse respeito.

Como se verá adiante, salvo a primeira hipótese – de presunção absoluta de vulnerabilidade – ao intérprete não caberá se furtar da investigação *in concreto* acerca da incidência de fatores vulnerantes constatada objetivamente e ponderada com a unidade do programa contratual. Dessa maneira, atinge-se o rigor metodológico necessário à adequação do manejo dos mecanismos repressivos – de intervenção heterônoma – operados pelo Estado-juiz ou, ainda, por tribunal arbitral.

Na hipótese em que o legislador impõe presunção legal absoluta de vulnerabilidade, não será dado ao intérprete afastar a qualificação da parte como vulnerável. Nesse sentido, impensável a descaracterização do consumidor, por exemplo, como vulnerável. A propósito, confira-se a lição de Bruno Miragem, para quem “a existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor”.¹⁴⁶

A perspectiva se extrai da própria literalidade do Código de Defesa do Consumidor, que impõe o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo. Nesses termos, a redação de seu artigo 4º, que dispõe:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Haverá, contudo, hipóteses em que será possível verificar que o legislador, apesar de não vir a impor *tout court* a presunção absoluta, partiu de premissa genérica

todo o conteúdo do contrato, e, em outros, a razão por que se contrata”. (GOMES, Orlando. *Novas temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 87).

¹⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 113.

de vulnerabilidade em favor de um dos polos contratantes. Tal premissa costuma-se revelar usualmente de fácil constatação pelo intérprete, não raro sendo apontada pela doutrina dedicada ao estudo da espécie contratual em questão.

Nesse sentido, viu-se no Direito brasileiro o alvorecer de diplomas legislativos que buscam tutelar um dos polos da relação contratual. São inúmeros os textos legais com esse escopo, dentre os quais se poderia, exemplificativamente, destacar: o Decreto 22.626/1933, que prevê a proteção do mutuário face aos juros usurários, a Lei 8.245/1991, que protege em diversos aspectos o inquilino face ao locador. Trata-se de manifestações do dirigismo contratual prévio, operado pela edição de normativa protetiva voltada a determinado polo contratual.

Observa, assim, Paulo Luiz Netto Lôbo que “algumas dessas vulnerabilidades reclamaram tal grau de intervenção legal que se converteram em ramos autônomos do direito, a exemplo do direito do trabalho, do direito autoral, do direito agrário e do direito do consumidor”.¹⁴⁷ O comentário do jurista é pertinente no ponto em que evidencia que a vulnerabilidade como categoria jurídica pode ser percebida em graus, que irão reclamar maior ou menor intervenção – seja prévia, seja posterior. Contudo, é de se ressaltar que da existência de graus de vulnerabilidade jamais se poderá extrair a construção de *microssistemas* incomunicáveis e impermeáveis à axiologia constitucional.¹⁴⁸

Nesses casos, o legislador parte de premissa que identifica em uma das partes certa vulnerabilidade que justifica a edição dos diplomas legislativos protetivos, por natureza gerais e abstratos.¹⁴⁹ Assim, determina ao intérprete a adoção de presunção meramente relativa, de modo que a caracterização da vulnerabilidade não poderá prescindir da avaliação *in concreto* das vicissitudes do programa contratual e da posição ocupada pelo contratante.

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 160.

¹⁴⁸ O debate a respeito da taxonomia das relações privadas e da impertinência da criação de microssistemas será travado mais adiante. (v. item 1.3, *infra*).

¹⁴⁹ Sobre a presunção de vulnerabilidade no Direito do Consumidor, cf. a lição da doutrina: “A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e *como* devem ser aplicadas. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, *consumidor* e *fornecedor*, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo”. (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 114).

Em outras palavras, a premissa de que se vale o legislador para, abstratamente, fornecer normativa dirigida à tutela de um dos polos de certo tipo contratual não é suficiente, em regra, para autorizar o intérprete a adotar postura de superproteção da parte. Assim, será imprescindível o exame *in concreto* de modo a confirmar ou afastar a existência de vulnerabilidade contratual. É dizer: ainda que o legislador tenha adotado como premissa a vulnerabilidade, por exemplo, do locatário, não se mostra adequada a interpretação de toda a Lei do Inquilinato a seu favor. Isso porque, na dinâmica de uma relação locatícia específica, pode ser evidenciado que não incidem fatores vulnerantes em sua posição contratual, a afastar sua vulnerabilidade. Ainda, nada impede que seja, até mesmo, configurada a vulnerabilidade do locador, contrariando a premissa adotada pelo legislador. A análise dependerá, como visto no item 1.2.2, da síntese ponderativa entre os fatores vulnerantes objetivamente apurados *in concreto* e a unidade do programa contratual adotado.

Assim, o legislador, ao prever os mecanismos de intervenção, o faz a partir de juízo valorativo realizado em abstrato, que leva em consideração as manifestações de vulnerabilidade mais recorrentes no mundo da vida. Tal juízo afigura-se necessariamente incompleto, pois prescinde da factualidade extraível apenas da concretude de cada caso. Dessa forma, torna-se necessária a constante averiguação funcional da *fattispecie* concreta apta, uma vez verificados os efeitos essenciais do ajuste,¹⁵⁰ a averiguar *i)* se a premissa abstrata de vulnerabilidade se verifica de fato e *ii)* se existente, em que medida pode justificar a adoção de um instrumento interventivo previsto pelo legislador.

Não se ignora, evidentemente, que, na grande maioria dos casos, o exame da vulnerabilidade *in concreto* tende a confirmar a presunção legislativa. Não obstante, não se exclui a possibilidade de, excepcionalmente, poder-se extrair da dinâmica da relação

¹⁵⁰ “O conteúdo do contrato, ao invés, concorre para a individualização dos efeitos da *fattispecie* e portanto para sua interpretação e sua qualificação. Aquilo que interessa é identificar o conjunto das cláusulas contratuais e dos efeitos legais como conteúdo daquele contrato em particular, prescindindo da tipicidade ou atipicidade. O interesse perseguido em concreto configura a função negocial”. (PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 404 – tradução livre). No original: “Il contenuto del contratto concorre invece all’individuazione degli effetti della *fattispecie*, e quindi alla sua interpretazione e alla sua qualificazione. Quello che interessa è individuare l’insieme delle clausole contrattuali e degli effetti legali quale contenuto di quel particolare concreto contratto, a prescindere dalla tipicità o dalla atipicità. L’interesse perseguito in concreto configura la funzione negoziale” (PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*: problemi del diritto civile. Napoli: ESI, 2003, p. 404).

contratual vulnerabilidade que vá de encontro àquela adotada como premissa pelo legislador.

A dinâmica das vulnerabilidades se completa com a terceira hipótese, referente aos casos em que, apesar de não prevista pelo legislador, a vulnerabilidade pode ser extraível da relação contratual, quando se observar a incidência de *fatores vulnerantes* que, de alguma forma, reduzam a autonomia da parte. Assim, definiu-se a vulnerabilidade, para além de um mero aspecto presumido pelo legislador, em seu perfil dinâmico como a síntese dos fatores vulnerantes objetivamente averiguados *in concreto* (v. item 1.2.2, *supra*).

Nesse sentido, o artigo 421-A, acrescentado ao Código Civil pela Lei nº 13.874/2019 – Lei das Liberdades Econômicas –, dispõe que “os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”. Nota-se da literalidade do dispositivo legal que a presunção (relativa) de paridade e simetria pode ser afastada por *elementos concretos*. Desse modo, reconhece o legislador a possibilidade de incidência de fatores vulnerantes idôneos, no caso concreto, a subverter a lógica pré-moldada pelo legislador.

Assim, conclui-se que a vulnerabilidade decorre, quando não de presunção legal absoluta, do menoscabo do poder negocial verificado em determinada posição da relação contratual. A ausência de presunção legal de vulnerabilidade não impede a existência de fatores limitativos à autonomia privada, dos quais se poderá extrair a vulnerabilidade¹⁵¹ e, conseqüentemente, o fundamento para eventual intervenção.

Desse modo, extraem-se duas importantes conclusões a respeito da dinâmica das vulnerabilidades. A primeira: ainda que o legislador, ao regular determinado tipo contratual, não tenha presumido a vulnerabilidade de um dos polos contratantes, poderá ser (a vulnerabilidade) extraível *in concreto*, a partir da verificação da incidência dos fatores vulnerantes na dinâmica da relação contratual. A segunda conclusão refere-se ao

¹⁵¹ “A ausência do contratante vulnerável legalmente presumido não afasta outros modos de limitação da autonomia privada, para prevenir vulnerabilidades ocasionais ou circunstanciais. A legislação atual prevê regras voltadas à preservação da equivalência material dos contratos, algumas das quais tinham sido suprimidas da codificação civil liberal, com o estado de perigo, a lesão, a onerosidade excessiva em razão de circunstâncias supervenientes e imprevistas, a resilição unilateral, as fases pré e pós-contratual, as limitações dos juros de mora e da cláusula penal, a flexibilização dos vícios redibitórios, a evicção”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante Vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago (Coord.). *Direito & Justiça: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 167).

fato de que, ainda que o legislador tenha presumido a vulnerabilidade de uma das partes, nada impede que o intérprete identifique, na indispensável elucidação do ordenamento do caso concreto, vulnerabilidade presente no outro polo da contratação.

Ainda, caso haja contraposição entre a vulnerabilidade relativamente presumida e a verificada *in concreto* no que toca a um mesmo aspecto da relação contratual, caberá ao intérprete a realização de juízo de merecimento de tutela a fim de identificar o interesse preponderante à luz da legalidade constitucional.¹⁵²

Em consequência, admite-se que a vulnerabilidade não é um dado estático pré-informado pelo ordenamento. Trata-se de instituto dinâmico, de modo que não poderá prescindir o intérprete de um detido exame *in concreto*, apto a, inclusive, afastar, em raros casos, a proteção pré-concebida pelo legislador. Ressalta-se que tal hipótese configura-se excepcionalíssima. Em geral, as presunções legislativas vão ao encontro da maneira com que as relações contratuais usualmente se estabelecem. Não se pode, contudo, deixar de admitir que o contrário possa, ainda que incomumente, ocorrer.

Dessa forma, em qualquer uma das três formas de relação, o intérprete será capaz de encontrar na vulnerabilidade, ou melhor, na tutela do vulnerável um vetor interpretativo dos mecanismos de intervenção no contrato. Salvo as hipóteses em que a vulnerabilidade se impuser por presunção legal absoluta, o intérprete não poderá, a fim de verificar sua existência e medida, se furtar do exame do programa contratual concreto, sob pena de conferir proteção exacerbada a contratante não-vulnerável ou – de modo igualmente prejudicial – de não tutelar o ocupante da posição contratual verdadeiramente vulnerável.

¹⁵² Sobre o juízo de merecimento de tutela, cf. lição de SOUZA, Eduardo Nunes de: “Por sua vez, um ato que não se considere merecedor de tutela o será sempre em termos relativos (ou seja, não será merecedor de tutela em relação a outro exercício particular que lhe seja contraposto). No plano funcional, esse ato é plenamente conforme aos valores associados à sua tutela jurídica (i.e., à sua função); sua repressão decorre tão somente de uma incompatibilidade com outro ato, também obediente à respectiva função, mas que, à luz da totalidade do sistema, merecerá tutela preferencial. A medida da repressão do primeiro ato, assim, não será a sua própria função, mas a medida necessária para a tutela do outro, dito merecedor de tutela em sentido estrito. Não se pode afirmar, assim, que o primeiro ato seja antijurídico (ao menos, não no mesmo sentido em que se fala do ilícito e do abuso); não existisse uma posição particular contraposta que promovesse melhor os valores do sistema, esse ato teria sua eficácia reconhecida. Em suma, todo ato lícito e não abusivo será, em sentido amplo, merecedor de tutela: o merecimento é, em regra, uma consequência da licitude e não abusividade do exercício; excepcionalmente, porém, exigir-se-á do intérprete um terceiro e último juízo valorativo para determinar se o ato terá seus efeitos protegidos”. (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In. Coleção Faculdade de Direito da Uerj 80 anos, v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 94).

Uma vez destacadas as três maneiras pelas quais a vulnerabilidade poderá se relacionar com os mecanismos de intervenção nos pactos firmados entre particulares, passa-se à breve análise de como a categoria jurídica se relaciona com tais instrumentos de interferência.

Em determinados casos, a vulnerabilidade funcionará como justificativa bastante à adoção de algum mecanismo interventivo. Isto é, há instrumentos de intervenção cuja ativação depende única e exclusivamente da incidência de fatores vulnerantes. Veja-se o exemplo do instrumento de intervenção presente na interpretação mais favorável, trazido pelo artigo 423 do Código Civil.¹⁵³ Nessa hipótese, bastará a constatação de que o contratante é aderente e, a essa proporção, vulnerável, para que tal mecanismo seja ativado a seu favor.¹⁵⁴

Em outras hipóteses, a vulnerabilidade atuará como um fator de ponderação que deverá ser observado pelo intérprete em vistas de averiguar a adequação ou não da ativação de determinado mecanismo interventivo. Isto é, servirá a vulnerabilidade como *vetor interpretativo* dos requisitos que o próprio legislador aponta como autorizadores da ativação dos instrumentos de intervenção.

É de fácil constatação o papel da vulnerabilidade como cânon interpretativo dos requisitos de aplicação de determinados institutos, por mais que tal função não esteja evidenciada pelo legislador. Veja-se: o Código de Defesa do Consumidor apresenta instrumentos de tutela contratual similares aos do Código Civil. Contudo, no primeiro diploma legal os requisitos de aplicação de tais instrumentos mostram-se menos rígidos do que no segundo. A título ilustrativo, pode ser indicado o mecanismo de revisão contratual.

O Código de Defesa do Consumidor, diferentemente do Código Civil, não exige a imprevisibilidade do evento para a caracterização da onerosidade excessiva, bastando que o evento superveniente torne as prestações excessivamente onerosas para o consumidor.¹⁵⁵ Isso porque, como já destacado, o Direito do Consumidor parte de presunção absoluta da vulnerabilidade de um dos polos contratantes. Contudo, diante de relação não consumerista, o requisito da imprevisibilidade se faz de necessária

¹⁵³ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹⁵⁴ A investigação a respeito dos mecanismos interventivos será devidamente aprofundada no Capítulo III deste estudo.

¹⁵⁵ Cf. art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor.

demonstração. Nessas relações, o intérprete deverá observar *in concreto* a existência de fatores vulnerantes que poderão influenciar a avaliação do referido requisito, conforme se evidenciará adiante. Evidencia-se, portanto, que a vulnerabilidade é utilizada, ainda que de forma não-declarada, como parâmetro pelo legislador para determinar a rigidez dos requisitos de aplicação de determinados institutos.

Dessa forma, em perspectiva concreta, parece razoável extrair que, sendo outorgado ao intérprete pela contratualística contemporânea o relevante papel de proteger o contratante em posição de inferioridade, a vulnerabilidade deve servir-lhe como parâmetro interpretativo dos institutos pelos quais se possibilitam intervenções nas relações contratuais, tal como será estudado no Capítulo III.

1.3 Vulnerabilidade e os denominados contratos empresariais: a impertinência da taxonomia das relações privadas

Analisado o percurso a ser cumprido pelo intérprete com o fim de verificar a existência de vulnerabilidade em determinada posição contratual, cabe, por fim, investigar a pertinência do que se resolveu denominar *taxinomia das relações privadas*, isto é, a classificação abstrata dos contratos em *i) civis* e *ii) empresariais*¹⁵⁶ e a consequente separação de regimes aplicáveis a cada suposto microssistema contratual.

A classificação acima não raro serve ao intérprete desavisado como ponto de partida para a avaliação do fenômeno da vulnerabilidade contratual. Por essa linha, chega-se à inconsistente conclusão de que nos contratos empresariais jamais haveria vulnerabilidade a ser diagnosticada, o que afastaria *tout court* a ativação de mecanismos interventivos nesta seara.¹⁵⁷ Já no que toca aos contratos civis, de outro turno, admite-se eventual caracterização de vulnerabilidade.

¹⁵⁶ “Alla distinzione tra contratti commerciali e contratti civili sembra avvicinarsi perlomeno una tripartizione: che corre dai contratti civili a quelli commerciali passando attraverso i contratti dei consumatori”. (DI MARZIO, Fabrizio. Verso il nuovo diritto dei contratti. In: DI MARZIO, Fabrizio (org.), *Il nuovo diritto dei contratti*. Milano: Giuffrè, 2004). Nesta sede, excluem-se da análise os contratos de consumo, tendo em vista a já reconhecida presunção absoluta de vulnerabilidade nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹⁵⁷ Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: ação indenizatória. Contrato de franquia. Existência de cláusula compromissória de arbitragem. Extinção do feito, sem julgamento do mérito. Art. 485, VII, NCPC. Manutenção. Validade da cláusula compromissória. *Relação entre empresários. Ausência de vulnerabilidade entre os contratantes*. Cláusula clara e bem redigida. Apelação dos autores não provida. (TJSP, APL nº 1106272-36.2016.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, julgamento em 08.05.2019, DJe em 9.5.2019 – grifos nossos).

A bipartição abstrata – alerta-se – impõe viés excessivamente estático ao exame da vulnerabilidade contratual, advogando contrariamente ao dinamismo do instituto elucidado ao longo deste capítulo. Dessa forma, bastaria classificar o contrato em empresarial ou civil para, em seguida, afirmar ou negar a possibilidade de haver posição de vulnerabilidade na relação.

A classificação acarretaria efeitos práticos perversos, a conduzir o intérprete a uma compreensão míope do fenômeno da vulnerabilidade contratual, fazendo-o deixar de lado a necessária averiguação *in concreto* a fim de eventualmente identificar a marca da vulnerabilidade em uma relação contratual. Afortunadamente, a divisão dos contratos em civis e empresariais e a consecutiva formação de pretensos microssistemas não se revela adequada perante a legalidade constitucional,¹⁵⁸ conforme se demonstrará a seguir.

Vai-se longo o debate a respeito do cabimento da divisão dos contratos em civis e empresariais. No advento da codificação civil de 1916, não apenas o Direito dos contratos, mas também o Direito das obrigações passou a ser legislativamente dividido: enquanto as obrigações e contratos comerciais eram regidas pelo Código Comercial de 1850, as relações civis se viam disciplinadas pelo Código Civil que entrava em vigor.¹⁵⁹

Ainda sob a vigência dos dois Códigos, muito embora parte da doutrina comercialista já reconhecesse que, em substância, as *obrigações* civis e comerciais não se deveriam distinguir,¹⁶⁰ ainda era possível, naquele contexto legislativo, classificar os vínculos obrigacionais a partir de sua natureza. Nesse cenário, costumava-se correlacionar o Direito Comercial – e, portanto, os contratos e as obrigações comerciais

¹⁵⁸ “Do ponto de vista da teoria da interpretação, mostra-se imprescindível que a pluralidade de fontes normativas não acarrete a ruptura do sistema, disperso em lógicas setoriais, em detrimento da unidade essencial ao próprio conceito de ordenamento. Nessa perspectiva, há de se criticar a preferência linguística pela expressão microssistema para designar núcleos normativos que, a despeito de suas características estatutárias e multidisciplinares, não podem ser interpretados de maneira autônoma, apartado dos valores comuns ao sistema jurídico, o qual, embora aberto e plural, mostra-se necessariamente unitário, no âmbito do qual a Constituição da República se situa em posição hierárquica superior e prevalente. Em outros termos, para que se construa dogmática consentânea com a noção de sistema, revela-se imprescindível a utilização de teoria da interpretação única e não formalista, em que cada norma infraconstitucional seja aplicada conjuntamente com os princípios constitucionais. A reunificação do sistema só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”. (TEPEDINO, Gustavo. Editorial. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 5, 2015, pp. 6-7).

¹⁵⁹ Anteriormente à codificação de 1916, as relações comerciais já eram regidas pelo Código de 1850, enquanto que o Direito Civil se mostrava fragmentário, lacunoso e, de certa forma, atrasado. Nesse sentido, v. BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.

¹⁶⁰ DE MENDONÇA, Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. VI, cit., p. 225.

– à celeridade da vida mercantil, enquanto o Direito Civil era associado ao classicismo romano, repleto de solenidades que nada faziam senão obstruir o bom tráfego negocial.¹⁶¹

Antes mesmo da codificação civil de 2002, houve projetos de unificação do direito obrigacional em um único Código das Obrigações.¹⁶² Contudo, apenas a promulgação do novo Código veio a aniquilar a separação legislativa das obrigações em civis e comerciais,¹⁶³ promovendo, assim, a tão aguardada unificação do Direito obrigacional.¹⁶⁴

Não obstante o reconhecimento, consolidado a partir da promulgação do Código de 2002, de que as obrigações civis e comerciais não se deveriam diferenciar, sobreviveu o debate, retomado contemporaneamente, acerca da pertinência da separação dogmática (não já das obrigações, mas) dos *contratos* em civis e empresariais.¹⁶⁵ A

¹⁶¹ “(...) a especialidade do comércio, as suas técnicas, as suas características levam, em muitos casos, também à especialização das obrigações, o que é perfeitamente compreensível considerando-se que a obrigação comercial decorre da promoção da circulação econômica, não se ajustando assim às fórmulas da vida civil. Concorrem também para essa diferenciação certas características do Direito Comercial, como a simplicidade de suas fórmulas, a rapidez de sua aplicação, a elasticidade dos seus princípios, que o tornaram um direito vivo, solerte e ágil, em contraposição à lentidão e à complexidade do Direito Civil”. (BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 36).

¹⁶² Como observa WALD, Arnoldo, em obra publicada anteriormente à promulgação do Código Civil de 2002: “É no campo das obrigações que mais facilmente se realiza a unificação do direito civil do direito comercial, tendo diversos países elaborado uma legislação única na matéria como ocorre com a Suíça e a Polônia. No Brasil, tivemos a respeito interessante anteprojeto de Código das Obrigações de autoria dos Mins. Filadelfo Azevedo, Orosimbo Nonato e Hahnemann Guimarães. Na reformulação legislativa de 1964, cogitou-se, de elaborar um código das obrigações destacado do Código Civil”. (*Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos*, v. II, 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35).

¹⁶³ Tais diferenças foram brevemente listadas por BULGARELLI, Waldirio: “(...) verifica-se, por exemplo, no tocante ao *prazo* que o Código Comercial estatuiu o preceito de que nas obrigações sem prazo, este será de 10 (dez) dias (art. 137 do Código Comercial), exigindo ainda naquelas em que haja prazo estipulado que o devedor seja notificado judicialmente (art. 138 e 205 do Código Comercial), enquanto no Direito Civil vige a regra “*dies interpellat pro homine*”, nas obrigações com prazo determinado (art. 960, Código Civil), e nas obrigações sem prazo o credor tem direito de exigir o pagamento imediatamente (art. 952, Código Civil), desde que interpele, notifique ou proteste (art. 960, I, Código Civil)”. (*Contratos Mercantis*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 37).

¹⁶⁴ Sobre a busca pela unificação do direito obrigacional, escrevia WALD, Arnoldo, ainda na década de 1990: “É no campo das obrigações que mais facilmente se realiza a unificação do direito civil do direito comercial, tendo diversos países elaborado uma legislação única na matéria como ocorre com a Suíça e a Polônia. No Brasil, tivemos a respeito interessante anteprojeto de Código das obrigações de autoria dos Mins. Filadelfo Azevedo, Orosimbo Nonato e Hahnemann Guimarães. Na reformulação legislativa de 1964, cogitou-se, também, de elaborar um código das obrigações destacado do Código Civil. (...) As divergências atualmente existentes no campo obrigacional entre o direito civil e o direito comercial refletem as épocas distintas em que ambos foram elaborados, não tendo outra justificação, e recomendando-se na matéria uma unificação, que corresponde ao interesse da justiça e da própria segurança nas relações jurídicas”. (WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos*, v. II, 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 35).

¹⁶⁵ “Inegavelmente, a obrigação é uma só, sendo diversos apenas os atos que deram lugar ao nascimento dessa obrigação. Quando de natureza civil, diz-se, comumente, que as obrigações deles decorrentes eram

unificação da Justiça¹⁶⁶ e também do Direito processual poderia levar à equivocada conclusão de que tal discussão não se faria mais relevante. Um engano que recairia sobre um leitor eventualmente desatento. Em verdade, como já ressaltado, o debate mostra-se reavivado justamente pela vinculação que se tem feito entre a classificação e o recurso à categoria da vulnerabilidade como vetor interpretativo.

Inicialmente, sob a vigência dos Códigos Comercial (de 1850) e Civil (de 1916), a categorização dos contratos empresariais (*rectius*, mercantis) fundava-se no fato de que o Código Comercial fixava, em seus artigos 140 a 286, tipos contratuais.¹⁶⁷ Contudo, mesmo nesse contexto legislativo, já se questionava a bipartição, tendo em vista a previsão do artigo 121 da própria Lei comercial, que dispunha que “as regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais”. Assim, parte relevante da doutrina¹⁶⁸ já apontava a unificação do direito dos contratos, dardejando, portanto, o afastamento sistemático das avenças celebradas por comerciantes do regime geral disciplinado pelo Código Civil.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, não apenas o direito obrigacional se unificou, como já mencionado, mas também os tipos contratuais mercantis foram extirpados do sistema,¹⁶⁹ de modo que os contratos, ainda que celebrados entre empresários, passaram a ser regidos pelas disposições trazidas com nova codificação civil. Assim, admitindo-se que o regime próprio dos contratos mercantis advinha das diferenças de tratamento por ambos os códigos,¹⁷⁰ o maior pilar de sustentação da autonomia dos contratos empresariais frente aos civis deixou de existir com a codificação de 2002.

obrigações civis; quando comerciais, chamava-se a consequência do ato de *obrigação comercial*”. (MARTINS, Fran, *Contratos e Obrigações Comerciais*. 17ª Ed., São Paulo: Forense, 2016, p. 10).

¹⁶⁶ Até 1875, o sistema Judiciário encontrava-se dividido em Justiça Cível e Justiça Comercial.

¹⁶⁷ São exemplos dos tipos contratuais previstos pelo Código Comercial de 1850: o mandato mercantil, a comissão mercantil, a compra e venda mercantil, o escambo mercantil, a locação mercantil e o mútuo mercantil.

¹⁶⁸ “temos, pois, que não há, propriamente, contraposição de dois sistemas jurídicos distintos, em matéria de obrigações: o do Código Civil e o do Código Comercial. O que há é um só sistema, no qual os dispositivos do Código de Comércio aparecem como modificações específicas das regras gerais da legislação civil, relativamente às obrigações e contratos mercantis. A duplicidade legislativa aparece, tão só, no que tange a essas regras de exceção, dentro do sistema global”. (COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 251). Na mesma linha, v. “não difere, com efeito, essencialmente, a obrigação comercial da civil. Não se distingue a relação jurídico-comercial de qualquer outra. A essência é sempre a mesma”. (FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*, v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, p. 12).

¹⁶⁹ Ressalvam-se os contratos marítimos, previstos na parte segunda do Código Comercial, que ainda permanecem em vigor.

¹⁷⁰ Cf. BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, pp. 46 e ss.

Dessa forma, os que ainda advogam pela separação de regimes têm de recorrer ao argumento de que os contratos empresariais se destacariam por se referirem a pactos celebrados *entre empresários*,¹⁷¹ nos quais todos os polos da relação teriam suas atividades movidas pela busca do lucro. Nessa linha, Paula Forgioni afirma que “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 particular”.¹⁷²

A esse respeito, deve-se observar, entretanto, que a caracterização de fim lucrativo de que se reveste determinada atividade é fundamento idôneo apenas para qualificar a *pessoa* que a exerce como empresária.¹⁷³ A transposição do critério à classificação dos *contratos* revela-se inadequada. A qualidade subjetiva dos contratantes – se empresários ou não – não se mostra suficiente para sustentar uma dogmática contratual própria, alheia aos princípios trazidos pelo Código Civil e pela Constituição.

Veja-se: o que se diria de uma sociedade empresária prestadora de serviço de transporte que, para atender às necessidades de seus funcionários, celebra contrato de compra e venda de papel higiênico com outra sociedade empresária, o supermercado revendedor do referido produto? O fato de as duas serem sociedades empresárias, isto é, com atividades em busca de lucro, não faz da avença um contrato empresarial. Na verdade, trata-se de contrato de consumo, apesar de ter sido celebrado por duas pessoas empresárias.¹⁷⁴

De outro turno, como classificar o contrato de permuta celebrado entre uma incorporadora imobiliária e um dono de terreno – pessoa natural – que transfere sua

¹⁷¹ “A atenção do comercialista recai sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles *celebrados entre empresas*, i.e., *em que somente empresas fazem parte da relação*”. (FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 27).

¹⁷² FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38.

¹⁷³ “A sociedade empresária é aquela que tem por objeto a exploração habitual de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sempre com o escopo de lucro. Explora, pois, de forma profissional a empresa, resultado da ordenação do trabalho, capital e, porque não, tecnologia.” (CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do Código Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 41).

¹⁷⁴ Trata-se da conhecida doutrina do finalismo mitigado, encampada pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, cf. Informativo nº 548 de 22.10.2014: “O STJ, adotando o conceito de consumidor da teoria **finalista mitigada**, considera que a pessoa jurídica pode ser consumidora quando adquirir o produto ou serviço como destinatária final, utilizando-o para atender a uma necessidade sua, não de seus clientes (...)” (AgRg no REsp 1.321.083-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 9.9.2014).

propriedade em troca de determinado número de unidades do condomínio edilício a ser construído? Por evidente, o negócio, apesar de ter um de seus polos ocupados por uma pessoa física não empresária, tem escopo de lucro. Tratar-se-ia de contrato empresarial?

Percebe-se, assim, que os critérios para a classificação de um negócio como empresarial – pessoa empresária e escopo de lucro – não se mostram sólidos. Em verdade, parece que a suposta necessidade de se apartar o regime dos contratos empresariais dos civis parte de premissa equivocada. A classificação busca razão de ser no já narrado (e superado) estigma que o Direito Civil carregou ao longo de séculos frente ao Direito Comercial. Relembra-se: enquanto aquele era enxergado, como oriundo do Direito Romano, – excessivamente formalista e estático –, este se verificava dinâmico e moderno.

Nessa toada, apontavam-se “certas peculiaridades mais marcantes das atividades empresariais”:

A primeira delas é a onerosidade; os contratos celebrados no exercício da atividade empresarial são sempre onerosos, pois, tendo o empresário o intuito de lucro nas operações que pratica, regra geral, não se admite possam existir contratos a título gratuito celebrados por empresários; igualmente os contratos celebrados no exercício da atividade empresarial versam em regra geral sobre coisas móveis. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes, mas decorre da lei com muito mais frequência nas relações empresariais. Além disso, sendo o direito empresarial um direito em perene transformação, ligado essencialmente às contingências econômicas, políticas e sociais do mundo, os contratos celebrados no exercício da atividade empresarial necessariamente têm que se adaptar a essa realidade.¹⁷⁵

Fato é que a onerosidade se faz presente em grande parte dos contratos civis, sendo a gratuidade elemento excepcional que, inclusive, atrai regra de interpretação própria, nos termos do artigo 114 do Código Civil.¹⁷⁶ Dessa forma, não há por que se falar em um Direito Civil avesso à onerosidade. Ainda, não se sustenta contemporaneamente a percepção de que os contratos empresariais versam precipuamente sobre coisas móveis. Prova maior do exposto é a atuação das companhias imobiliárias, que tão fortemente têm movimentado a economia brasileira nos últimos anos.¹⁷⁷ A solidariedade obrigacional se submete a uma mesma regra,

¹⁷⁵ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 17ª Ed., São Paulo: Forense, 2016, p. 60.

¹⁷⁶ Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

¹⁷⁷ Nesse sentido, cf. notícia divulgada pelo jornal *Estadão* no dia 13.1.2020 com a manchete: “Cinco construtoras devem entrar na Bolsa e movimentar R\$ 5 bilhões”. Na reportagem, pode-se ler: “De acordo com um levantamento feito pela Economática a pedido do Estado, o setor de construção foi o que teve maior retorno (105,8%) em 2019 na Bolsa. (...) Em 2019, os números do setor foram notáveis. Com

trazida pelo artigo 265 do Código Civil, no sentido de que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Com efeito, não apenas o Direito Comercial, mas também o Direito Civil necessariamente deve se adaptar à realidade do exercício da atividade exercida pelas partes contratantes, o que se extrai da redação original do artigo 113 do Código e, hodiernamente, do inciso II do parágrafo primeiro incluído pela chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019).¹⁷⁸ Afinal, conforme ensina a doutrina de Pietro Perlingieri, “absolutamente ineliminável do momento cognoscitivo do direito que, como ciência prática, caracteriza-se por moventes não historiográficos ou filosóficos, mas aplicativos”,¹⁷⁹ de modo a privilegiar o intérprete com o papel fundamental de suprimir a insuficiência da codificação.

Assim, não se justificam na contemporaneidade a distinção dos contratos em civis e empresariais, conforme aponta o comercialista Waldirio Bulgarelli:

se atentarmos para que a *onerosidade* já não é mais característica dos negócios comerciais sendo comum aos negócios civis; que os imóveis já começam a ser objeto de atividade comercial, que os *meios de prova* são comuns, tendo inclusive passado para o âmbito do processo civil, que é comum; pouco ou nada sobra para caracterizar o Direito Comercial, sobre tal aspecto. A própria *solidariedade* apontada, invariavelmente, como característica do Direito Comercial, não se verifica senão quando declarada expressamente pelas partes ou pela lei.¹⁸⁰

A perspectiva que, em outros momentos históricos, poderia se mostrar verdadeira, atualmente revela-se inadequada. Isso porque, nos dias atuais, o Direito Civil, como sabido, encontra-se reformulado e dinamizado pelas novas tecnologias.¹⁸¹

81.218 unidades lançadas até outubro, o volume de novos imóveis foi 6,8% superior ao registrado no mesmo período de 2018”. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cinco-construtoras-devem-entrar-na-bolsa-e-movimentar-r-5-bilhoes,70003155426>. Acesso em 15.1.2020.

¹⁷⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

¹⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 132. Nesse sentido, cf. lição de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo: “Ao contrário, mostrou-se cada vez mais evidente a permanente mutabilidade do direito, a um só tempo condicionado e condicionante da sociedade. Em síntese, parece correto afirmar que a realidade molda o direito assim como é por ele conformada”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Reflexões Metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. In. *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 41).

¹⁸⁰ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 47.

¹⁸¹ “Na experiência brasileira, ao contrário do que preconizou Gaston Morin, assiste-se à estranha revolta dos fatos em face (não do legislador, mas) do intérprete, ao qual cabe, em última análise, traduzir a legalidade civil-constitucional. Há que se construir, superando misoneísmos, técnica interpretativa

Percebe-se, portanto, a inadequação da premissa da qual partem aqueles que ainda defendem um regime autônomo destinado aos contratos ditos empresariais.

A impertinência da classificação não se limita à sua premissa. Também os aparentes fins que levam parte da doutrina a se posicionar favoravelmente aos microssistemas de contratação não se mostram consentâneos com a unidade essencial ao ordenamento jurídico.¹⁸² Em síntese, a bipartição dos contratos parece ter como principais objetivos *i)* o isolamento axiológico dos contratos empresariais, tornando-os imunes aos princípios e cláusulas gerais trazidos pelo Código Civil e pela Constituição da República¹⁸³ e *ii)* o afastamento da vulnerabilidade como vetor interpretativo dos contratos empresariais.

Tais fins afrontam o processo de constitucionalização do direito privado,¹⁸⁴ acarretando uma inaceitável *summa divisio* calcada na pretensa dicotomia entre

compatível com o tempo das liberdades e das tecnologias" (TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. *Revista Forense*, vol. 419, 2014, p. 419).

¹⁸² “A unidade interna não é um dado contingente, mas, ao contrário, é essencial ao ordenamento, sendo representado pelo complexo de relações e de ligações efetivas e potenciais entre as normas singulares e entre os institutos”. Afirma o autor, ainda, que “um ordenamento a-sistemático, isto é, feito de normas que não exprimem relações internas, não encontrou até hoje uma verificação histórica. (...) Se o critério de fundação do sistema privilegia o conteúdo sobre a forma (*contentutistico*), sendo, portanto, fruto de elaboração, das correlações entre um e outro instituto, o sentido do sistema se deduz não no esplêndido isolamento da relação do intérprete com o conteúdo de cada norma, mas sempre confrontando cada norma com todas as outras, verificando a sua coerência constitucional”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., pp. 77-78).

¹⁸³ Esses objetivos se evidenciam da leitura do Projeto de Código Comercial que tramita no Congresso Nacional, que dispõe em seu artigo oitavo: “Art. 8º. Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei”. Confirma-se, ainda, alguns enunciados aprovados na I Jornada de Direito Comercial: Enunciado 21 da I Jornada de Direito Comercial: “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”. Enunciado 23 da I Jornada de Direito Comercial: “Em contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual”. Enunciado 25 da I Jornada de Direito Comercial: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.

¹⁸⁴ “Diante dessa perspectiva contemporânea do direito civil se consolidaram novos paradigmas para a compreensão da matéria, baseados, sobretudo, nas seguintes proposições: identificação do marco axiológico supremo do ordenamento jurídico na dignidade humana e na solidariedade; aplicação direta dos princípios e valores constitucionais às relações privadas (independente da existência de norma infraconstitucional), a permitir a abertura e, ao mesmo tempo, a unidade interpretativa do sistema jurídico; distinção e prevalência, nas situações de conflito, dos valores não patrimoniais sobre os patrimoniais, por opção, democrática, do Poder Constituinte; funcionalização dos institutos jurídicos à tábua axiológica da Constituição, com a submissão de todas as situações jurídicas subjetivas a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional; valorização da situação concreta e de suas especificidades sob a perspectiva da isonomia substancial, buscando-se tutelar, ao máximo, as diferenças – proteção especial aos idosos, crianças e adolescentes, portadores de necessidades especiais; superação definitiva da dicotomia público-privado, proporcionando a interpenetração das searas e a redefinição permanente da noção de ordem pública; e, consagração da função social das instituições jurídicas, notadamente o contrato e a propriedade – o direito passa a ser visto sob a perspectiva mais ampla da sua

contratos civis e empresariais, o que, como já se viu, não se justifica sob o tecido normativo brasileiro. Por isso, é de se rejeitar o insulamento das relações interempresariais em círculos imunes à axiologia constitucional e à incidência das cláusulas gerais.¹⁸⁵

Os propósitos enunciados refletem, senão um apego excessivo à tradicional doutrina dos atos de comércio, uma compreensão limitada e puramente estrutural das relações empresariais, descuidando dos importantes avanços trazidos pelo reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e pela relevância que a boa-fé objetiva tem assumido nas relações privadas.

A resistência às inegáveis conquistas da contratualística contemporânea vem acompanhada de uma visão vetusta dos negócios, que, no afã de preservar o espaço de liberdade, promove comportamentos extremamente individualistas, fazendo com que cada contratante atue pensando exclusivamente nos seus próprios ganhos, ainda que venha a frustrar a própria finalidade do contrato celebrado.¹⁸⁶

Como destacado ao longo deste capítulo, a legalidade constitucional impõe que a autonomia privada não seja compreendida como um vetor vazio.¹⁸⁷ Nesse viés, para que o exercício de autonomia se configure digno de tutela, deve-se demonstrar a sua sintonia com os ditames da Constituição da República e, nesse particular, com as cláusulas gerais que transportam tais ditames para o Código Civil.

função promocional”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do direito civil pós-1988 e do constitucionalismo de hoje. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 262-281).

¹⁸⁵ “Tal dicotomia não encontra amparo no tecido normativo brasileiro, que trata dos contratos de modo unificado, e ameaça a abrangência da constitucionalização, ao isolar as relações interempresariais em círculos imunes à incidência dos valores constitucionais e à atuação das cláusulas gerais, como se, na ilha do direito de empresa, continuasse a prevalecer um liberalismo de mercado, imune a intervenções jurídicas e a todas aquelas novéis construções inspiradas na tábua axiológica da norma fundamental da ordem jurídica brasileira”. (KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson. Uma agenda para o Direito Civil-Constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 10 – Out/Dez, 2016, p. 21)

¹⁸⁶ KONDER, Carlos Nelson; SCHREIBER, Anderson. Uma agenda para o Direito Civil-Constitucional. In: *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 10 – Out/Dez, 2016, p. 21.

¹⁸⁷ Nesse sentido, vale citar a lição de NEGREIROS, Teresa: “Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil, a noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato, sintetizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor. Ao contrário, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quadro dos valores apresentados pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento”. pp. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 106-107).

No que toca ao receio acerca da incidência das cláusulas gerais¹⁸⁸ sobre as relações interempresariais – notadamente a da boa-fé –¹⁸⁹ compartilhado por setores da doutrina empresarial, observa-se que nenhum contrato (nem mesmo os empresariais) é dotado de tamanha completude que o permita prever toda e qualquer situação futura possível que venha a influenciar a relação. Justamente em razão da imprevisibilidade, ínsita a todos os contratos, haverá fatores que poderão alterar as condições originalmente pactuadas, a permitir, de um modo ou de outro, sua revisão ou resolução.

Desse modo, longe de gerar insegurança e imprevisibilidade (que, como dito, são inerentes a qualquer contratação), as cláusulas gerais,¹⁹⁰ do contrário, exercem relevantíssimo papel para a manutenção da justiça contratual, ora impondo parâmetros interpretativos, ora coibindo condutas violadoras do direito.¹⁹¹ Nesse particular, a boa-fé

¹⁸⁸ Sobre a adoção da técnica das cláusulas gerais na Codificação Civil, cf., por todos, TEPEDINO, Gustavo: “O Código Civil introduz cláusulas gerais que revelam uma atualização em termos de técnica legislativa, mas que exigem cuidado especial do intérprete. Adotadas em diversos Códigos Civis, como no caso do Código Comercial brasileiro de 1850, no Código alemão de 1896 e no Código italiano de 1942, as cláusulas gerais, só por si, não significam transformação qualitativa do ordenamento. No caso do Código Comercial brasileiro, a boa-fé objetiva não chegou a ser jamais utilizada. A doutrina e a jurisprudência alemãs, a propósito da dicção do § 242 do BGB, precisaram de mais de 40 anos para determinar o real significado da boa-fé ali enunciada. Não foi muito diversa a experiência italiana, onde as cláusulas gerais que, no Código Civil de 1942, eram inspiradas em uma clara ideologia produtivista e autárquica, assumiram um significado inteiramente diverso por obra doutrinária, sobretudo depois do advento da Constituição de 1948. Em outras palavras, as cláusulas gerais em codificações anteriores suscitaram compreensível desconfiança, em razão do alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete: ou se tornavam letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhes atribuir um conteúdo menos subjetivo. Para evitar a insuperável objeção, o legislador contemporâneo adota amplamente a técnica das cláusulas gerais de modo só aparentemente semelhante à técnica do passado, reproduzida pelo Código de 2002. O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas”. (TEPEDINO, Gustavo. *Crise das Fontes Normativas e Técnica Legislativa na parte geral do Código Civil*, In. *Parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. (Coord.) Gustavo Tepedino. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

¹⁸⁹ Não apenas o princípio da boa-fé objetiva, mas também os da função social do contrato e do equilíbrio econômico devem incidir nas relações contratuais. Sobre o tema, cf. lição sintética de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo: “De maneira que, diante da unidade do ordenamento e da carga hierárquica da tábua de valores constitucionais, os princípios do equilíbrio econômico, da boa-fé objetiva e da função social devem contemplar o direito patrimonial como unidade (...)”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 222).

¹⁹⁰ “Na esteira dessa nova perspectiva da segurança jurídica, anote-se que a adoção dos princípios e das cláusulas gerais não traduz opção ideológica do legislador, senão fenômeno típico da era tecnológica: a iniciativa privada caminha em velocidade estonteante, não dando conta a legislação de disciplinar a atividade econômica senão por princípios e cláusulas gerais”. (TEPEDINO, Gustavo. Editorial: Contratos empresariais e unidade do ordenamento, *Revista Trimestral de Direito Civil* – RTDC, v. 49).

¹⁹¹ Na lição de Judith Martins-Costa: “São tradicionalmente imputadas à boa-fé objetiva três distintas funções, quais sejam a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos”. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais,

objetiva promove a eficiência do contrato ao passo em que exige comportamentos leais e cordatos. Nessa linha, Fran Martins destaca que a solidariedade é inerente à atividade comercial e que o mercado de crédito é melhor tutelado quando os sujeitos estão ligados pelo vínculo da solidariedade.¹⁹²

O Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, em lição que vai ao encontro do que se tem estudado neste capítulo, afirma que “por meio da boa-fé objetiva, faz-se prevalecer a cooperação à concorrência, o solidarismo ao voluntarismo e a tutela das vulnerabilidades à proteção de um sujeito abstrato e anônimo”.¹⁹³ Não restam dúvidas de que o princípio auxilia na tutela do contratante que se encontra em posição de vulnerabilidade, proteção que não se pode excluir das relações entre empresários.

Judith Martins-Costa sustenta, ainda, que, nas relações interempresariais, a boa-fé há de ser compreendida “como pauta de lealdade e de regularidade dos comportamentos empresariais, mormente quando estendidos na longa duração do tempo”¹⁹⁴ e que “o sentido da boa-fé orientado pela prevalência do viés confiabilidade, credibilidade e previsibilidade, valorizando-se a posição do emissário da declaração bem como as possibilidades do cálculo dos riscos”.¹⁹⁵

Em um cenário de hipercomplexidade, as cláusulas gerais se tornam necessárias ao tráfego jurídico, a impor a superação da subsunção como método de interpretação.¹⁹⁶ Diante da insuficiência ontológica de previsões abstratas que

2000, p. 427-428). V. também: “como se bem sabe, a boa-fé objetiva exerce, fundamentalmente, três funções: a limitadora da autonomia privada que, a rigor, já não pode ser concebida fora dos parâmetros da boa-fé; a interpretativa, orientando a compreensão das disposições contratuais e legais e a integradora, preenchendo os espaços de anomia negocial, regulando situações não previstas pelas partes, mas compreendidas nos múltiplos desdobramentos de sua relação jurídica, relacionada à geração dos deveres anexos”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, pp. 231-232).

¹⁹² MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 17ª Ed., São Paulo: Forense, 2016, p. 14.

¹⁹³ “Trata-se de relevante realização do princípio constitucional da solidariedade, sobretudo diante do contexto atual de massificação das relações jurídicas, que gera a imputação de efeitos potencialmente lesivos a um sem-número de pessoas. Por meio da boa-fé objetiva, faz-se prevalecer a cooperação à concorrência, o solidarismo ao voluntarismo e a tutela das vulnerabilidades à proteção de um sujeito abstrato e anônimo”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, pp. 231-232).

¹⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *O caso dos produtos Tostines: uma atuação da boa-fé na resilição dos contratos duradouros e na caracterização da suppressio*. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2004, p. 542.

¹⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 287-290.

¹⁹⁶ Para uma crítica à subsunção como método interpretativo, cf. lição de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo: “A ode à subsunção como mecanismo silogístico de interpretação – capaz de promover

permitissem o silogismo pautado na subsunção do fato à norma, fez-se necessário o desenvolvimento de um caminho interpretativo que superasse a clássica lógica de encaixe da premissa menor à premissa maior e que atendessem o dever – cada vez mais complexo – de fundamentação das decisões judiciais.¹⁹⁷

Dessa forma, evidenciando-se a mutabilidade do Direito, supera-se o método subsuntivo, que peca justamente por ignorar as nuances da factualidade,¹⁹⁸ a reduzir a atuação do intérprete à justificação da escolha da normativa que se dirigisse à solução do caso em julgamento.¹⁹⁹ Desse modo, ao encontrar uma fundamentação pretensamente definitiva e inquestionável para a sua decisão, o intérprete se abrigava na almejada neutralidade do mecanismo silogístico e nela camuflava suas pré-compreensões e intenções subjetivas, fazendo-as, por muito, prevalecer sobre os valores do ordenamento, já que o silogismo o poupa do dever de fundamentação mais robusto de suas decisões.²⁰⁰

A pretensa segurança jurídica gerada pela subsunção revela-se como falsa impressão de garantia de igualdade na aplicação da lei.²⁰¹ Com efeito, não há isonomia quando o intérprete deixa de perceber a singularidade de cada caso concreto e, mecanicamente, promove o encaixe do texto abstrato da regra a sujeitos inominados.

o encaixe da premissa menor à premissa maior – implicou a desconexão constante entre factualidade e normatividade, de maneira a considerar a interpretação e a aplicação do direito como etapas distintas”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. *Reflexões Metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica*. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39).

¹⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*, cit. p. 399.

¹⁹⁸ “Ciência e praxe, norma e fato, longe de se confundirem, operam em planos distintos, mas convergentes, em uma contínua, indeclinável dialética que é vital para evidenciar – não a sua contraposição, mas – a sua complementariedade. O conhecimento jurídico não tende a descobrir a verdade e a solução absoluta, além do mais não verificável, mas aquela mais idônea às escolhas predeterminadas, expressas em regras convencionais que, no seu fluxo histórico, constituem o filtro da experiência geral em contínua verificação, em contato com os singulares fatos concretos”. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 82).

¹⁹⁹ “A problemática do procedimento silogístico referido reside principalmente, como desde há muito se reconheceu, na correta constituição das premissas, especialmente da premissa menor. No que respeita à premissa maior, não se pode, decerto, admitir que possa ser retirada simplesmente do texto da lei. Ao invés, toda a lei carece de interpretação e nem toda proposição jurídica está, de modo algum, contida na lei” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 383).

²⁰⁰ Como leciona TEPEDINO, Gustavo: “Por outro lado, o silogismo revela-se capaz de camuflar intenções subjetivas ou ideológicas do magistrado, poupando-lhe da imperiosa necessidade de justificar sua decisão e oferecendo-lhe salvo-conduto para escapar do controle social quanto à aderência de sua atividade interpretativa à axiologia constitucional. Segurança jurídica deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios e valores constitucionais, que traduzem a identidade cultural da sociedade”. (TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*, cit., p. 405).

²⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. *Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação*, cit., p. 409.

Em particular, detrás de cada contrato, há particularidades que devem ser observadas pelo intérprete, a partir da interpretação-aplicação integral do ordenamento unitário, complexo, sistemático e coerente.²⁰² Não se trata, como adverte a doutrina,²⁰³ da promoção de um decisionismo judiciário, mas da reconstrução da noção de segurança jurídica a partir do compromisso axiológico estabelecido pela Constituição da República, com elaboração dogmática capaz de enfrentar a complexidade e mudanças dos fenômenos sociais contemporâneos.

Nessa perspectiva, não há razões para o afastamento das cláusulas gerais e dos princípios de qualquer contrato, seja ele celebrado entre pessoas empresárias ou não. Isso porque, ao contrário do que propõe o silogismo subsuntivo, a interpretação-aplicação do Direito, na metodologia civil-constitucional, só ocorre à luz do caso concreto. Ou seja, é necessário o fato para que dele surja também o Direito, ideia que se costuma designar como ordenamento do caso concreto.²⁰⁴

Em relação ao pretendido afastamento da categoria da vulnerabilidade da seara das relações empresariais, tem-se que, como visto, não se pode excluir, por meio de uma classificação estática e abstrata, a possibilidade de que seja identificada, na concretude de uma relação contratual, a existência de posição vulnerável. Conforme aludido (v. item 1.2.3, *supra*), a vulnerabilidade pode ser identificada a partir do exame *in concreto* da relação entre o programa contratual e os fatores vulnerantes descritos neste capítulo.

Assim, a desconsideração da vulnerabilidade como vetor interpretativo dos contratos empresariais promoveria uma conclusão indesejável: a de que um contrato, por ter sido celebrado entre empresários, jamais poderá conter posição vulnerável. Dessa maneira, impor-se-ia ao intérprete um afastamento artificial de um relevante fator que, na dinâmica contratual, pode se mostrar crucial na ativação ou na interpretação dos

²⁰² BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 34.

²⁰³ “O reconhecimento do papel criativo dos magistrados (...) não importa em decisionismo, ou voluntarismo judiciário. A própria noção de segurança jurídica há de ser reconstruída a partir do compromisso axiológico estabelecido pela Constituição da República, com a elaboração de dogmática sólida, capaz de enfrentar a complexidade dos novos fenômenos sociais e de suas mudanças. Nessa esteira, torna-se imperioso fortalecer e difundir a teoria da argumentação, associada à interpretação unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada juiz, a fim de legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial”. (TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 35, Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. iv).

²⁰⁴ “Em outros termos, na metodologia civil-constitucional, o ordenamento apenas se completa quando encontra os próprios elementos do caso; só existe o Direito à luz de certa hipótese fática concreta, com suas peculiaridades e características – ideia que se costuma designar como *ordenamento do caso concreto*” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de Tutela: a nova fronteira da legalidade no Direito Civil, cit., p. 77).

requisitos para a aplicação de mecanismos interventivos que se façam necessários em nome manutenção do equilíbrio funcional dos contratos.²⁰⁵ Por tal razão, é de se negar qualquer tentativa de restringir o exame de vulnerabilidade a determinada categoria contratual.

Em verdade, longe de ser um empecilho ao tráfego empresarial, o juízo de vulnerabilidade contratual, na maior parte dos casos, acabará por atuar justamente como o meio técnico pelo qual o intérprete poderá, nos contratos celebrados entre empresários, afastar a adoção de determinado mecanismo interventivo. Não por uma impossibilidade apriorística – isto é, proveniente da classificação do contrato como empresarial –, mas pela avaliação concreta da inexistência de fatores vulnerantes incidindo na avença, a dificultar interferências no contrato. A vulnerabilidade contratual, ao contrário do que podem supor alguns, configura categoria proveitosa aos contratos ditos empresariais.

Apenas com a adequada utilização do vetor interpretativo da vulnerabilidade o intérprete poderá justificar atuações distintas de um mesmo instituto jurídico, vinculadas ao grau de vulnerabilidade averiguado *in concreto*. Ou seja, ao princípio da boa-fé objetiva, por exemplo, será concedida atuações distintas em uma relação de consumo e em uma relação civil. Isso porque, como visto acima (v. item 1.2.3, *supra*), a vulnerabilidade do consumidor é presumida absolutamente. Ainda, a boa-fé ganhará relevo diferente em relações civis, ainda que entre empresários, se, em uma, for verificada a existência de posição vulnerável e, em outra, não.

Diante do exposto, pode-se dizer, em conclusão, que a justificativa para a aceitação de uma categoria autônoma de contratos empresariais, a um só tempo, parte de uma premissa irreal e busca fins incompatíveis com unidade do ordenamento jurídico, em busca de um pretensu isolamento axiológico dos contratos empresariais, regidos por um microssistema impermeável às regras gerais do Código Civil e, ainda, da Constituição.²⁰⁶

²⁰⁵ Sobre o equilíbrio funcional dos contratos, v. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 425-442.

²⁰⁶ Em crítica à compreensão do sistema jurídico como um sistema fechado, cf. lição de NEGREIROS, Teresa: “O sistema que se tem em vista, exatamente porque fundado em valores – notadamente o da igualdade democrática –, e não apenas em atributos lógico-formais, configura-se como um sistema aberto,

É de se rejeitar, nessa perspectiva, a concepção segundo a qual haveria microssistemas autônomos, regidos por regras próprias – verdadeiros “guetos normativos”. Isso porque, de acordo com a metodologia civil-constitucional, o ordenamento é dotado de unidade sistemática,²⁰⁷ vez que todo ele estará vinculado à Constituição de República.

Para além, entende-se que a interpretação e aplicação do ordenamento também deve ser sintetizada em um momento único.²⁰⁸ Ao se colocar diante de um caso concreto, ao intérprete cumpre aplicar a ordem jurídica como um todo (e não esta ou aquela regra).²⁰⁹ Não se pode deixar de observar, contudo, que a impertinência da divisão entre relações civis e empresariais não conduz à descaracterização do Direito Comercial (ou empresarial) como ramo autônomo do Direito.²¹⁰

Assim, na lição de Gustavo Tepedino, “o conceito de ordenamento implica, necessariamente, rejeição aos chamados microssistemas, que pressupõem a existência de centros de gravidade autônomos. Isto porque, para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, ainda que composto por uma pluralidade de fontes normativas”.²¹¹

Conclui-se, assim, que o fato de um contrato ser celebrado entre empresários em nada deve influenciar na dinâmica das vulnerabilidades. A discussão se faz relevante em algumas espécies contratuais específicas, em que, não obstante serem celebradas entre empresários, é comum a alegação de vulnerabilidade como fundamento para o

negando-se-lhe, nesta condição, uma auto-suficiência no que se refere ao ambiente cultural e político no qual está inserido. Neste sentido, os princípios – e, a fortiori, os princípios constitucionais – não mais constituem uma fonte supletiva de interpretação, antes se lhes atribui a função de realização teleológica de todo o ordenamento jurídico”. (NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 280).

²⁰⁷ Sobre a sistematicidade do ordenamento, cf. lição de CANARIS, Claus-Wilhelm: “A função do sistema na Ciência do Direito reside, por consequência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. A partir daí o pensamento sistemático ganha também a sua justificação que, com isso, se deixa derivar mediatamente dos valores jurídicos mais elevados” (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, cit., p. 200).

²⁰⁸ Nesse sentido, Eros GRAU: “não há dois momentos distintos, mas uma só operação. Interpretação e aplicação se superpõem” (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 284).

²⁰⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de Tutela: a nova fronteira da legalidade no Direito Civil, cit., p. 77.

²¹⁰ “Se a unificação do direito das obrigações não acarretaria necessariamente a perda da autonomia do Direito Mercantil, claro está que, como corolário necessário, dever-se-ia admitir também a unificação dos contratos”. (BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 42).

²¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. *Revista Trimestral de Direito Civil* – editorial. vol. 35, Rio de Janeiro: Padma, 2008.

pleito de intervenção na avença. É o caso do contrato de franquia, de que cuidarão os próximos capítulos.

2 VULNERABILIDADE E *FRANCHISING* NA ORDEM CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA

2.1 Aspectos introdutórios ao *franchising*: evolução e conceito na contemporaneidade

O verbo franquear, para além de seu sentido jurídico, significa outorgar a certa pessoa o privilégio de realizar uma determinada atividade. Sua origem etimológica remonta ao francês arcaico, em que *franchiser* traduzia a concessão de uma liberdade a alguém. Nesse sentido, Menezes Cordeiro observa que “a ideia de franquia anda em torno da de privilégio ou liberdade: há franquia quando a alguém seja concedida uma permissão de agir em área que, de outra forma, estaria vedada”.²¹²

Contemporaneamente, a palavra inglesa *franchising* ganhou prevalência sobre sua originária francesa *franchisage* (ou *franchise*), traduzida no Brasil para *franquia*, assim como se utilizam as palavras *franqueador* e *franqueado* para traduzir, respectivamente, os vocábulos ingleses *franchisor* e *franchisee* e os franceses *franchiseur* e *franchisé*. Ao longo deste trabalho, o leitor poderá encontrar a palavra aportuguesada *franquia*, assim como a sua original inglesa *franchising*, utilizadas de forma indistinta, ora para se referir ao contrato de franquia, ora para fazer alusão ao sistema de franquia como prática econômica e comercial, na qual a relação contratual se encontra contida, apesar de a ela não se limitar.²¹³

O *franchising* tem sua origem mais remota na Idade Média, período em que a Igreja Católica concedia aos senhores de terras o poder de cobrar o dízimo de seus fiéis, garantindo aos suseranos a retenção de parte do valor arrecadado como forma de remuneração.²¹⁴ O termo também foi utilizado para designar a permissão que os Estados

²¹² CORDEIRO, Antônio Menezes. Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada *versus* tipicidade negocial. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, Abr/1988, p. 66.

²¹³ Nesse sentido, registre-se a crítica de DA SILVEIRA, Claudio Vieira ao preâmbulo da revogada Lei 8.955/199: “Inicialmente, verifica-se na redação do preâmbulo da Lei, que de forma equivocada e incorreta, o legislador pátrio deu um sentido restritivo à Lei, dizendo que a mesma dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*), quando o correto e juridicamente adequado, seria o legislador ter dito que a Lei dispõe sobre o sistema de franquia empresarial (*franchising*). Isso porque a franquia empresarial (*franchising*) é um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços associada a marcas e patentes. (...) Assim, seja como conceito legal ou dentro de qualquer outra definição jurídica, a franquia empresarial não pode ser confundida com um simples contrato, como erroneamente interpretou o nosso legislador”. (DA SILVEIRA, Claudio Vieira. *Franchising*: guia prático. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 267). A Nova Lei das Franquias – Lei 13.966/2019, percebendo o equívoco do preâmbulo anterior, afirma dispor, de forma mais ampla, sobre o “sistema de franquia empresarial”.

²¹⁴ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 27.

europeus outorgavam aos navegadores no período de expansão ultramarina para explorar e colonizar as terras em nome da respectiva Coroa.²¹⁵

Apesar de se poder apontar as raízes mais remotas do instituto, a origem do *franchising* como hoje conhecido remonta ao final do século XIX, com franco desenvolvimento a partir da segunda metade do século XX. O instituto apresentou-se inicialmente como resposta a períodos de crise econômica, em que a divisão entre o controle e a execução de uma fórmula mercadológica (*business*) bem-sucedida mostrou-se alternativa economicamente viável para a expansão dos empreendimentos privados. Isso porque, em momentos de recessão, a transferência – do franqueador, dono do modelo de negócio, a um terceiro franqueado – promove uma proveitosa diluição do risco inerente à conquista de novos mercados.

Assim, foi na última década do século XIX, após o término guerra de secessão norte-americana, que a companhia *Singer Sewing Machine* – dedicada à produção e à venda de máquinas de costura – resolveu, diante da impossibilidade de o empresariado nortista expandir suas atividades para as demais regiões do país com capital próprio, convocar alguns comerciantes independentes do sul para que, sob a marca *Singer*, desenvolvessem a venda a varejo das máquinas.²¹⁶ Assim, a companhia lhes transferiu o *know-how* (saber-fazer) da atividade, estabelecendo determinados padrões a serem seguidos por cada vendedor da (agora) rede, mantendo, contudo, a independência jurídica de cada um dos comerciantes.²¹⁷

²¹⁵ Nesse sentido, v. apontamentos introdutórios de BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 27: “Naquele tempo, os reis (franqueadores) “franqueavam” navios (o estabelecimento) e os aprestavam (os aprestos, ou apetrechos eram as respectivas instalações) para que, em nome do reino, sob suas armas (suas marcas), os navegadores (comandantes – *master* franqueados ou subfranqueadores) buscassem novas terras (hoje novas unidades franqueadas para a incorporação à rede – isto é, ao reino), novos produtos (especiarias) e, por fim, mais riquezas (a lucratividade sempre tão almejada por qualquer empreendimento)”. Trata-se da origem mais remota apontada pela doutrina brasileira, que, em geral, refere-se ao *franchising* como atividade iniciada nos Estados Unidos da América pela *Singer Sewing Machine*. A esse respeito, v., por todos, CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. *Franchising*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 3-4; LOBO, Jorge. *Contato de “franchising”*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 28.

²¹⁶ “Considera-se, em geral, que a técnica do *franchising* foi iniciada nos Estados Unidos da América quando, após a Guerra Civil, a *Singer Sewing Machine Company* estabeleceu uma rede de vendas”. (MENDELSON, Martin. *The guide to franchising*. 5ª ed., London: Cassel, 1996, p. 19). (Tradução Livre). No Original: “The technique of franchising is generally thought to have started in the USA when, following the Civil War, the *Singer Sewing Machine Company* established a dealer network”.

²¹⁷ Apesar de discordâncias a respeito de um marco temporal exato, o pioneirismo das lojas *Singer* tem sido retratado amplamente pela doutrina. Nessa perspectiva: “A origem desta figura tem sido encontrada no mercado norte-americano, na fase de reconstrução econômica subsequente à Guerra de Secessão, tendo o caso *Singer Sewing Machine Company* sido, muito provavelmente, o primeiro, ainda nos finais do século passado, por volta de 1892”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia*

Na passagem do século XIX para o século XX, o *franchising* testemunhou um tímido, porém relevante, desenvolvimento com o surgimento, também nos Estados Unidos, da *General Motors* e da *Coca-cola Company*,²¹⁸⁻²¹⁹ que evoluíram sobretudo após a crise de 1929. Contudo, o franco despontar do modelo de franquia ocorreu somente após a Segunda Guerra Mundial, devido ao retorno de um sem-número soldados americanos, que, portadores de certa independência financeira, encontrou no *franchising* uma lucrativa maneira de reinserção no mercado de trabalho. Para tanto, o governo norte-americano promoveu, dentre outras medidas, a facilitação de empréstimos aos veteranos de guerra de modo que pudessem desenvolver seus próprios negócios.²²⁰

O modelo de franquia, portanto, alcançava o período áureo de sua trajetória evolutiva, até se afirmar plenamente na metade do século XX, com a inauguração do *McDonald's* e de outras companhias de *fast-food* que se tornariam líderes mundiais do ramo, como a *Burger King*, a *Pizza Hut* e o *KFC – Kentucky Fried Chicken*.²²¹ Nesse período, o formato negocial das franquias chega ao continente europeu, “em virtude da

(*franchising*): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime. Coimbra: Almedina, 2001, p. 12). V., no mesmo sentido, CRUZ, Glória Cardoso de Almeida. *Franchising*, 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 3-4.

²¹⁸ A história do nascimento da Coca-Cola Company encontra-se disponível em <https://www.cocacolaportugal.pt/historias/historia-bebida-mais-famosa-do-mundo>. Acesso em 19.9.2019.

²¹⁹ ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de franquia e leasing*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 14.

²²⁰ “O *G. I. Bill*, como ficou conhecido, oferecia aos veteranos americanos qualificados — que estiveram em serviço ativo nas forças combatentes por pelo menos 90 dias sem punição ou falta grave — quatro maneiras de aprimorar suas condições socioeconômicas quando retornassem para a América. O primeiro benefício criou o *United States Employment Service*, que ajudaria os veteranos a encontrar empregos que pudessem ser adequados, o quanto possível, às suas habilidades profissionais. O segundo benefício concedia ao veterano desempregado a percepção de um ano de indenização por desemprego, na razão de 20 dólares por semana. O terceiro benefício estabelecia que a *Veterans Administration* garantisse empréstimos aos veteranos para a aquisição ou construção de casa, fazenda ou pequeno negócio de veteranos, como uma espécie de fiadora, livrando os ex-combatentes do fantasma da hipoteca. O quarto benefício garantiria o pagamento dos estudos superiores e/ou profissionalizantes dos veteranos por quatro anos, em qualquer estabelecimento de ensino do país, fosse ele a prestigiada universidade de Yale, ou o menor Poddunk College”. (FERRAZ, Francisco César Alves. *As Guerras Mundiais e seus veteranos: uma abordagem comparativa*. *Revista Brasileira de História*, vol. 28, n. 56. São Paulo: 2008). Nesse sentido, v. WYNN, Neil A. *The “Good War”: the Second World War and postwar American society*. *Journal of Contemporary History*, v.31, n.3, p.463-482.

²²¹ “Finalmente, é nos anos 50 que começa o seu período áureo, ainda nos EUA, sobretudo em sectores como o *fast food*, com marcas como *McDonald's* ou *Kentucky Fried Chicken* e o seu sucesso rapidamente se estende a outras áreas de produção e serviços, só posteriormente se alargando à distribuição de produtos”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13).

implantação de algumas empresas norte-americanas: o franqueador é uma empresa norte-americana, e o franqueado uma empresa europeia”.²²²

No Brasil, a inexistência de dados históricos torna dificultosa a tarefa de precisar o início do sistema de franquia empresarial no país. A literatura especializada costuma convergir ao apontar nas atividades da *Calçados Estella*, estabelecida no país no início do século XX, uma forma incipiente do sistema de franquia.²²³ Não obstante a reconhecida inovação trazida pela companhia de calçados, o pleno desabrochar do *franchising* brasileiro veio a ocorrer apenas na segunda metade do século XX, já nas décadas de 1970-1980.

No referido período, as franquias comerciais começaram a se desenvolver sistematicamente no país, com o surgimento de redes como a loja *Ducal*, o curso de idiomas *Yázigi*, a vendedora de cosméticos e perfumes *O Boticário* e, ainda, a pizzeria *Mister Pizza*.²²⁴ O advento do Plano Cruzado na década de 1980, que limitou o rendimento das aplicações financeiras a meio por cento ao mês também contribuiu para o crescimento do *franchising*, que ganhou destaque como alternativa de investimento aos brasileiros.²²⁵ O aumento do número de *shopping centers* igualmente fomentou o fenômeno, tendo em vista a ampliação dos pontos lojistas nos grandes centros urbanos brasileiros.

O alargamento das redes de franquia na passagem da década de 1980 para a década de 1990 provocou movimentações no Congresso Nacional visando à regulamentação legislativa do sistema e do contrato de franquia. O primeiro Projeto de Lei dedicado ao tema foi de autoria do deputado Ziza Valadares – PL nº 1.526/1989 –, arquivado pelo parecer da Comissão de Economia, Indústria e Comércio, que, aprovou, unanimemente, o parecer do relator deputado Luis Roberto Ponte pela rejeição do

²²² RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13. Nesse sentido, cf. CASTRO, Díez de y GONZÁLES, Galán. *Práctica de la franquicia*. Madrid: McGraw-hill, 1998, p. 12.

²²³ “Tudo era feito, porém, oralmente, dentro do mesmo espírito de parceria que caracteriza a moderna franquia, ou seja, uma colaboração organizada entre duas, ou mais empresas independentes, que aceitaram, contratualmente (contrato-verbal na época, hoje no Brasil, escrito por força de lei), abrir mão de uma parte de sua independência individual, em prol de um ideal comum, que não se limita aos meros acordos de compra e ações promocionais, até então praticadas, mas de venda, de promessa de dedicação exclusiva, em tempo integral, de treinamento e reciclagem, em uma sofisticação de procedimentos que tem garantido seu sucesso”. (BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 32).

²²⁴ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 32-33.

²²⁵ ANDRADE, Jorge Pereira. *Contrato de franquia e leasing: Lei 8.955/54, Resolução nº 2.309/96, Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 16.

Projeto. Já em 1990, o Senador Francisco Rolemberg apresentou o Projeto de Lei nº 167/1990, reeditado posteriormente sob o nº. 265/1991. O projeto, assim como seu antecessor, também foi arquivado na própria casa proponente.

Em 1994, foi aprovada a Lei 8.955/1994, que disciplinou o sistema de franquias por relevante período, até ser revogada pela Lei 13.966, sancionada em 26 de dezembro de 2019. Enxuto, o diploma legal contava com apenas onze artigos, que, muito embora carregassem o mérito de pioneiramente ter oferecido uma disciplina inicial da matéria no Direito brasileiro, careciam de rigor e de profundidade técnica. Em verdade, o diploma em nada (ou em quase nada) regulava o contrato de franquia em si.

Isso porque dos onze artigos, um – o artigo 5º – já se encontrava vetado, restando à Lei 10 artigos, dos quais quatro se limitavam a registrar sua efetividade e eficácia,²²⁶ em nada acrescentando à disciplina do *franchising*; um se limitava a registrar que a normativa aplicável ao franqueador / franqueado se estende ao subfranqueador / subfranqueado;²²⁷ e, por fim, três se referiam à Circular de Oferta de Franquia – COF.²²⁸ Sobre a relação contratual de franquia em si tratavam apenas os artigos 2º e 6º da Lei 8.955/94. Inevitável a comparação a um time de futebol de onze jogadores que já iniciava a partida com um jogador expulso – o camisa 5 – e contava com apenas dois atacantes, que, na falta de um time organizado, pouca relevância tiveram na regulação do contrato de franquia.

A promulgação da Lei 13.966/2019 em pouco altera o cenário acima descrito. A batizada Nova Lei das Franquias dispõe (não mais de onze, mas) de dez artigos. Tal como sua antecessora, seus dispositivos regulam, em maioria, a Circular de Oferta de Franquia, pouco tratando da dinâmica da relação contratual entre franqueado e franqueador.

Tendo em vista que os artigos mais relevantes da Lei referem-se à Circular de Oferta de Franquia, ainda mostra-se pertinente a observação do Professor Fábio Ulhoa Coelho: “pode-se ainda considerar a franquia exemplo de contrato atípico, já que a Lei

²²⁶ Faz-se referência aos artigos 1º: “Os contratos de franquia empresarial são disciplinados por esta lei”; 8º: “O disposto nesta lei aplica-se aos sistemas de franquia instalados e operados no território nacional”. 10: “Esta lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após sua publicação” e 11: “Revogam-se as disposições em contrário”.

²²⁷ Art. 9º: Para os fins desta lei, o termo franqueador, quando utilizado em qualquer de seus dispositivos, serve também para designar o subfranqueador, da mesma forma que as disposições que se refiram ao franqueado aplicam-se ao subfranqueado.

²²⁸ Trata-se dos artigos 3º, 4º e 7º, considerados os mais relevantes da Lei 8.955/94.

nº 8.955/1994 não dispõe sobre o conteúdo da relação negocial, não define os direitos e deveres dos contratantes, mas apenas obriga o franqueador, anteriormente à conclusão do acordo, a expor claramente aos interessados na franquia as informações essenciais”.²²⁹

Realizada a incursão nos antecedentes histórico-legislativos que trouxeram o sistema de franquias à posição de relevo na seara negocial brasileira,²³⁰ deve-se atentar ao pouco cuidado que tem concedido a contratualística contemporânea ao estudo do contrato de franquia, base para o desenvolvimento do *franchising*, compreendido como prática comercial.

Nesse ponto, torna-se importante, logo de início, dedicar algumas linhas ao exame da conceituação do *franchising* e, mais especificamente, do contrato de franquia. Como se verá adiante (v. item 2.2.4), o dinamismo e a complexidade de que é dotada a relação entre franqueados e franqueadores justifica (*rectius*, impõe) ao intérprete o mais atento dever de compreender cirurgicamente os elementos essenciais do contrato que rege a relação para um procedimento mais adequado de sua interpretação-qualificação.²³¹

Antes de se adentrar na conceituação do contrato de franquia, cumpre fazer uma breve distinção entre três termos que se apresentam comumente intercambiados, mas que, a rigor, não se confundem: i) franquia, ii) contrato de franquia e iii) *franchising*. Por franquia entende-se o conjunto de bens materiais e imateriais cedidos pelo franqueador ao franqueado – dentre os quais se destacariam o *know-how*, o modelo de negócio, a marca e outros signos distintivos – com vistas ao desenvolvimento do

²²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações sobre a Lei de Franquia. *Revista ABPI* nº 16, São Paulo: ABPI/PW. Mai-Jun/1995, pp. 15-16.

²³⁰ De acordo com dados divulgados pela ABF – Associação Brasileira de *Franchising*, o setor apresentou, no último trimestre de 2019, abertura de uma unidade a cada três horas e crescimento de 5,9%. Os dados estão disponíveis em <https://www.abf.com.br/numeros-do-franchising/>. Acesso em 2.1.2020.

²³¹ ²³¹“A qualificação e a interpretação fazem parte de um procedimento unitário orientado a reconstruir aquilo que aconteceu em uma perspectiva dinâmica, voltado não ao passado, mas à fase de atuação. (PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil. Op. cit. pp. 101-102). No mesmo sentido: “O que quero dizer é que a interpretação jurídica é mais do que um exercício de simples compreensão ou conhecimento do que está escrito nas leis. Porque a interpretação do direito é sempre voltada à obtenção de uma decisão para problemas práticos. Por isto, interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. (...) O que na verdade existe (...) é uma equação entre interpretação e aplicação. De modo que aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação. Interpretação e aplicação se superpõem” (GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 284).

empreendimento franqueado.²³² O contrato de franquia, por sua vez, refere-se ao acordo escrito que instrumentaliza a cessão da franquia e regula a relação entre franqueado e franqueador, impondo-lhes deveres recíprocos e garantindo direitos às partes contratantes. Por fim, o *franchising* traduz o método de expansão comercial, isto é, a *prática comercial* instrumentalizada pelo contrato de franquia.²³³

Não obstante a distinção inicial que se faz entre os termos, a doutrina por muito admite a utilização de um pelo outro, acolhendo a utilização do termo *franchising* para traduzir a relação contratual entre franqueado e franqueador; o uso da palavra *franquia* para se referir, por vezes, ao negócio desenvolvido pelo franqueado ou, ainda, ao próprio contrato de franquia.²³⁴

No Continente Europeu, alguns países adotaram legislação para regular o contrato de franquia. Para além do direito promulgado em âmbito nacional, é comum a existência de códigos deontológicos produzidos por associações que se destinam ao aperfeiçoamento e à compreensão técnica da prática do *franchising*. Apesar de não serem dotados de força coercitiva, os documentos têm se mostrado bastante relevantes para a compreensão da matéria.

Dentre eles, destaca-se o Código de Deontologia Europeu para o *Franchising*, fruto do trabalho da Federação Europeia de *Franchising*, fundada em 1972 na França como uma associação sem fins lucrativos com o objetivo de defender, promover e contribuir para a indústria do *franchising* em operação no continente europeu.²³⁵ A Federação elaborou o Código Europeu de Ética para o *Franchising*:²³⁶ um conjunto de

²³² Tal compreensão leva o Direito espanhol a denominar o contrato de franquia como contrato de cessão de franquia, nos termos da Ley 7/1996, disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1072&p=20181208&tn=0> e do Real Decreto 201/2010. V. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-4175&p=20191024&tn=0>. Acesso em 27.10.2019.

²³³ Essa breve nota pode ser encontrada no sítio eletrônico da IFA – International Franchise Association. <https://www.franchise.org/faqs/basics/what-are-common-franchise-terms>: “Franchising is a method of distributing products or services. At least two levels of people are involved in a franchise system: (1) the franchisor, who establishes the brand’s trademark or trade name and a business system; and (2) the franchisee, who pays a royalty and often an initial fee for the right to do business under the franchisor’s name and system. Technically, the contract binding the two parties is the “franchise,” but that term is often used to mean the actual business that the franchisee operates”. Acesso em 27.10.2019.

²³⁴ “Franchising is a contractual relationship between a licensor (franchisor) and a licensee (franchisee) that allows the business owner to use the licensor’s brand and method of doing business to distribute products or services to consumers”. Disponível em <https://www.franchise.org/faqs/basics/what-is-a-franchise>. Acesso em 27.10.2019.

²³⁵ Mais informações a respeito da Federação Europeia de Franchising podem ser encontradas em seu sítio eletrônico: <http://www.eff-franchise.com/88/founding-of-the-eff.html>. Acesso em 27.10.2019.

²³⁶ “O Código de Deontologia foi elaborado de forma a ser um Código de bons costumes e de boa conduta para os praticantes do franchising na Europa. Não pretende substituir os Direitos Nacionais ou Europeus

disposições para reger as relações entre o franqueador e seus franqueados, trabalhando em conjunto na estrutura da rede de *franchising*. A definição encontrada para *franchising* no Código refere-se ao

sistema de comercialização de bens e/ou serviços e/ou tecnologia, baseado numa colaboração estreita e contínua entre empresas independentes legal e financeiramente separadas, o Franqueador e os seus Franqueados, em que o Franqueador concede aos seus Franqueados o direito, e impõe a obrigação, de conduzir um negócio de acordo com as regras e conceito do Franqueador. O direito autoriza e obriga o Franqueado, em troca de uma contrapartida financeira direta ou indireta, a usar o nome comercial do Franqueador, e/ou marca comercial e/ou marca de serviço, Know-How, negócio e métodos técnicos, sistema processual, e outros direitos reservados industriais e/ou intelectuais, apoiados pela prestação contínua de assistência técnica e comercial, dentro do quadro de trabalho, e pelo prazo de um contrato escrito de franchising, acordado entre as partes para este propósito.²³⁷

Por sua vez, o Regulamento nº 4.087/88 da Comissão das Comunidades Europeias – CCE define, na alínea *a* de seu artigo 1º, a franquia como

um conjunto de direitos de propriedade industrial ou intelectual relativos a marcas, designações comerciais, insígnias comerciais, modelos de utilidade, desenhos, direitos de autor, saber-fazer ou patentes, a explorar para a revenda de produtos ou para a prestação de serviços a utilizadores finais.

Em seguida, a alínea *b* do Regulamento refere-se não à franquia, mas ao *contrato de franquia*, apresentando-o como

um acordo pelo qual uma empresa, o franqueador, concede a outra, o franqueado, mediante uma contrapartida financeira directa ou indirecta, o direito de explorar uma franquia para efeitos da comercialização de determinados tipos de produtos e/ou de serviços; inclui, pelo menos, obrigações relativas i) ao uso de uma designação ou insígnia comum e à apresentação uniforme das instalações e/ou dos meios de transporte previstos no contrato, ii) à comunicação ao franqueado, por parte do franqueador, de saber-fazer, iii) à prestação contínua de assistência comercial ou técnica ao franqueado por parte do franqueador, durante a vigência do acordo.²³⁸

existentes. O presente Código de Deontologia é o resultado da experiência e trabalho realizado pela Federação Europeia de Franchising (EFF) e dos seus membros (Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Reino Unido, Itália, Holanda, Portugal e República Federal da Alemanha) em conjugação com a Comissão das Comunidades Europeias. Este Código em antecipação ao Mercado Único, substitui o anterior Código de Deontologia Europeu, bem como todos os Códigos de Deontologia nacionais e regionais existentes nesta data na Europa”. (Código de Deontologia Europeu em Matéria de Franquia, p. 2).

²³⁷ Artigo 1º do Código Europeu de Ética para o *Franchising*. Disponível em https://www.ldc.pt/files/codigo_europeu_deontologia_franchising.pdf. Acesso em 27.10.2019.

²³⁸ Regulamento (CEE) nº 4.087/88 da Comissão de 30 de Novembro de 1988 relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85º do Tratado a certas categorias de acordos de franquia.

Como observa Maria de Fátima Ribeiro, tal definição buscou tratar a franquia como o objeto do contrato de franquia. Nesse sentido, a franquia se referiria, tal como proposto pelo Regulamento, a um conjunto de direitos de propriedade industrial ou intelectual que, transferidos ao franqueado, passam a ser explorados a fins da revenda de um produto ou para a prestação de determinado serviço. Tal perspectiva aproxima a franquia de uma espécie de um conjunto de uma universalidade de bens imateriais negociáveis.²³⁹

Tal compreensão não se coaduna com a causa do contrato de franquia, que vai muito além da simples cessão de uma marca a ser explorada pelo franqueado. De fato, com observa a doutrina, o contrato de franquia refere-se antes à formação de uma rede de exploração de um modelo de negócio do que à simples transferência de bens (materiais e imateriais) do franqueador ao franqueado.²⁴⁰

Desse modo, o contrato – dinâmico e complexo – vincula sobremaneira as partes, que, apesar de titulares de propósitos contrapostos, encontram-se ligados também por um fim comum: o sucesso da rede. Não trata, portanto, o referido contrato de um instrumento que simplesmente operacionaliza juridicamente a transferência da franquia, compreendida como uma universalidade de bens. Nessa linha, como observa a autora portuguesa, “nada é mais detestável do que a expressão ‘vender uma franquia’”.²⁴¹

No sistema anglo-saxão, a *International Franchise Association* – IFA, sediada em Chicago, define o *franchise operation* como

uma relação contratual entre o franqueador e o franqueado na qual o franqueador mantém um interesse contínuo no negócio do franqueado, oferecendo-lhe *know how* e treinamento; enquanto o franqueado opera sob

²³⁹ Sobre o tema da universalidade de bens, v. TEPEDINO, Gustavo. *Regime jurídico dos bens no Código Civil*. In Silvio de Salvo Venosa; Rafael Villar Gagliardi; Paulo Magalhães Nasser (org.), Dez anos do Código Civil: desafios e perspectivas, São Paulo: Atlas, 2012.

²⁴⁰ “Na ponderação do interessa da rede, o franquiador vai tentar avaliar o franquiado de forma objectiva e cautelosa: qualquer prejuízo causado por um franquiado à imagem da rede vai redundar em prejuízos para os restantes membros da mesma organização, sobretudo para o próprio franquiador. Daí, a justeza da afirmação de que nada é mais detestável do que a expressão ‘vender uma franquia’”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 67-68).

²⁴¹ A autora portuguesa observa, ainda, que “Esta objectivação tendencial da franquia faz-se sentir, sobretudo, nos E.U.A, onde se fala na sua ‘venda’ e no acto da sua ‘constituição’, o que traduz a ‘redução psicológica’ da franquia a elemento da organização da empresa, entre outros bens da propriedade do empresário e por ele coordenados para o exercício da sua actividade”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 146).

uma marca, formato e procedimento titularizados ou controlados pelo franqueador, no qual o franqueado fez ou fará um investimento substancial com seus próprio capital.²⁴²

Em 1977, a *Brittish Franchise Association* – BFA foi criada pelas oito maiores companhias franqueadoras do Reino Unido, com o intuito de destacar a eticidade de suas práticas negociais.²⁴³ A Associação define o *franchising* como

a cessão de uma licença pelo franqueador ao franqueado que lhe dá o direito a titularizar e a operar seu próprio negócio sob uma marca, sistemas e modelo de negócio desenvolvido pelo franqueador. O franqueado também recebe treinamento inicial e suporte, que compreende todos os elementos necessários para estabelecer uma pessoa previamente inexperiente no negócio. O contrato de franquia – *Franchise Agreement* – entre as duas partes impõe as obrigações e os direitos de ambas as partes e determina quão longa será a relação.²⁴⁴

Na Itália, a Lei de *Affiliazione Commerciale* de 6 de maio de 2004 estabelece o conceito de *franchising* em seu artigo 1º. De acordo com o referido diploma legal, o *franchising*

é o contrato entre dois sujeitos jurídicos econômica e juridicamente independente por meio do qual uma parte concede a outra, mediante contraprestação, a disponibilidade de um conjunto de direitos de propriedade industrial ou intelectual relativa à marcas, denominações comerciais, sinais, modelos de negócio, desenhos jurídicos de autos, know how, patentes assistência ou consultoria técnica e comercial, inserindo o afiliado (franqueado) em um sistema constituído de uma pluralidade de afiliados distribuídos pelo território, cm o escopo de comercializar determinados bens ou serviços.²⁴⁵

²⁴² No original: “a contractual relationship between the franchisor and franchisee in which the franchisor offers or is obliged to maintain a continuing interest in the business of the franchisee in such areas as know-how and training; wherein the franchisee operates under a common trade name, format and / or procedure owned or controlled by the franchisor, and in which the franchisee has or will make a substantial capital investment in his business from his own resources”. Disponível em <https://www.franchise.org/faqs/basics/what-is-a-franchise>. Acesso em 27.10.2019.

²⁴³ A informação encontra-se disponível em <https://www.thebfa.org/about-franchising-the-bfa/>. Acesso em 27.10.2019.

²⁴⁴ No original: “Business format franchising is the granting of a licence by one person (the franchisor) to another (the franchisee), which entitles the franchisee to own and operate their own business under the brand, systems and proven business model of the franchisor. The franchisee also receives initial training and ongoing support, comprising all the elements necessary to establish a previously untrained person in the business. The legal contract – the Franchise Agreement – between the two parties, sets out the obligations and rights of both franchisor and franchisee and determines how long the franchise arrangement will last usually 5 years but can be longer. This will include renewal options. The principle is simple. Instead of developing company-owned outlets, some businesses expand by granting a franchise to others to sell their product(s) and/or service(s)”. Disponível em <https://www.thebfa.org/about-franchising-the-bfa/what-is-franchising/>. Acesso em 27.10.2019.

²⁴⁵ No original: “Art. 1. L’affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all’altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l’affiliato in un sistema costituito

No Direito espanhol, o Decreto Real 201/2010, que regulamenta a Lei 7/1996, conceitua, em seu artigo 2º, o contrato de franquia como

o contrato pelo qual uma empresa, o franqueador, cede a outra, o franqueado, em um mercado determinado, em troca de uma contraprestação financeira direta, indireta ou ambas, o direito de exploração de uma franquia, sobre um negócio ou atividade mercantil que o primeiro venha desenvolvendo anteriormente com suficiente experiência e êxito, para comercializar determinados tipos de produtos ou serviços.²⁴⁶

Na França, a Lei nº 89-1008, conhecida como Lei Doubin (*Loi Doubin*) de 31 de dezembro de 1989, apesar de não ter como objeto específico a regulamentação do contrato de franquia, trata das obrigações de divulgação ampla de informações (*disclosure*) em diferentes formas organizacionais, como concessões, cooperativas e franquias. Assim, pode-se extrair o conceito de franquia do artigo 1º da referida Lei, que consigna:

Toda pessoa que coloca à disposição de outra um nome comercial, uma marca ou um sinal, em exigência de um engajamento de exclusividade ou quase exclusividade para o exercício da atividade, deve fornecer, antes da assinatura de qualquer contrato celebrado no interesse comum de ambas as partes, um documento que forneça informações sinceras, o que lhe permite assumir um compromisso informado.

Pela Lei francesa, portanto, o contrato de franquia seria o compromisso pelo qual alguém se engaja exclusiva ou semi-exclusivamente no exercício de uma atividade cedida por outrem.

No Brasil, na ausência de uma definição legal, coube ora à doutrina comercialista ora à civilista debruçar-se sobre tão instigante prática contratual. Na década de 1990, Arnaldo Wald propôs o conceito segundo o qual “contrato de *franchising*, também chamado de franquia, é aquele pelo qual uma parte (o franqueador), geralmente uma empresa produtora, concede a outra (o franqueado) o

da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi”.

²⁴⁶ No original: “Art. 2º.: A los efectos del presente real decreto, se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios”. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-4175&p=20191024&tn=0>. Acesso em 27.10.2019.

direito de usar a marca de produto ou insígnia, com fornecimento de mercadorias e prestação de serviços, mediante remuneração”.²⁴⁷

Orlando Gomes definiu *franchising* como “a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de um produto seu com assistência técnica para sua comercialização, recebendo em troca determinada remuneração. É um contrato que se aproxima da concessão exclusiva, da distribuição, do fornecimento de prestação de serviços. Não é, outrossim, locação nem mandato, mas figura autônoma, embora híbrida”.²⁴⁸

Fran Martins tratou do contrato de franquia como aquele “que liga uma pessoa a uma empresa, para que esta, mediante condições especiais, conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que, contudo, a essas estejam ligadas por vínculo de subordinação”. De acordo com o renomado comercialista, “o franqueado, além dos produtos que vai comercializar, receberá do franqueador permanente assistência técnica e comercial, inclusive no que se refere à publicidade dos produtos”.²⁴⁹

Carlos Alberto Bittar, concedendo foco ao elemento da assistência técnica fornecida pelo franqueador, define o contrato como aquele que

importa na concessão a outrem de direito de uso intelectual, para inserção em produtos comercializáveis, com ou sem autorização para fabricação, acompanhada da técnica correspondente. Desse modo, abrange o contrato de serviços de assistência na montagem do negócio; na administração correspondente, no marketing e na publicidade. Reveste-se de caráter complexo, distanciando-se dos demais contratos associativos, inclusive o de licensing, ou de licença simples para o uso de marca, que a tanto se restringe. No franchise, ao revés, há um mix de obrigações assumidas pelo franchisor, que lhe confere, assim, controle sobre a atividade do franchisee, em cujo resultado econômico participa, sob regime de fiscalização própria.²⁵⁰

Jorge Pereira Andrade, por sua vez, define franquia como o contrato pelo qual

uma empresa industrial, comercial ou de serviços, detentora de uma atividade mercadológica vitoriosa, com marca notória (franqueadora), permite a uma pessoa física ou jurídica (franqueada), por tempo e área geográfica exclusivos e determinados, seu uso, para venda ou fabricação de seus produtos e/ou serviços mediante uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre o movimento

²⁴⁷ WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos*. v. II, 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 545-546

²⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 567.

²⁴⁹ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 486.

²⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 211.

de vendas, oferecendo por isso todo seu know-how administrativo, de marketing e publicidade, exigindo em contrapartida um absoluto atendimento a suas regras e normas, permitindo ou não a subfranquia.²⁵¹

Waldirio Bulgarelli define *franchising* como “a operação pela qual um comerciante, titular de uma marca comum, cede seu uso, num setor geográfico definido, a outro comerciante. O beneficiário da operação assume integralmente o financiamento da sua atividade e remunera o seu co-contratante com uma percentagem calculada sobre o volume dos negócios. Repousa sobre a cláusula de exclusividade, garantindo ao beneficiário, em relação aos concorrentes, o monopólio da atividade”.²⁵²

De acordo com Luiz Felizardo Barroso, Franquia empresarial consiste em uma

autorização para o uso de nome e de marca, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional, desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, que uma empresa faz a outra, com prestação de serviços e assistência permanente, mediante o recebimento de certa quantia e sob determinadas condições, conservando esta última sua individualidade jurídica sem, contudo, manter individualização mercadológica própria (que é do franqueador).²⁵³

Para 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 a construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria, etc. (engineering), o treinamento 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).²⁵⁴

Apesar das relevantes obras publicadas a respeito do tema, a civilística raramente volta suas atenções ao contrato de franquia, tão menos aos problemas que surgem da dinâmica contratual em que se colocam franqueados e franqueadores. Para que se possa estudar tais problemas (v. Capítulo III, *infra*), faz-se uma necessária incursão na estrutura do contrato de franquia, definido neste trabalho como o contrato

²⁵¹ ANDRADE, Jorge Pereira. *Contratos de Franquia e Leasing*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, pp. 20-21.

²⁵² BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 529.

²⁵³ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 39.

²⁵⁴ LOBO, Jorge. *Contato de “franchising”*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 32.

pelo qual uma parte – franqueador – cede, mediante contraprestação, a outra – franqueado – uma universalidade de direitos de propriedade industrial e intelectual a fim de que este possa explorar a franquia, baseada em plano de negócio experimentado com êxito pelo primeiro, a quem caberá transferir o *know-how* reunido e fornecer a devida assistência para o efetivo cumprimento das regras de exploração do empreendimento às quais se submeterá o franqueado.

A problemática acerca da conceituação de figura contratual tão complexa reside na indistinção que se faz, em geral, entre os elementos essenciais ao contrato de franquia e aqueles que lhe são meramente circunstanciais. Uma vez apresentado o conceito do contrato de franquia, adentra-se nas especificidades das obrigações geradas pelo contrato às partes franqueada e franqueadora.

2.2 Contrato de franquia: estrutura e função

Dos conceitos construídos doutrinariamente e a partir da leitura do artigo 1º da atual Lei 13.966/2019, pode-se extrair o delineamento do conteúdo essencial do contrato de franquia, isto é, a mínima unidade de efeitos essenciais para que um contrato assim possa ser qualificado.²⁵⁵ A seguir, apresentam-se tais obrigações essenciais, de maneira didática, dividindo-as naquelas assumidas pelo franqueador e pelo franqueado. Passo adiante, adentra-se na análise da complexidade de que se revestem a relação contratual de franquia e o *franchising* como prática mercadológica.

2.2.1 Obrigações essenciais do franqueador

Das obrigações essenciais por parte do franqueador, apontam-se as seguintes: *a)* cessão ao franqueado do uso de uma marca e dos demais sinais distintivos do negócio franqueado; *b)* a transferência do *know-how* e *c)* a prestação de assistência técnica.²⁵⁶

²⁵⁵ Trata-se da causa do contrato, na esteira da lição trazida por PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951. *Istituzioni di diritto civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1933, pp. 443-444. Nesse sentido, v., ainda: TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 131: “Embora não prevista pelo Código Civil, não há como se negar a importância da causa nos negócios jurídicos, tomada, na lição de Salvatore Pugliatti, como ‘síntese dos efeitos jurídicos essenciais’, único meio de se estabelecer as distinções entre contratos e a consequente disciplina jurídica a ser aplicada”. Pontes de Miranda, por sua vez, conceitua a causa como a “função que o sistema jurídico reconhece a determinado de ato jurídico” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 78).

²⁵⁶ Alguns autores apontam outras obrigações, que, contudo, podem-se resumir às três acima identificadas. Nesse sentido, v. LOBO, Jorge. *Contato de “franchising”*. Rio de Janeiro: Forense, 2003,

a) Cessão do uso de marca e sinais distintivos do negócio franqueado

A obrigação de o franqueador ceder o uso da marca e dos sinais distintivos do negócio conferirá ao franqueado o direito de explorar exclusivamente ou não a franquia, nos termos do artigo 1º da Lei 13.966/2019, que dispõe que franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito “a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual”. À tal obrigação será contraposta o dever, por parte do franqueado, de ostentar a marca e todos os símbolos distintivos do negócio franqueado.

Nos termos da Lei 9.279/96 – Lei de Propriedade Industrial –, a marca define-se como o sinal distintivo visualmente perceptível, sendo “usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”, nos termos de seus artigos 122 e 123.²⁵⁷ Assim, a função precípua de uma marca liga-se à associação que o consumidor fará de um produto ou serviço a determinada pessoa jurídica (titular da marca), distinguindo-os dos similares existentes no mercado.

Trata-se de direito cuja cessão se faz essencial ao contrato de franquia, tendo em vista que o negócio por ele instrumentalizado tem por causa a transferência de um modelo de negócio já implementado e testado no mercado. Assim, como destaca Maria de Fátima Ribeiro: “o que se deixa bem claro é que não se encontra nenhum contrato de franquia em que o franquizador não conceda ao franquiado o direito de utilizar uma marca bem implantada junto do público (consumidores), funcionando assim como garante do êxito comercial para os eventuais franquiados”.²⁵⁸

p. 39: “As principais obrigações do franqueador são: (1) pôr à disposição do franqueado o produto ou o serviço; (2) treinar o franqueado; (3) assisti-lo permanentemente, muitas vezes sob o aspecto econômico, financeiro, jurídico e técnico; (4) respeitar o prazo do contrato”.

²⁵⁷ Na lição da doutrina especializada: “(...) *marca* é um sinal que permite distinguir produtos industriais, artigos comerciais e serviços profissionais de outros do mesmo gênero, de mesma atividade, semelhantes ou afins, de origem diversa. É para o seu titular o meio eficaz para a constituição de uma clientela. Para o consumidor representa a orientação para a compra de um bem, levando em conta fatores de proveniência ou condições de qualidade e desempenho. Além disso, a marca atua como um veículo de divulgação, formando nas pessoas o hábito de consumir um determinado bem incorpóreo, induzindo preferências através do estímulo ocasionado por uma denominação, palavra, emblema, figura, símbolo ou outro sinal distintivo. É, efetivamente, o agente individualizador de um produto, de uma mercadoria ou de um serviço, proporcionando à clientela uma garantia de identificação do produto ou serviço de sua preferência”. (DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 332).

²⁵⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 158. Faz-se uma pequena reserva à posição da autora no sentido de que a cessão da marca não garante o êxito comercial da franquia.

O artigo 2º da revogada Lei 8.955/94 tratava da cessão de uso de “marca e patente”. Em boa hora, o artigo 1º da nova Lei das Franquias – Lei 13.966/19 ampliou o dispositivo normativo, valendo-se da expressão “marcas e outros objetos de propriedade intelectual”, de modo que o uso de todos os sinais distintivos devem ser objetos da cessão, sob pena de descaracterização do contrato de franquia. Desse modo, ao lado da cessão da marca, somam-se a cessão dos desenhos, modelos, *slogans*, ou seja, de todos os elementos que compõem a imagem de marca da rede franqueada.²⁵⁹

Portanto, no *franchising*, a cessão da marca e dos sinais distintivos assume papel essencial, uma vez que é a partir de seu uso que aos consumidores se permite identificar o empreendimento franqueado como pertencente a determinada rede. Assim, os sinais distintivos operam em favor do franqueado, permitindo-lhe captar a clientela da rede, que reconhecerá no novo estabelecimento os produtos ou serviços distribuídos pelo franqueador. Nesse sentido, o franqueado terá o *dever* contraposto de usar a marca e os signos distintivos, conforme se examinará adiante (v. item 2.2.2, *infra*).

A doutrina costuma destacar que o direito de uso cedido deverá ter por objeto uma marca já testada com êxito pelo franqueador, a ostentar, portanto, notoriedade no mercado.²⁶⁰ De acordo com essa compreensão, por meio do contrato de franquia não seria cedida uma marca, mas uma *imagem de marca*,²⁶¹ a ser explorada pelo franqueado. A imagem de marca vai além da marca, pois, para existir, faz-se necessário que esta apresente verdadeira notoriedade perante o mercado consumidor. Assim, de acordo com tal doutrina, configurar-se-ia essencial para o contrato de franquia a transferência de uma imagem de marca, concebida a partir do notório reconhecimento conferido à empresa franqueada.

²⁵⁹ O posicionamento é trazido por Maria de Fátima Ribeiro, ao discordar de Jean-Jacques Burst: “Esta última opinião merece-nos algumas reservas, pois, em nosso entender, é obrigatória a transmissão de todos os elementos que compõem a imagem de marca da rede de franquia; claro que eles podem variar de caso para caso, pelo que será necessário averiguar, em concreto, a respectiva essencialidade”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising):* noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime. Coimbra: Almedina, 2001, p. 158).

²⁶⁰ Nesse sentido, cf. lição de RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising):* noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime. Coimbra: Almedina, 2001, p. 159: “É então, essencial que se ceda o direito a usar uma determinada marca, já usada com êxito pelo franquizador e, consequentemente, implementada por este no mercado”.

²⁶¹ “Será oportuno realçar que, verdadeiramente, só existe uma imagem de marca se se tratar de uma marca com notoriedade, sendo que esta consiste, em primeiro lugar, no facto de o consumidor conhecer a existência de uma marca e, depois, de saber a que tipo de produto ela pertence”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising):* noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime. Coimbra: Almedina, 2001, p. 160).

Observa-se, entretanto, que tal compreensão não se revela a mais adequada. Isso porque não se deve exigir do franqueador que a marca já se encontre implementada nos mercados a serem conquistados pela franquia. Tal exigência acabaria por ignorar a vocação do *franchising* para atuar como instrumento de expansão territorial do modelo de negócio. Afinal, se é por meio das franquias que se pretende capilarizar a marca, não se pode impor como elemento essencial ao contrato que ela já detenha notoriedade desde antes do franqueamento.

Por óbvio, o modelo de negócio já deverá ter sido implementado e testado,²⁶² mas não se deve exigir da marca notoriedade nos novos territórios franqueados. Inclusive, a Lei 13.966/19 não faz essa exigência para que seja constituída uma franquia, não cabendo, portanto, ao intérprete fazê-lo. Em um país de larga extensão territorial como o Brasil, não é incomum que determinada marca tenha notoriedade em um estado, mas não seja sequer conhecida pela população do estado vizinho. O mesmo raciocínio é válido em relação a bairros das grandes metrópoles. Assim, não se pode exigir que um boteco no Recreio dos Bandeirantes, titular de um modelo de negócio sólido e bem implementado, tenha notoriedade em todo o estado do Rio de Janeiro para que possa ser franqueado em outros bairros.²⁶³

A cessão da marca e dos sinais distintivos, portanto, tem menos a ver com a sua notoriedade para a atração da clientela do que com o sinal de pertencimento e identificação do negócio franqueado com a rede de *franchising*. Assim, o franqueado será beneficiário do *marketing* da rede e de todas as práticas promovidas para a melhor implementação e execução do negócio. Ademais, imputa-se ao franqueador, (mais do que um direito), o *dever* de proteger a marca e os demais sinais distintivos de seu negócio. Assim, ao titular do modelo de negócio caberá não só a tutela da marca perante atos atentatórios praticados por terceiros, mas também a fiscalização das atividades de todos os franqueados, a garantir que o comportamento deles não prejudique a rede.

Não se ignora, contudo, a importância (e o valor) da marca para o negócio.²⁶⁴ Evidente o fato de que o franqueado, em geral, terá vantagens sobre um empresário do

²⁶² Sobre a formação de franquias, cf. DA SILVEIRA, Claudio Vieira. *Franchising: guia prático*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001.

²⁶³ Exige-se, para o franqueamento, um modelo de negócio formatado. Sobre o tema, v. DA SILVEIRA, Claudio Vieira. *Franchising: guia prático*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, pp. 58 e ss.

²⁶⁴ A *Brand Finance*, líder mundial em consultoria de marcas, fundada em 1986, apontou em seu ranking de 2019 as marcas mais valiosas do mundo, dentre as quais se destacam: em primeiro lugar, a *Amazon*, com valor de marca de 187,9 bilhões de dólares; em segundo lugar, a *Apple*, com valor de marca que

mesmo ramo não filiado a uma rede de franquias, ainda que este detenha idêntico *know-how*, pois enfrentará maiores dificuldades em atrair clientela dada a ausência dos traços distintivos detidos por aqueles que pertencem a uma rede de franquias.

Conclui-se no sentido de que não se faz essencial ao contrato de franquia a cessão da imagem de marca, mas apenas a do uso da marca juntamente com os “outros objetos de propriedade intelectual”, nos termos da Nova Lei de Franquias.²⁶⁵ Considera-se, por óbvio, que tão maior será o valor da marca quanto maior o seu capital atrativo. Afinal, a marca serve à confiabilidade dos produtos e serviços, base para a consolidação da clientela.²⁶⁶ Por lógica, quanto maior sua força perante o público consumidor, maiores as contrapartidas a serem pagas pelo franqueado.

Assim, no que toca o contrato de franquia, a marca, como visto, assume três relevantes papéis. Os dois primeiros referem-se à identificação da pessoa por detrás da prestação do serviço ou distribuição do produto e à distinção do produto de seus congêneres. No *franchising*, em especial, a marca exerce uma terceira e relevante função: a de sinal integrativo do negócio à rede franqueada.²⁶⁷ Assim, aos olhos do consumidor, a marca traduz instantaneamente a transmissão de todo o *know-how* do modelo de negócio já experimentado pelo franqueador ao franqueado. Trata-se da segunda obrigação do franqueador, que ora se passa a estudar.

b) Transferência do know-how

atinge os 153,6 bilhões de dólares e, em terceiro lugar, a *Google*, cujo valor de marca chega ao patamar de 142,7 bilhões de dólares. Sobre o tema, v. <https://exame.abril.com.br/marketing/amazon-e-a-marca-mais-valiosa-do-mundo-revela-brand-finance-2019> e <https://brandfinance.com>. Acesso em 2.11.2019.

²⁶⁵ Art. 1º Esta Lei disciplina o sistema de franquia empresarial, pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento.

²⁶⁶ Na lição de Tullio Ascarelli: “La protección de la marca no constituye ni un premio a un esfuerzo de creación intelectual, que pueda ser protegida por si misma, ni un premio por las inversiones en publicidad; es un instrumento para una diferenciación concurrencial que tiene como último fundamento la protección de los consumidores y por lo tanto, sus límites, en la función distintiva que cumple”. (ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia e de los bienes imateriales*. Barcelona: Bosch, 1970, pp. 438-439).

²⁶⁷ “A marca não é, pois, só a identidade pessoal de uma empresa ou empreendimento. Ela é o próprio rosto do empresário, enquanto atua profissionalmente, distinto de sua face ou de sua identidade pessoal, como pessoa natural. O valor de uma marca não é propriamente o que o produto coloca nela, mas o que o consumidor dela retira. Não é sem razão que a função básica de uma marca é a de fazer com que a decisão de compra por parte do consumidor seja a mais fácil e satisfatória para si”. (BARROSO, Luiz Felizardo. A importância do adequado registro das marcas para franqueadores e franqueados. *Revista da ABPI*, n. 16, mai/jun-1995, p. 47).

O termo *know-how*, abreviação da expressão inglesa *the know how to do it*, isto é, em português, *saber como se faz algo*, passou a ser utilizado usualmente em 1953 nos Estados Unidos. Na França, o termo foi traduzido para *savoir-faire* e, em Portugal, para saber-fazer. No Brasil, diante do alcance da já conhecida expressão e de um anglicismo linguístico majoritariamente aceito, faz-se uso, neste trabalho, da forma em inglês *know-how* para designar, na lição de Fran Martins, “certos conhecimentos ou processos, secretos e originais, que uma pessoa tem e que, devidamente aplicados, dão como resultado um benefício a favor daquele que os emprega”.²⁶⁸

E complementa o autor: “esses conhecimentos ou processos devem, como se disse, ser originais e secretos. É justamente com a sua aplicação que resultam benefícios em favor do utilizador do *know-how*. Daí a sua transferência ser considerada, hoje, uma forte fonte de rendas para os possuidores de *know-how*, sejam pessoas físicas ou jurídicas”.²⁶⁹

Torna-se, assim, essencial ao contrato de franquia a transferência do *know-how*, devendo o franqueador transmitir ao franqueado todo o saber-fazer que lhe permita executar fielmente o modelo de negócio, a manter a reputação da marca.²⁷⁰ Sem a transferência do *know-how*, o contrato se requalificaria para uma simples licença de uso de uma marca e sinais distintivos, o que, no mais das vezes, acabaria por desvirtuar a marca cedida, como alerta a doutrina:

sem ter acesso a este elemento do contrato, um franquiado poderia facilmente desvirtuar a imagem da marca em causa, o que não lhe traria a ele os mesmos resultados comerciais e, sem dúvida, acabaria com a “galinha dos ovos de ouro” do franquiador.²⁷¹

A transferência do *know-how* permite (ou melhor, impõe) ao franqueado a manutenção do empreendimento já testado e atestado pelo franqueador. Observa-se que o modelo de negócio bem-sucedido – transferido ao franqueado – não se deve confundir

²⁶⁸ A noção é trazida por MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 451-452. “Assim sendo, devem-se entender por *know-how* os conhecimentos secretos que uma pessoa tem, capazes de melhorar ou criar um produto, tornando-o mais rentável para o seu possuidor. Pode o *know-how* consistir em uma qualidade da pessoa. Essa qualidade induz à prática de uma certa técnica que pode ser comunicada a outra pessoa (...)”.

²⁶⁹ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 450.

²⁷⁰ “No caso concreto do contrato de franquia, o franquiador vai ensinar o franquiado a, com autonomia, repetir a sua experiência bem sucedida, a fim de conseguir obter os mesmos resultados no seu próprio mercado”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 166).

²⁷¹ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 166.

com a notoriedade da marca. É dizer: configura-se essencial para o contrato de franquia a transferência de um *know-how* já implementado pelo franqueador, pois não há franquia de um negócio inédito. Contudo, como visto acima, não se deve exigir da marca notoriedade para que o contrato seja qualificado como de franquia. Nesse contexto, o *know-how* é o elemento que permitirá ao franqueado executar o empreendimento tal como fora formatado pelo franqueador, isto é, o “pacote de franquia”, como se referem os especialistas.²⁷²

Não fosse a transferência de *know-how*, a cessão do uso da marca de pouco serviria ao franqueador, que, por falta de método e conhecimento adequados, correria grande risco de não implementar o negócio corretamente, o que geraria, ao fim do dia, prejuízo a toda a rede franqueada. Por isso, correspondente à obrigação de o franqueador fornecer o *know-how* haverá, para o franqueado, o dever de seguir rigorosamente as diretrizes traçadas.²⁷³

A abrangência e a qualidade da obrigação de transferência de *know-how* variarão de acordo com as especificidades de cada caso, a depender do ramo do mercado em que se opera o negócio franqueado. Para uma franquia no setor financeiro, por exemplo, imprescindível será a transferência de *know-how* contábil, enquanto que, para uma franquia no ramo da gastronomia, de outro modo, maior atenção deverá ser dada às receitas e modos de preparo dos pratos servidos.

Permite-se a conclusão de que o *know-how* jamais será um elemento accidental ao contrato de franquia. Costuma-se equiparar, na prática do *franchising*, o *know-how* à alma do negócio, que conecta franqueado e franqueador, enquanto a marca atua como o elo que une a franquia à clientela.²⁷⁴

²⁷² Sobre a formatação de franquias, cf. DA SILVEIRA, Claudio Vieira. *Franchising: guia prático*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 59: “Na *formatação* da operação para o *franchising*, a preparação do ‘pacote de franquia’ é o ponto fundamental e básico no trabalho especializado de qualquer consultor de *franchising*. A abrangência e o conteúdo do ‘pacote de franquia’ variam de caso a caso, dependendo do tipo de franquia a ser implantada e do estágio de desenvolvimento empresarial em que se encontra o negócio a ser franqueado”.

²⁷³ “Aspecto particularmente importante desta obrigação é o de que, para que o saber-fazer transmitido possa cumprir de maneira cabal esta função, deve ser suficientemente fiável para garantir a repetição da imagem de marca do franquiador em todos os pontos da rede, sem o que a sua própria perenidade seria posta em causa. O saber fazer constitui, assim, o ‘capital técnico’ oferecido pelo franquiador”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 167).

²⁷⁴ Para maior aprofundamento a respeito da figura do *know-how*, v. FELSANI, Fabiana Massa. *Contributo all’analisi del know-how*. Milano: Giuffrè, 1997; MAGNINI, François. *Know-how et propriété industrielle*. Paris: Librairies Techniques, 1974.

A doutrina aponta alguns elementos que constituem o *know-how*. Dentre eles, destacam-se a habilidade, a experiência e conhecimentos técnicos e os processos postos em prática na aplicação desses conhecimentos. Na lição de Fran Martins,

a *habilidade* é um elemento grandemente pessoal, que requer certas qualidades do agente. Tal elemento será talvez de pouca valia se a ele não se juntarem a *experiência*, isto é, o resultado da continuidade da experimentação, e os *conhecimentos técnicos*, que são como que o suporte para a habilidade e a experiência. O *processo* é um modo especial, original, que o portador do *know-how*, com sua habilidade, experiência e seus conhecimentos, utiliza para a obtenção do resultado desejado. Esses quatro elementos se integram de maneira disforme, podendo um suplantar o outro. De qualquer modo, são eles que caracterizam o *know-how*, da junção dos quais nasce, para o possuidor, um bem imaterial de valor patrimonial e que, por isso mesmo, pode ser transferido a outrem.²⁷⁵

Não se pode limitar, portanto, a noção de *know-how* aos elementos eminentemente técnicos. Definido como um conjunto de informações – geralmente de difícil obtenção – que, aliado à marca, aprimoram a competitividade daquele que o detém frente à concorrência, o *know-how* vai além do conhecimento técnico para abarcar a universalidade de procedimentos executivos e organizacionais que, reunidos, garantirá a maior competitividade do negócio.²⁷⁶

A transferência do *know-how* terá como contrapartida o dever de sigilo por parte do franqueado, que não poderá revelá-lo, e, ainda, na mais das vezes, servirá como fundamento da cláusula de não-concorrência aposta na grande maioria dos contratos de franquia,²⁷⁷ em razão da qual o franqueado não poderá exercer atividade concorrente à realizada pelo franqueador após o fim da vigência da relação.

A Lei 13.966/19 impõe que a COF – Circular de Oferta de Franquia – indique o tratamento do *know-how* após o término do contrato. Assim dispõe o inciso XV, alínea *a* do artigo 2º:

²⁷⁵ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 452.

²⁷⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

²⁷⁷ Como visto, a Lei 13.966/19 impõe que o tratamento do *know-how* após o término do contrato seja objeto da Circular de Oferta de Franquia: “Art. 2º Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente: XV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a: a) *know-how* da tecnologia de produto, de processo ou de gestão, informações confidenciais e segredos de indústria, comércio, finanças e negócios a que venha a ter acesso em função da franquia;”.

Para a implantação da franquia, o franqueador deverá fornecer ao interessado Circular de Oferta de Franquia, escrita em língua portuguesa, de forma objetiva e acessível, contendo obrigatoriamente:

XV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a:

- a) know-how da tecnologia de produto, de processo ou de gestão, informações confidenciais e segredos de indústria, comércio, finanças e negócios a que venha a ter acesso em função da franquia

Ou seja, apesar de a Lei não apontar a transferência de *know-how* como essencial ao contrato de franquia – até mesmo porque, como visto, o Diploma não regula o contrato em si –, pode-se dizer que, ao menos, indica, no dispositivo supracitado, que a franquia pressupõe o *know-how* como um dos bens imateriais transferidos do franqueador a todos os franqueados da rede. Assim, necessariamente deverão ser objeto de transferência as informações que integram o *know-how*, intrínsecos ao *modus operandi* do empreendimento.²⁷⁸

Toda a rede de franquia terá um *know-how* próprio, fruto do desenvolvimento a partir das experiências do franqueador em seu(s) estabelecimento(s) originário(s). Como ressaltado anteriormente, a franquia pressupõe um modelo de negócio já testado, implementado no mercado e, assim, formatado para ser transmitido, justamente porque o *know-how* – elemento essencial –, para ser constituído, pressupõe um importante período de maturação. A obrigação de transferência de *know-how* deverá se efetivar não apenas no início da vigência do contrato, devendo o franqueador se dedicar continuamente ao seu aprimoramento, promovendo, em consequência, reciclagens na rede franqueada. Por essa razão, a obrigação descrita pode ser qualificada como de trato sucessivo, por se prolongar na extensão de toda a relação contratual.

c) Prestação de assistência técnica

O contrato de franquia pressupõe o fornecimento pelo franqueador de assistência técnica ao franqueado, justamente com o fim de garantir que o *know-how* transmitido seja devidamente executado. Dessa maneira, o franqueador garantirá a

²⁷⁸ Na lição de Denis Borges Barbosa: “Na franquia existe, normalmente, um repasse de *know-how* organizacional, de conhecimentos técnico-industriais, e de técnicas de promoção, mas necessariamente acoplado ao uso de marcas, expressões de propaganda, nomes comerciais, títulos de estabelecimento ou outros elementos distintivos (uniformes idênticos, pinturas idênticas das fachadas etc.). O que se tem, na franquia, é o caso limita de cessão de aviamento, uma industrialização da própria operação artesanal, casual. As técnicas empresariais e produtivas, elas mesmas, se transformam em bens de troca em larga escala”. (BARBOSA, Denis Borges, *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003, p. 1.066).

preservação da marca cujo uso é cedido ao franqueado. A espécie de assistência técnica variará de acordo com o modelo de negócio franqueado, mas pode-se dizer que deverá compreender todo e qualquer recurso necessário para que o franqueado possa executar o empreendimento por si só.²⁷⁹

Deverá o franqueador prestar assistência técnica durante toda a execução do contrato, nos termos estabelecidos na avença, desde que, por evidente, não se furte da periodicidade indispensável para os bons andamentos do negócio franqueado. A assistência constitui-se, a um só tempo, um dever do franqueador e um direito do franqueado.

Não caberá ao franqueador, sob o argumento de prestar assistência técnica, imiscuir-se na direção dos negócios do franqueado, que conserva sua independência jurídica e financeira. Por outro lado, tampouco terá direito o franqueado de requerer indiscriminadamente assistência técnica ao franqueador, consultando-lhe de maneira exagerada (e indevida) a respeito de todo e qualquer detalhe de suas atividades.

É comum na prática negocial que a assistência técnica seja prestada, inclusive, antes da assinatura do contrato definitivo de franquia.²⁸⁰ Isso porque não raro a franquia consiste na primeira experiência empresarial do franqueado, tornando necessário o auxílio do franqueador a respeito da escolha do melhor ponto comercial, de informações sobre clientela, e de tantos outros detalhes relativos ao empreendimento.

Por exemplo, o franqueador de um negócio no ramo da alta gastronomia deverá, a partir de estudos de *geomarketing*, fornecer ao franqueado todas as informações a respeito do melhor lugar para estabelecer o ponto comercial, levando em consideração a medida do fluxo de pessoas que circula pelo local, a faixa de renda da clientela, etc. Os estudos, por muito, revelam-se impraticáveis pela pessoa do

²⁷⁹ “Além da concessão da franquia, deve o franqueador prestar também assistência técnica ao franqueado. O campo dessa assistência é muito amplo e depende do contrato a sua fixação. Pode consistir ela na mera assistência técnica em relação ao bom funcionamento de aparelhos, quando os objetos comercializados forem dessa natureza – marcas especiais de rádios, televisões, condicionadores de ar, refrigeradores, máquinas ou motores – até a colaboração na publicidade para maior venda dos produtos; pode também a assistência ser financeira, mediante o fornecimento de certas garantias, ou a assistência contábil, relativa à adoção de certa espécie de escrituração a ser observada pelo franqueado. Assim, haverá uma ligação constante entre franqueador e franqueado, todos visando a tornar mais fáceis e em maior número as vendas dos produtos”. (MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 441).

²⁸⁰ Sobre a formação do contrato de franquia, v. item 2.2.4.

franqueado, razão pela qual, geral, ao franqueador caberá fornecer a adequada assistência para a implantação do negócio.

Cada espécie de franquia reclamará por um tipo de assistência diversa, de modo que o merecimento de tutela do direito do franqueado ao auxílio deverá ser analisado caso a caso, conforme se observará da análise jurisprudencial trazida no Capítulo III deste trabalho.

Por fim, não se questiona a essencialidade da prestação de assistência técnica ao contrato de franquia. Afinal, não haja a previsão, o acordo deverá ser requalificado como uma simples licença onerosa de uso de marca e de transferência de *know-how*. Para que haja contrato de franquia, portanto, é indispensável a prestação de assistência técnica por parte do franqueador, a gerar o vínculo imprescindível entre franqueador e franqueado, promovendo o sucesso da rede.

2.2.2 Obrigações essenciais do franqueado

O artigo 1º da Lei 13.966/19 não trata das contrapartidas obrigacionais que deverão ser prestadas pelo franqueado, limitando-se a definir o contrato de franquia a partir de algumas das obrigações a serem cumpridas pelo franqueador “mediante contraprestação remuneração direta ou indireta”. Contudo, obrigações do franqueado integram a causa do contrato de franquia, dentre as quais se podem listar: i) o pagamento de remuneração ao franqueador; ii) o respeito às diretrizes impostas pelo franqueador e iii) a tolerância ao controle exercido pelo franqueador.

a) Pagamento de remuneração ao franqueador

Conforme desenvolvido adiante (v. item 2.2.3, *infra*), o contrato de franquia classifica-se como um negócio oneroso, de modo que haverá dispêndio econômico para ambas as partes envolvidas na relação. Se, por um lado, o franqueador cede o uso de sua marca, transfere o *know-how* e presta assistência técnica ao franqueado; por outro, deverá este, para além do cumprimento de outras obrigações, pagar ao franqueador a devida remuneração. A onerosidade, portanto, é essencial ao contrato de franquia. Assim, ao franqueado cumpre realizar prestações pecuniárias, que, em geral, dividem-se em duas: i) a taxa de franquia e ii) os *royalties*.²⁸¹

²⁸¹ “De facto, essas prestações são a contrapartida da transmissão ao franquiado, pelo franquizador, dos métodos que, de acordo com a sua experiência bem sucedida, são aptos mesmo para a criação de uma

A primeira se refere a uma contrapartida inicial, geralmente estabelecida em valor fixo, que visa a remunerar o franqueador pela assistência para a implementação da franquia, pela transferência do *know-how* e pela cessão do uso da marca e sinais distintivos. Ademais, remunera-se com a taxa de franquia a cessão dos manuais de operação,²⁸² o acesso aos projetos arquitetônicos e a assessoria na escolha do ponto comercial, assim como outras prestações que poderão ser incluídas no contrato.²⁸³ Em geral, a taxa de franquia (também denominada *initial fee* ou taxa de ingresso) paga-se de uma só vez, no ato da assinatura do contrato.

Evidentemente, a remuneração inicial por meio da taxa de franquia não garante ao franqueado o sucesso de seu empreendimento. Seria temerário afirmar que o pagamento da taxa assegura o sucesso global da empresa, ainda que o franqueado respeite e execute fielmente o modelo de negócio apresentado pelo franqueador. O *franchising* carrega em si, além de uma técnica de expansão mercadológica, uma instrumento para repartição de riscos, que, deslocados do franqueador ao franqueado, ainda subsistem, mesmo que relativamente reduzidos.

Observa-se, por fim, que a taxa de franquia exerce a função de remuneração do franqueador pelos serviços iniciais prestados. Assim, afasta-se a qualificação da taxa inicial como caução, tendo em vista que se de caução tratasse “o direito de entrada deveria ser integralmente devolvido uma vez cumprida a respectiva função; ou seja, nomeadamente, findo o período em que o contrato não está ainda em plena execução, ou depois de paga a última prestação periódica devida pela execução o contrato”.²⁸⁴ Nada impedirá, contudo, que determinado valor seja estipulado a título caução. Nesse caso,

nova clientela”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising)*: noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime. Coimbra: Almedina, 2001, p. 186).

²⁸² “Os diversos manuais de franquia, a partir do manual de operações, são partes integrantes do contrato de franquia, devendo, portanto, as obrigações instituídas por meio dos manuais ser coerentes com o que disser o respectivo contrato. Nesse sentido, o contrato de franquia deve declarar, solenemente, que os manuais são uma extensão desses mesmos contratos, ficando o franqueado obrigado a seu cumprimento, como se do próprio contrato se tratasse. Os manuais servem, pois, para reforçar as obrigações contratualmente assumidas, complementando e detalhando essas mesmas obrigações, sem, contudo, perder a flexibilidade inerente à atividade empresarial”. (BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 69).

²⁸³ “A taxa de franquia é um pagamento fixo, normalmente pago de uma só vez, no momento da assinatura do contrato. É a taxa, como se vê da tabela, que permite o acesso aos manuais de operação – o *know-how* – e dá a permissão para uso da marca”. (SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4).

²⁸⁴ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising)*: noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime. Coimbra: Almedina, 2001, p. 188.

não se estará diante da taxa inicial, mas de prestação outra, que poderá ser incluída pela pelas partes no exercício de sua autonomia.

Os *royalties*, por sua vez, dizem respeito à contraprestação periódica paga pelo franqueado ao franqueador a título de remuneração pela assistência técnica fornecida – nela incluída consultoria de campo e o treinamento de pessoal –, pela manutenção do uso da marca e, por fim, por todos os benefícios que o pertencimento à rede de *franchising* traz ao franqueado.²⁸⁵

Tal contraprestação poderá ser paga em um valor fixo pré-determinado pelo franqueador ou, como ocorre no mais das vezes, por meio de um percentual que recaia sobre a receita auferida pelo franqueado. Tanto a base de cálculo quanto o percentual poderão ser livremente pactuados no contrato. Há, ainda, a possibilidade de os *royalties* serem calculados em percentual regressivo, a incentivar a produtividade do franqueado. Nesses casos, prevê-se contratualmente que, quanto maior o faturamento, menor será o percentual de *royalties* aplicado.

Ressalta-se, por fim, que a essencialidade da obrigação reside no dever de o franqueado remunerar o franqueador, não importando a forma de remuneração adotada. Explica-se: poderá o franqueador definir uma ou outra espécie de remuneração – taxa de franquia ou *royalties* – ou as duas cumulativamente – taxa de franquia e *royalties*. Trata-se de escolha relacionada à estratégia de expansão empresarial que toma por base a seleção de perfil de franqueado procurado pelo franqueador.

Se o franqueador pretende atrair franqueado com maior fôlego de investimento, é natural que eleve a taxa inicial, cobrando *royalties* em menor proporção. Por outro lado, se o intuito é pulverizar o negócio de forma mais acelerada, a estratégia adotada será a contrária: reduz-se a taxa de ingresso para aumentar a cobrança periódica de *royalties*. Ainda, pode-se dizer que, em momentos de recessão econômica, as taxas de ingresso tendem a se retrain, aumentando, em compensação, o valor dos *royalties*.

²⁸⁵ “Pelos *royalties* o franqueado paga o permanente assessoramento do franqueador, a importante função de desenvolvimento de novos produtos e tecnologia de ponta, e a continuidade do uso da marca”. (SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 5).

Haverá casos, ainda, em que o franqueador não cobrará taxa de franquia alguma, o que elevará, em regra, os *royalties* devidos.²⁸⁶

b) *Respeito ao modelo imposto pelo franqueador*

A segunda obrigação do franqueado refere-se ao dever de respeitar as diretrizes impostas pelo franqueador, o que se traduz na utilização da marca, dos demais signos distintivos e do *know-how* cedidos. Trata-se de obrigação corresponsável às assumidas pelo franqueador de ceder sua marca e *know-how*, conforme visto acima (v. item 2.2.1, *supra*). O cumprimento dessa obrigação, em geral, mostra-se de interesse do franqueado, visto que foi justamente pelo acesso aos bens transmitidos que preferiu investir em determinada franquia em vez de empreender concorrentemente à rede.²⁸⁷

A utilização dos signos distintivos e do *know-how* faz-se essencial para o desenvolvimento da rede. O franqueador, ao escolher o *franchising* como instrumento de expansão de seu negócio, visa à exata replicação do modelo de empreendimento formatado. Por esse motivo, jamais será facultado ao franqueado adotá-lo ou não. O respeito às diretrizes negociais é, em verdade, rigorosamente fiscalizado pelo franqueador. Qualquer descumprimento, ainda que parcial, gera prejuízo à confiança entre as partes e, ainda, ao equilíbrio da rede de franquias, razão pela qual poderá acarretar em pleito pela resolução do contrato, conforme será estudado no Capítulo III deste trabalho (v. item 3.1, *infra*).²⁸⁸

Essa obrigação do franqueado justifica, em maior grau, a classificação do contrato de franquia como um contrato personalíssimo (*intuito personae*), dado que o franqueador, após rigoroso processo seletivo, deverá selecionar dentre os candidatos aquele que se mostrar mais apto justamente à execução do modelo de negócio proposto, explorando o capital técnico (*know-how*) e o capital mercadológico (marcas e outros sinais distintivos) transmitidos pelo franqueador. Essa obrigação, de cunho positivo –

²⁸⁶ Sobre esse ponto, a doutrina europeia analisa comparativamente o comportamento do *franchising* europeu frente ao americano. Segundo Maria de Fátima Ribeiro, “o franquiado europeu, ao contrário do americano, prefere pagar *royalties* mais elevados e um *initial fee* menos significativo. Tal pode ficar a dever-se ao receio do franquiado de se envolver em falsas franquias, mas deve-se, essencialmente, ao desejo de reduzir o nível inicial de risco e de assegurar durante toda a duração do contrato a colaboração do franquiador, dado que o franquiado europeu está mais inclinado a defender-se do franquiador e a realizar um nível de rentabilidade imediata mais elevado, renunciando à prossecução de uma estrutura empresarial própria”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising)*: noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime. Coimbra: Almedina, 2001, p. 189).

²⁸⁷ LELOUP, Jean-Marie. *Droit et pratique de la franchise*, 4ª ed., Paris: Delmas-Dalloz, 2004.

²⁸⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising)*: noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime. Coimbra: Almedina, 2001, p. 182.

um *fazer* – justifica a terceira e última obrigação listada, de cunho negativo – um *não-fazer*: a tolerância ao controle do franqueador, que se passa a estudar.

c) Tolerância ao controle do franqueador

O franqueador, em razão do interesse em manter incólume sua marca e de fazer da franquia uma fiel reprodução de seu modelo de negócio, tem o direito (e o dever!) de exercer sobre o franqueado certo controle sobre os produtos por ele vendidos e/ou sobre os serviços por ele prestados. Contraposta a esse direito do franqueador, existe uma obrigação negativa por parte do franqueado justamente de suportar o exercício de tal controle.

O controle se faz exercido no interesse não apenas do franqueador, mas também de todos os franqueados da rede, tendo em vista que reúnem o objetivo de preservar a marca e, assim, fortalecer o negócio franqueado. No tocante aos meios de exercício do controle, o franqueador pode valer-se de mecanismos aplicáveis durante a execução do contrato, tais como inspeções a fim de verificar o cumprimento pelo franqueado dos padrões exigidos.²⁸⁹ Ainda, o franqueador pode lançar mão de mecanismos de controle prévio, como a edição de manuais operacionais aos quais deverá se submeter o franqueado.²⁹⁰

O fato de o franqueador exercer controle sobre a atividade do franqueado não gera, por si só, vulnerabilidade contratual, que poderá advir (não do exercício do direito de controle, mas) da dependência contratual que se faça presente em determinados aspectos do contrato de franquia. Em outras palavras, o franqueado, como se verá adiante (v. item 2.3.2, *infra*) não deve ser compreendido como subordinado ao franqueador.

Inclusive, deve-se apontar que o direito de controle é exercido em benefício dos próprios franqueados, caracterizando-se como situação de poder jurídico. Desse modo, deve ser afastada a legitimidade de qualquer imposição por parte do franqueador

²⁸⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 182.

²⁹⁰ “Os manuais funcionam como valiosa ferramenta de trabalho e como referência de consulta para o dia-a-dia do franqueado e dos seus funcionários. Eles devem fazer parte integrante do Contrato de Franquia empresarial porque definem os procedimentos padronizados da rede franqueada e estabelecem padrões de comportamento para serem cumpridos pelo franqueado, constituindo-se em parte essencial do processo de franqueamento”. (DA SILVEIRA, Claudio Vieira. *Franchising: guia prático*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 167).

que atenda a seus exclusivos caprichos, desconsiderando a posição do franqueado e, sobretudo, os interesses globais da rede.²⁹¹

2.2.3 Classificações do contrato de franquia

Em geral, os contratos se classificam a partir de diversos critérios, aptos a individuar, dentre inúmeras possibilidades, a normativa que servirá à sua interpretação-qualificação.²⁹² Realizada a análise das obrigações que compõem a mínima unidade de efeitos do contrato de franquia, cumpre, neste ponto, passar às classificações que se colocam sobre o referido contrato.

a) O contrato de franquia como contrato típico e nominado

O primeiro critério de classificação diz respeito à *tipicidade*. Na lição de Paulo Lôbo, “os contratos atípicos são modelos negociais que não têm previsão expressa na legislação. São contratos livremente elaborados pelos contratantes, que assim preferem não utilizar os modelos legais, para autorregulação de interesses específicos”,²⁹³ enquanto que contrato típico se definiria como aquele “reconhecido formalmente pelo direito, segundo modelo fixado pelo legislador”.²⁹⁴ Ainda, Orlando Gomes afirma que “a expressão *contratos típicos* designa os contratos esquematizados na lei, formando espécies definidas. Dizem-se atípicos os que não se acham especificamente regulados”.²⁹⁵

Para os autores citados, a classificação a respeito da tipicidade corresponderia à que diz respeito à nominalidade do contrato. Nesse sentido, contrato típico seria sinônimo de contrato *nominado*, enquanto que contrato atípico encontraria sinonímia no

²⁹¹ O juízo de merecimento de tutela dos instrumentos de controle utilizados pelo franqueador deverá, como alerta a doutrina, ser realizado *in concreto*. Nesse sentido, v. RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 194: “Em resumo, apenas perante o caso concreto e tendo em conta as verdadeiras motivações e necessidades do franquiador e da rede franquiada poderá julgar-se se o poder de controlo exercido é, ou não, excessivo”.

²⁹² “Os contratos agrupam-se em diversas categorias, suscetíveis, isoladamente, de subordinação a regras idênticas ou afins. Daí a utilidade de sua classificação. Interessa distingui-las, pois o conhecimento das suas particularidades é de considerável interesse prático. Há quem lhe atribua valor puramente teórico e considere que sua utilidade é a de uma nomenclatura destinada a tornar mais simples a linguagem do legislador, mas esse juízo não procede em face da importância das *qualificações* em Direito”. (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 70).

²⁹³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 95.

²⁹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 97.

²⁹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81.

contrato *inominado*.²⁹⁶ A afirmativa não é verdadeira: as classificações não se confundem.

A tipicidade refere-se à existência de uma regulação legal e, em certa medida, da fixação de um modelo contratual pela legislação. Frise-se, por oportuno, que o modelo não é dotado de rigidez, deixando a lei, por muito, grandes espaços de autorregulamentação, próprios da atividade privada.²⁹⁷ A nominalidade do contrato, por outro lado, liga-se tão somente à existência de um nome fornecido pela legislação. Contrato nominado é o contrato “batizado” pela Lei, ainda que por ela não seja regulado.

No mais das vezes, as classificações coincidem. Isto é, a experiência demonstra que os contratos nominados são, em sua maioria, típicos; enquanto que os inominados flutuariam no campo da atipicidade. Há, contudo, exceções: casos em que o contrato, apesar de ter um *nomen iuris* estabelecido pelo ordenamento, não se encontra por ele regulado.

Nesse sentido, lecionava Fábio Ulhoa Coelho com base na revogada Lei 8.955/94, lição que ainda se mostra atual considerando-se os termos da nova Lei das Franquias: “pode-se ainda considerar a franquía exemplo de contrato atípico, já que a Lei nº. 8.955/94 não dispõe sobre o conteúdo da relação negocial, não define os direitos e deveres dos contratantes, mas apenas obriga o franqueador, anteriormente à conclusão do contrato, a expor claramente aos interessados na franquía as informações essenciais”.²⁹⁸ Assim, para o autor, muito embora nominado e definido pela Lei 13.966/19, o contrato de franquía não se encontraria propriamente regulado pelo diploma legal.

Em sentido contrário está o magistério de Fran Martins, para quem, no Brasil, o contrato de franquía “é um contrato típico, regulado numa lei lacônica”.²⁹⁹ Concorde-se com o autor. Apesar de o contrato ser parcamente regulado, é possível extrair da Lei

²⁹⁶ Nesse sentido, cf. a lição de GOMES, Orlando: “Os contratos típicos também são chamados *nominados*, e os *atípicos inominados*”.²⁹⁶ (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.81). No mesmo sentido, o ensinamento de LÔBO, Paulo: “Os contratos típicos são também conhecidos como nominados, tendo em vista a denominação difundida no tráfico jurídico, que os singulariza”. (LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Contratos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 97).

²⁹⁷ LÔBO, Paulo, *Direito Civil: Contratos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 97.

²⁹⁸ ULHOA COELHO, Fábio. Considerações sobre a lei de franquía. *Revista da ABPI*, n. 16, mai/jun, 1999, pp. 15-16.

²⁹⁹ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 445.

suas partes, seus elementos constitutivos e as obrigações essenciais dos contratantes. Dessa forma, faz-se possível identificar uma mínima unidade de efeitos no contrato, de tipicidade social reconhecida, muito embora o legislador tenha dado maiores atenções ao dever prévio de *disclosure* das informações por parte do franqueador, dedicando poucas linhas à execução do contrato de franquia.

a) *O contrato de franquia como contrato bilateral*

A dualidade “bilateral-unilateral” diz com, ao menos, dois possíveis planos de distinção e análise dos contratos.³⁰⁰ Em perspectiva estática, a classificação pode se limitar a distinguir contratos com obrigações a cargo de uma ou de ambas as partes. Assim, classificados como unilaterais seriam os contratos em que se dispusessem obrigações tão somente para um dos contratantes, a eles se contrapondo os bilaterais, do qual emanariam obrigações para ambos os contratantes.³⁰¹ Em uma segunda acepção, já em perspectiva dinâmica, a classificação assume o condão de diferenciar os ajustes segundo a maneira pela qual se interligam as prestações.³⁰² Nessa toada, por bilaterais se compreendem os contratos dos quais emane um vínculo de sinalagmaticidade (ou sinalagma).

A despeito de sua importância histórica,³⁰³ a primeira forma de classificação realiza exame meramente estrutural, a descurar da complexidade do vínculo contratual formado. Entendida a relação obrigacional como um processo dirigido ao adimplemento (*rectius*, à realização da função concreta do contrato),³⁰⁴ bem se pode entrever que as partes encontram-se diante de uma relação jurídica complexa, informada pelos princípios constitucionais. Nesse sentido, ambas titularizam uma ampla gama de

³⁰⁰ Acrescente-se, ainda, a classificação referente não aos contratos, mas aos negócios jurídicos, a diferenciá-los segundo o número de interesses contrapostos existentes na avença. Desse modo, unilaterais seriam os negócios jurídicos em cuja formação se verificasse apenas um único interesse albergado pela avença, enquanto que por bilaterais se compreenderiam os negócios que diziam respeito a dois interesses correspectivos. Sob esse aspecto, mostra-se correto afirmar que todo contrato se revela, ao menos, bilateral, dado que a presença de dois ou mais centros de interesses distintos consiste em elemento fundamental para sua efetiva formação. V. BESSONE, Darcy. *Do contrato (teoria geral)*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 69-71.

³⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 57.

³⁰² V. BESSONE, Darcy. *Do contrato (teoria geral)*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 69-71.

³⁰³ A alusão à bilateralidade ou unilateralidade quanto às obrigações remonta às origens do *Code Civil* Francês de 1804: Art. 1.102. “Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s’obligent réciproquement les uns envers les autres”. Art. 1.103. “Il est unilatéral lorsqu’une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d’engagement”.

³⁰⁴ COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20; LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 38-39.

situações instrumentais ao reclame dos interesses concretos buscados pelas partes.³⁰⁵

Assim, parece que a segunda acepção, baseada na existência ou não de interligação entre as prestações, melhor se coaduna à ordem contratual contemporânea. A diferenciação reside na configuração do chamado *sinallagma contrattuale*, a cuja observância atribui-se a existência da corresponsividade entre as obrigações.³⁰⁶ É dizer: se uma prestação encerra a razão de ser da outra, tornando presente o nexo de sinallagmaticidade, o contrato se reputa bilateral.³⁰⁷ Inexistente este liame, do contrário, o contrato se classifica como unilateral.³⁰⁸

Há autores, inclusive, com base nessas premissas, que preferem se referir à categoria dos *contratti con prestazioni corrispettive* e *contratti a carico di una sola parte*, na esteira da posição adotada pelo Código Civil Italiano,³⁰⁹ eis que, tecnicamente, a bilateralidade diz respeito (não já ao contrato em si, mas) ao fato de uma prestação

³⁰⁵ “Numa relação obrigacional complexa considera-se o conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92). V. tb. KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé, objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1.276.311. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 50, p. 221).

³⁰⁶ Assim, PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. pp. 646-647.

³⁰⁷ “Para que um contrato seja reputado não basta a existência de obrigações recíprocas. Afinal, a perspectiva dinâmica do direito obrigacional indica que toda prestação se mostra complexa, porque relacionada com múltiplos centros de interesse, não existindo relação contratual, a rigor, que não importe em deveres recíprocos. Bastaria a propósito invocar o dever de boa-fé objetiva, imperativo em todas as relações obrigacionais, para clarificar tal perspectiva. O que torna o contrato bilateral, portanto, não é a mera presença de obrigações atribuídas a ambas as partes, mas a existência de relação de corresponsividade entre estas, de molde que uma obrigação seja a razão jurídica da outra” (TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo código civil*, vol. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 32-33). V. tb., PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 209; ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, pp. 538-539; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 360. Em sentido contrário, MARQUES, Roberto Wagner. A doação modal no Código Reale. *Revista de Direito Privado*, vol. 42, 2010, pp. 95-96.

³⁰⁸ O sinallagma possui íntima conexão com a causa do negócio, sendo, por essa razão, considerado o nexo funcional entre prestações. Nesse sentido, cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 71. V., também, BODIN DE MORAES, Maria Celina. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro, cit., p. 41.

³⁰⁹ V., por todos, o artigo 1467 do Código Civil Italiano: “Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168)”. Na doutrina, cf. BISCONTINI, Guido. *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti*: il problema della donazione mista. Camerino-Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 70; PINO, Augusto. *Il contratto con prestazioni corrispettive*: bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto. Padova: CEDAM, 1963, pp. 9-11.

traduzir razão de ser da outra.³¹⁰ Assim, para que se identifique o sinalagma contratual, essencial que se investigue, na concreta regulamentação de interesses, se se afigura possível alcançar-se um equilíbrio entre os efeitos do cumprimento e do descumprimento das prestações.³¹¹

À luz do exposto, se o franqueador assume a obrigação de ceder o uso de sua marca, transferir o *know-how* e prestar assistência técnica, está claro que tais obrigações são a própria razão de ser da contrapartida pecuniária paga pelo franqueado. Por essa razão, o contrato de franquia deve ser classificado como um contrato bilateral (ou sinalagmático).³¹² Como efeito da classificação, mostra-se plenamente aplicável ao contrato de franquia institutos como a exceção de contrato não cumprido, prevista no artigo 476 do Código Civil.³¹³

Observe-se, por fim, que o aspecto de cooperação existente no *franchising* não faz do contrato de franquia um ajuste plurilateral ou associativo. Conforme será estuado adiante (v. tem 2.2.4, *infra*), as partes, apesar de compartilharem um interesse comum – o sucesso da rede –, vinculam-se para a satisfação de interesses eminentemente contrapostos e sinalagmático, que consiste, em linhas gerais, no pagamento de contraprestação e cessão do modelo de negócio a ser executado. O sucesso do empreendimento é consequência do *franchising* como empreendimento, enquanto a função do contrato é o cumprimento de obrigações marcadas por um nexo de sinalagmaticidade.

b) O contrato de franquia como contrato oneroso

³¹⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29. “(...) É natural que o predicado da “correspectividade seja atribuído ao contrato como um todo, por derivação; daí porque se diz haver contratos sinalagmáticos quando, a rigor, a referência se dirige a contratos em que as obrigações essenciais são sinalagmáticas, ou correspectivas” (BUTRUCÉ, Vitor Augusto José. A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro contemporâneo: funções, pressupostos e limites de um “direito a não cumprir”. *Dissertação de Mestrado*. UERJ. Rio de Janeiro, 2009, p. 81).

³¹¹ “Realmente, no contrato bilateral as obrigações são equivalentes uma da outra, de forma que a parte que exige a prestação da outra, sem ter cumprido a sua, desnatura o caráter da obrigação da qual reclama o pagamento, pois a encara como se fosse isolada, não levando em conta a equivalência” (CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil interpretado*, vol. XV. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas bastos, 1989, p. 237).

³¹² Para Fran Martins, “É, também, [o contrato de franquia] um contrato *bilateral, do acordo nascendo obrigações para ambas as partes*. O franqueador, além de ceder o uso de suas marcas, se obriga a prestar assistência técnica e comercial ao franqueado. Este, por sua vez, além de se obrigar a pagar as taxas sobre as vendas ao franqueador, é obrigado a manter a reputação dos produtos que distribui, fazer publicidade e realizar inúmeras outras prestações estabelecidas no contrato”. (MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 446).

³¹³ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

A classificação ora estudada relaciona-se com os efeitos econômicos que emergem do contrato, dividindo-os em *onerosos* e *gratuitos*. Dizem-se onerosos os contratos que pretendem gerar vantagens e desvantagens econômicas para ambas as partes. De outro turno, o contrato se classifica como gratuito quando o ônus econômico é suportado por apenas uma das partes. Contratos assim classificados terão por causa sempre um ato de liberalidade em favor de um dos contratantes, de modo que também são conhecidos como contratos *benéficos*.³¹⁴

A classificação quanto aos proveitos e ônus econômicos oriundos do contrato não se confunde com a vista anteriormente, que divide os contratos em unilaterais e bilaterais. Muito embora, em geral, os contratos onerosos se identifiquem com os contratos bilaterais e os gratuitos, com os unilaterais, as classificações não se confundem. A divisão ora estudada repousa sobre um critério econômico: o surgimento de ônus e vantagens econômicas para um ou mais polos da relação; enquanto que a classificação entre bilateral e unilateral, como visto, tem a ver com a existência ou inexistência de obrigações recíprocas, que encontram sua razão de ser uma na outra.

Dessa forma, o contrato de franquia se classifica nitidamente como um contrato oneroso, tendo em vista que gera ônus patrimonial para ambas as partes.³¹⁵ Se, de um lado, o franqueador despende com a cessão de sua marca, transferência de *know-how* e com a prestação periódica de assistência técnica; de outro, o franqueado necessariamente arcará com o pagamento de contraprestação, que, como visto, poderá ser dividida em momentos distintos (taxa de franquia e *royalties*), a depender da estratégia econômica adotada pelo franqueador.³¹⁶

De todo modo, a onerosidade é da essência do contrato de franquia. É dizer: se um contrato prevê a realização das obrigações do franqueador sem que haja deveres recíprocos por parte do franqueado, não se estará diante de um contrato de franquia.

³¹⁴ “Encarados quanto ao objeto perseguido pelas partes, os contratos são: onerosos, aqueles dos quais ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra. Gratuitos ou benéficos, aqueles dos quais somente uma aufere a vantagem, e a outra suporta, só ela, o encargo”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: contratos*, v. 3, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 56).

³¹⁵ “A *onerosidade* resulta do proveito que as partes têm na franquia. O franqueado, mesmo não pagando a taxa inicial, fica sujeito a pagar ao franqueador percentagens sobre suas vendas. Esse pagamento representa a remuneração do franqueador pela concessão de suas marcas na comercialização dos produtos”. (MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 445-446).

³¹⁶ Mello, Adriana Theodoro de. *Franquia Empresarial: responsabilidade civil na extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 68.

Assim, não restam dúvidas a respeito da classificação do contrato ora estudado como oneroso, já que ambas as partes buscam inúmeras vantagens econômicas e negociais, conforme será elucidado adiante (v. item 2.2.4, *infra*).

c) *O contrato de franquia como contrato comutativo*

A classificação dos contratos em comutativos ou aleatórios diz respeito à certeza, ou melhor, à expectativa de certeza que as partes detêm a respeito da proporcionalidade entre as vantagens em que incorrerão e os sacrifícios que terão de suportar. Trata-se, a rigor, de uma subclassificação dos contratos bilaterais e onerosos. Afinal, apenas nessas espécies contratuais será possível avaliar a reciprocidade ou não entre as prestações. Isso porque, nos contratos gratuitos e unilaterais, como visto, não há ônus suportado por ambas as partes.³¹⁷

Assim, classifica-se como comutativo o contrato em que for dado a qualquer das partes, desde a formação do vínculo, estimar a proporcionalidade entre a sua prestação e a prestação da correspectiva do outro polo. Por outro lado, aleatório será o contrato em que ao menos sobre uma das partes recairá incerteza a respeito da proporcionalidade entre a vantagem esperada e seu sacrifício. Não se faz necessário, para tal classificação, que a incerteza recaia sobre ambas as partes. Basta que a prestação de uma das partes não seja precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia.³¹⁸ Trata-se, portanto, de contratos *de risco*,³¹⁹ em que uma das partes suporta justamente uma dose de álea, incerteza.³²⁰

³¹⁷ Na precisa lição de GOMES, Orlando: “Os *contratos onerosos* subdividem-se em *comutativos* e *aleatórios*. Nos *contratos comutativos*, a relação entre *vantagem* e *sacrifício* é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às prestações. Nos *contratos aleatórios*, há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício”. (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 74). Ainda, esclarece TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina e BARBOZA, Heloisa Helena: “A designação de contratos aleatórios deriva do latim *alea* (sorte), que no caso consiste na expectativa da ocorrência de acontecimento incerto e casual. Com base na sua experiência de vida e na observação dos fatos, as pessoas calculam e contratam as probabilidades de alcançar determinadas vantagens futuras ou de evitar os efeitos de determinados fatos indesejáveis que possam ocorrer, assumindo, porém, o risco de que tais expectativas não se realizem e, por conseguinte, de vir a sofrer o prejuízo correspondente. Daí a observação de Carvalho Santos de que o contrato aleatório ‘nasce de esperanças e receios’”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 89).

³¹⁸ “Há uma corrente doutrinária tradicional que situa a noção de contrato aleatório na existência da álea bilateral. Mas a evolução desse tipo de negócio o desautoriza. Basta que haja o *risco* para um dos contratantes”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 59).

³¹⁹ “Se é certo que em todo contrato há um *risco*, pode-se contudo dizer que no contrato aleatório este é da sua essência, pois que o ganho ou a perda consequente está na dependência de um acontecimento

Dessa maneira, o contrato de franquia classifica-se como comutativo. Apesar de comportar formas variadas de contraprestação por parte do franqueado, conforme analisado anteriormente (v. item 2.2.2), tem-se que a álea *não* compõe a causa do referido contrato. Ou seja, não se deve compreender o risco assumido por franqueado e franqueador em seus empreendimentos como uma álea inerente ao contrato de franquia. Ainda que a lucratividade da unidade franqueada não seja objeto de certeza, o contrato de franquia, ao dispor detalhadamente as contraprestações que serão pagas pelo franqueado ao franqueador e os serviços que este prestará àquele, elimina a álea da relação contratual, que, portanto, classificar-se-á como comutativa, muito embora ainda subsista o risco do empreendimento em si.

d) *O contrato de franquia como contrato consensual e formal*

Como consensual se classificam os contratos que se aperfeiçoam exclusivamente pelo acordo de vontades, isto é, pelo mero consenso (*solo consensu*), ao passo que por real entende-se o contrato que exige a entrega de determinado bem como etapa de sua formação.³²¹ Não importa à classificação do contrato como consensual o meio pelo qual será manifestado o consenso – se verbalmente, por escrito, em instrumento particular ou público. Desde que a lei não estabeleça a entrega de uma coisa como etapa da formação do contrato, estar-se-á diante de um contrato eminentemente consensual.³²²

incerto para ambos os contratantes”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 59). No mesmo sentido, cf. a lição de LÔBO, Paulo: “Contratos aleatórios são contratos bilaterais, nos quais uma das prestações está sujeita a risco, total ou parcial, de vir a existir ou não. São também conhecidos como contratos de risco”. (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: contratos*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100).

³²⁰ Há espécies de contrato aleatórios tratadas pelo Código Civil e amplamente analisadas pela doutrina, o que não cumpre realizar nesta sede. Sobre a classificação dos contratos aleatórios, remete-se a PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 59-60; GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 74-75.

³²¹ “A classificação dos contratos em *consensuais* e *reais* não anula o princípio do *consensualismo*. Em princípio, o consentimento é bastante para formar o contrato, mas alguns tipos contratuais exigem que se complete com a entrega da coisa que será objeto da restituição. Esses contratos são chamados *reais*, em contraposição aos que se formam *solo consensu*, os *simplesmente consensuais*, que se tornam perfeitos e acabados por efeito exclusivo da integração das duas declarações de vontade, como a compra e venda, a locação e o mandato. Dizem-se *reais* os contratos para a perfeição dos quais é necessária, ademais do consentimento das partes, a entrega da coisa, feita por uma à outra, como o comodato, o mútuo e o depósito. A vontade é, por si só, impotente para formá-los”. (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 75).

³²² Contudo, não há consenso acerca da manutenção da consensualidade caso a lei determine a instrumentalização do consenso. Nesse sentido, cf. lição de PEREIRA, Caio Mário da Silva: “Contrapondo-se aos consensuais, alinham-se de um lado os formais ou solenes, e de outro os reais”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 53).

O contrato de franquia, por não impor ao franqueador nem ao franqueado a entrega de uma coisa para que o contrato se aperfeiçoe, classifica-se como consensual. Contudo, a determinação legal de que seja celebrado por escrito faz com que o contrato, apesar de consensual, seja classificado como *formal*. Os contratos formais, também chamado de solene, são os contratos que devem se instrumentalizar por forma específica determinada em lei, contrapondo-se ao contrato informal, definido como aquele para cuja celebração a legislação não exige forma específica.

Assim, tendo em vista que a Lei 13.966/19 exige que o contrato de franquia seja celebrado por escrito, torna-se evidente sua compreensão como um contrato formal,³²³ vez que, não revestido de tal formalidade, o contrato se tornará nulo, nos termos do artigo 166 do Código Civil. Portanto, a celebração por escrito torna-se da essência do contrato de franquia.³²⁴

e) O contrato de franquia como contrato personalíssimo (intuitu personae)

Por fim, encerrando o rol de classificações do contrato de franquia apresentado neste estudo, tem-se que o contrato de franquia é tido com personalíssimo ou *intuitu personae*.³²⁵ Isso porque o franqueador seleciona o franqueado após sério procedimento de avaliação, nos quais podem concorrer, a depender da rede, milhares de franqueados.³²⁶

Inclusive, a própria Lei 13.966/19 prevê, em seu artigo 2º, dentre os elementos que deverão constar na Circular de Oferta de Franquia, o “perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente”, a revelar o caráter personalíssimo. Por essa razão, é

³²³ “É [o contrato de franquia] consensual porque se torna obrigatória pela simples manifestação da vontade dos contratantes”. (MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 445).

³²⁴ “Dizem-se *solenes* os contratos que só se aperfeiçoam quando o consentimento é expresso pela forma prescrita na lei. Também denominam-se *contratos formais*”. (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 77).

³²⁵ Na lição de GOMES, Orlando: “um contrato é *intuitu personae* quando a consideração da pessoa de um dos contratantes, é, para o outro, um elemento determinante de sua conclusão”. (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 97).

³²⁶ “Os franqueadores só oferecem o negócio a candidatos que tenham sua ficha aprovada. Aprovado o cadastro, o franqueador normalmente marca uma reunião para entrevista pessoa, na qual pode, ou não, entregar a COF”. (SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 7).

comum em contratos de franquia cláusulas dispondo que o franqueado não poderá ceder sua unidade salvo expressa anuência do franqueador.

2.2.4 O *franchising* como sistema dinâmico e complexo: formação, cooperação e interdependência no contrato de franquia

Nos termos da Lei 13.966/19, a franquia define-se como o sistema

pelo qual um franqueador autoriza por meio de contrato um franqueado a usar marcas e outros objetos de propriedade intelectual, sempre associados ao direito de produção ou distribuição exclusiva ou não exclusiva de produtos ou serviços e também ao direito de uso de métodos e sistemas de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem caracterizar relação de consumo ou vínculo empregatício em relação ao franqueado ou a seus empregados, ainda que durante o período de treinamento.³²⁷

Curioso notar a qualificação pelo legislador da franquia empresarial como um *sistema* – instrumentalizado por um contrato –, a denunciar a natureza dinâmica que assume o *franchising* no direito brasileiro. É dizer: para além de sua qualificação- interpretação como um contrato notadamente sinalagmático celebrado entre franqueador e franqueado, o contrato de franquia deve ser compreendido funcionalmente como o instrumento norteador de uma complexa e dinâmica relação jurídica que envolve interesses titularizados, além de pelas partes contratantes, pela rede franqueada considerada organicamente.³²⁸

Por meio do *franchising*, realizam-se empreendimentos marcados pela transferência dos riscos negociais, que passam do franqueador ao franqueado. Por mais que a este se garanta contratualmente maior segurança em seus investimentos,³²⁹ não se pode deixar de notar que, em contrapartida, arcará com o risco empresarial do negócio encabeçado pelo franqueador.

³²⁷ Artigo 1º da Lei 13.966/19.

³²⁸ “[O contrato de franquia] É um dos contratos tidos como complexos, porque prevê uma série de relações jurídicas entre o franqueador e o franqueado”. (MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor. *Direito Público*, v. 1, n. 1, jul/set. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 9).

³²⁹ De acordo com estudo realizado em 2018 pela Associação Brasileira de *Franchising* – ABF, as franquias apresentam taxa de mortalidade de 5% a cada dois anos, resultado expressivo se comparado com a taxa de mortalidade de empresas não franqueadas, no patamar de 23%. Informação retirada de: <https://www.portaldofranchising.com.br/franquias/investir-em-franquias-e-seguro/>, acesso em 11.8.2019.

Do contrato de franquia extraem-se inúmeras vantagens para ambas as partes.³³⁰ Do ponto de vista do franqueado, que mantém sua independência jurídica, diz-se, primeiramente, que poderá comercializar bens já conhecidos do público, valendo-se da marca e dos demais sinais distintivos do empreendimento do franqueador. Assim, são minimizados investimentos em marketing, indispensáveis, ao revés, no cenário de introdução de um novo produto ou marca no mercado.

Assim, ao franqueado se permite disfrutar de clientela preexistente, além de se beneficiar do *know-how* e da assistência técnica prestada pelo franqueador.³³¹ Ainda, o franqueado conta, em geral, com a segurança de uma seleção prévia de produtos ou serviços já amplamente testados pela rede de franquia da qual faz parte. Desse modo, permite-se-lhe poupar esforços com experiências ineficientes de novos produtos ou serviços. Pode-se apontar como vantagem, ainda que indireta, o fato de que, para o franqueado, o pertencimento a determinada rede de franquias pode facilitar a concessão de crédito por instituições financeiras.

Em síntese, verifica-se, na perspectiva do franqueado, considerável redução do risco empresarial que assumirá, quando comparado ao assumido por um comerciante avulso – não integrante de uma rede de franquias – novato em determinado mercado. Contudo, é de se notar que a redução de riscos não se confunde com sua total eliminação. Afinal, o franqueado se submeterá não apenas aos riscos de implementação de sua unidade, mas também, como já observado, aos riscos do negócio capitaneado pelo franqueador, compartilhados por toda a rede.

De outro turno, sob a ótica do franqueador, tem-se que se beneficiará diretamente do contrato ao receber do franqueado a remuneração – taxa de franquia e/ou *royalties* – pela transmissão da licença de uso de sua marca, *know-how* e assistência

³³⁰ Conforme aponta a doutrina de GONÇALVES, Carlos Roberto: “Apresenta [a franquia] vantagens para ambas as partes, porque o *franqueado*, que dispõe de recursos, mas não de conhecimentos técnicos necessários ao sucesso de um empreendimento, estabelece-se negociando desde logo produtos ou serviços já conhecidos e aceitos pelo consumidor, enquanto o *franqueador*, por sua vez, pode ampliar a oferta da sua mercadoria ou serviço, sem as despesas e os riscos inerentes à implantação de filiais”. (GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. III, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012). No mesmo sentido, v. DINIZ, Maria Helena: “O *franchising* é vantajoso para ambas as partes, pois possibilita ao franqueador a expansão de seus negócios com baixos investimentos, e ao franqueado a oportunidade de se tornar seu próprio patrão, de ser dono de sua empresa, com riscos bem menores do que os enfrentados por aqueles que se aventuram no auto-empresariamento sem contar com o auxílio de alguém com experiência, proprietário de uma grande marca”. (DINIZ, Maria Helena. *Tratado e Teórico e Prático dos Contratos*, v. IV, São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 40-41).

³³¹ Destacam-se as técnicas de otimização de vendas, estudos de inteligência de mercado relacionada a cada tipo de produto ou serviço prestado, etc.

técnica. Ademais, o franqueador transfere o ônus de investimento no negócio ao franqueado. Isso porque, se implementasse cada unidade diretamente como sucursais, teria o franqueador que assumir todos os riscos comerciais que delas decorreriam, além dos custos de expansão e implementação. O contrato de franquia permite, portanto, a transferência dos referidos riscos ao franqueado, o que beneficia o franqueador.

Dadas as características do contrato de franquia apontadas no item acima, percebe-se que sua formação obedece a rito peculiar, que se inicia, nos termos da Lei 13.966, com a entrega da Circular de Oferta de Franquia – COF, documento essencial à prática do *franchising*, cuja ausência de entrega com antecedência mínima de 10 (dez) dias importará na nulidade ou anulabilidade do contrato de franquia e permitirá o franqueado “exigir a devolução de todas e quaisquer quantias já pagas ao franqueador, ou a terceiros por este indicados, a título de filiação ou de royalties, corrigidas monetariamente”.³³²

Com efeito, antes da celebração do contrato (ou pré-contrato) de franquia, faz-se necessário que o franqueador entregue ao franqueado a COF contendo uma série de informações, minuciosamente descritas nos vinte e três incisos do artigo 2º da Lei de Franquia. Trata-se de verdadeiro dever de *disclosure*, não se devendo qualificar o documento como proposta. Em nome da boa-fé objetiva, a COF promove a revelação dos dados empresariais imprescindíveis para que o franqueado possa avaliar o modelo de negócio objeto de seu investimento,³³³ cabendo-lhe, em seguida, decidir se entrará em negociações ou não com o franqueador.

De mais a mais, interessante notar a dinâmica em que ocorre a relação entre os participantes de determinado *sistema* de franquia. Observa-se que as relações de franquia se dão em *rede*.³³⁴ Cada rede compõe-se da “universalidade de pontos empresariais que aparecem aos olhos do público”,³³⁵ a implicar “o desenvolvimento de regras formais que permitem uma comunicação interactiva entre os seus membros, não

³³² Art. 2º, § 2º: “Na hipótese de não cumprimento do disposto no § 1º, o franqueado poderá arguir anulabilidade ou nulidade, conforme o caso, e exigir a devolução de todas e quaisquer quantias já pagas ao franqueador, ou a terceiros por este indicados, a título de filiação ou de royalties, corrigidas monetariamente”. A discussão a respeito da caracterização de nulidade ou anulabilidade do contrato ultrapassa os limites deste trabalho, razão pela qual se faz remissão a NUNDES DE SOUZA, Eduardo. *Teoria geral das invalidades dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Almedina, 2018.

³³³ BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. São Paulo: Atlas, 1997, pp. 46-48.

³³⁴ SPRANZI, A. *Presentazione*. In: I Contratti di Franchising. Organizzazione e Controllo di Rete. Luciano Pilotti; Roberto Pozzana. Egea: Milano, 1990.

³³⁵ FATIMA, Maria de Fatima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 28.

para a prossecução de um projeto específico, mas de uma generalidade de projectos potenciais e que tornam possível, até, um alargamento da mesma a membros externos”.³³⁶

A rede de franquia faz crer aos olhos desavisados que os diversos estabelecimentos de filiais são titularizados por uma mesma pessoa jurídica, que imprime uniformemente a todos sua marca, produtos / serviços, técnicas de propaganda, etc. Contudo, em verdade, cada uma das unidades pertence a distintas pessoas empresárias, que, mantendo sua independência jurídica, encontram-se conectadas a uma mesma rede. Nada obstante a diversidade de personalidades jurídicas, a unidade da rede é alcançada em razão do sistema de cooperação instrumentalizado pelo contrato de franquia.

Em cooperação, cada contratante desenvolverá sua atividade de forma independente, mas visando ao atingimento de um fim comum: a obtenção de lucro a partir da melhor colocação da rede em determinado mercado. Para tanto, as atividades de franqueado e franqueador devem estar arrançadas: enquanto ao primeiro caberá atuar de acordo com as determinações do franqueador, o segundo lhe fornecerá o *know-how*, treinamentos e o que for necessário para atingir o fim comum. De um lado, o franqueado auferirá lucro diretamente do desenvolvimento de sua atividade, enquanto que o franqueador receberá, em contrapartida, a remuneração contratualmente estipulada.

Do íntimo compartilhamento de riscos negociais entre franqueado e franqueador nasce uma relação dinâmica que combina coordenação, domínio e cooperação. Como aponta a doutrina, “a renúncia, por parte dos franquizados, a parte de sua própria autonomia empresarial, é compensada pelo facto de participarem num sistema capaz de os proteger de determinados riscos e de aumentar sua capacidade lucrativa”.³³⁷

O dinamismo do contrato de franquia surge justamente do cotejo dialético em que se colocam os interesses de franqueado e franqueador. Paradoxalmente, a oposição encontra-se temperada pelo premente imperativo de colaboração. Se, à primeira vista, os

³³⁶ FATIMA, Maria de Fatima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 29-30.

³³⁷ FATIMA, Maria de Fatima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 33.

interesses das partes podem ser tomados como antagônicos, isto é, a partir de obrigações contrapostas, logo se deverá notar que a necessidade de cooperação entre franqueador e franqueado para o atingimento do fim comum faz da relação de franquia uma relação evidentemente complexa.

No entanto, à colaboração soma-se a imposição de regras pelo franqueador. Assim, o contrato de franquia, cenário da dicotomia *independência jurídica do franqueado* v. *poder de controle do franqueador*, equilibra-se conceitualmente em uma corda bamba, em um constante risco de “cair” e ser requalificado, para um lado, como contrato de trabalho ou, para outro, como um contrato de sociedade empresarial.³³⁸ Evidentemente, com nenhuma das duas figuras deve ser confundido o contrato objeto deste estudo.

O contrato de franquia revela, ainda, notável interdependência entre as partes. Por se tratar de contrato quadro-complexo³³⁹ de trato sucessivo, em que se atribui aos contratantes uma gama diversa de deveres, ônus e sujeições, podem-se identificar, na relação contratual, vulnerabilidades que deverão ser mitigadas pelo intérprete a partir da elucidação do ordenamento do caso concreto.³⁴⁰

Fruto da complexidade do *franchising*, um sem-número de litígios desagua nos tribunais brasileiros, em que se discute, no âmbito da relação contratual de franquia, os mais variados temas, tais como a validade e interpretação de cláusulas, possibilidade de resolução e de revisão do pacto, minoração de multas pactuadas, assuntos estes que serão abordados neste trabalho.³⁴¹ Nesse cenário, as interferências nos contratos de franquia devem ser estudadas à luz da ordem contratual contemporânea, a fim de que se

³³⁸ Conforme esclarece a doutrina, “a relação jurídica estabelecida entre franqueador e franqueado não é, portanto, absolutamente de emprego, não existindo um vínculo ténue sequer de natureza empregatícia entre os dois, pelo contrário, a franquia pressupõe um relacionamento de parceria entre duas empresas independentes”. (BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 40).

³³⁹ Sobre o tema: VASCONCELOS, Miguel Pestana de. *O contrato de franquia (franchising)*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 69.

³⁴⁰ “De outra parte, a interpretação torna-se um processo ainda mais complexo por um segundo fator: os elementos do caso concreto, ao contrário do que por muito tempo se sustentou, não permanecem estáticos à espera da incidência da norma – ao contrário, influenciam esta última e compõem necessariamente a construção da solução jurídica a que chegará o intérprete. Em outros termos, na metodologia civil-constitucional, o ordenamento apenas se completa quando encontra os próprios elementos do caso; só existe o Direito à luz de certa hipótese fática concreta, com suas peculiaridades e características – ideia que se costuma designar como ordenamento do caso concreto” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de Tutela: a nova fronteira da legalidade no Direito Civil*. In MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 77).

³⁴¹ Sobre os mecanismos interventivos nos contratos de franquia, v. Capítulo III, *infra*.

determinem os mecanismos idôneos, no âmbito do *franchising*, a minimizar eventual vulnerabilidade averiguada na relação *in concreto*.

Neste momento, mostra-se relevante a análise dos fatores vulnerantes que incidem na dinâmica da relação de franquia, de modo a, em seguida, possibilitar o delineamento de parâmetros interpretativos de determinados mecanismos interventivos que recorrentemente são aplicados aos contratos de franquia pelos Tribunais brasileiros.

2.3 Vulnerabilidade e contrato de franquia

Com o fim de compreender de que maneira o contrato de franquia se insere na dinâmica das vulnerabilidades, foi percorrida, no capítulo anterior, trajetória dedicada à investigação da categoria da vulnerabilidade contratual, resultante, como visto, da restrição do poder negocial das partes contratantes dada a incidência de um ou mais fatores vulnerantes em determinado aspecto concreto da relação. No presente ponto, investiga-se a relação dos fatores estudados (v. item 1.2) com o contrato de franquia.

Conforme exposto no capítulo introdutório deste estudo, definem-se fatores vulnerantes como quaisquer elementos atinentes à relação contratual, que restringindo total ou parcialmente algum aspecto da liberdade de contratar, gera prejuízo ao poder negocial de algum dos contratantes (dito, nesse aspecto, vulnerável). Assim, definiu-se a vulnerabilidade como a síntese ponderativa dos fatores vulnerantes averiguados *in concreto*, ressaltando-se que tal averiguação provirá de avaliação que tomará em consideração os riscos assumidos por cada contratante no programa contratual estabelecido. Daí falar-se, como visto, em síntese *ponderativa*: a ponderação ocorre entre os fatores vulnerantes incidentes no aspecto contratual observado *in concreto* e o programa negocial unitariamente considerado.³⁴²

Dentre os fatores vulnerantes apresentados, quais sejam: i) a restrição à liberdade de contratar *stricto sensu*; ii) a restrição à liberdade de escolher o contratante; iii) a restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato e iv) a dependência contratual, os dois últimos merecem especial atenção no estudo dos contratos de franquia. A eles este item se dedicará.

Antes de adentrar na análise da restrição à possibilidade de o franqueado negociar o conteúdo do contrato – usual à maioria dos contratos de franquia – e na

³⁴² Sobre o tema, v. Capítulo I, item 1.2.2, *supra*.

avaliação da dependência contratual, deve-se registrar que os dois primeiros fatores vulnerantes não se fazem presentes no *franchising*.

Quanto à restrição à liberdade de contratar *stricto sensu*, percebe-se que, de um lado, o *franchising* funciona, na perspectiva do franqueador, como uma estratégia de expansão comercial e, de outro, na ótica do franqueado, como uma forma de empreendimento dotado de maior segurança, tendo em vista as contrapartidas fornecidas pelo franqueador e todas as vantagens advindas da integração a uma rede de franquias. Por isso, na perspectiva de ambas as partes não se vislumbra a imposição da necessidade de contratação, o que afasta a toda evidência a existência, em tais relações, do primeiro fator vulnerante apresentado no Capítulo I.

Já em relação ao segundo fator vulnerante – a liberdade de escolha do outro contratante –, deve-se verificar que se, de um lado, ao franqueador se apresentará uma gama de candidatos a serem escolhidos após criterioso processo seletivo; de outro, o franqueado terá inúmeras franquias disponíveis no mercado para satisfazer sua gana empreendedora. Dessa forma, com o perdão da repetição, será franqueada a franqueador e franqueado a liberdade de escolha do outro polo contratante, não se podendo falar, nesta seara, na incidência do segundo fator vulnerante.

Contudo, os dois últimos fatores merecem, como dito, análise mais detida, tendo em vista que os contratos de franquia, em geral, celebram-se de maneira adesiva e, ainda, não são raras as afirmações a respeito da existência de dependência contratual de franqueados. De todo modo, tais fatores – recorde-se – deverão ser ponderados a todo tempo com o risco inerente ao programa contratual assumido pelas partes, de modo que apenas ao final desse processo hermenêutico se possa concluir *in concreto* pela existência ou não de vulnerabilidade em determinado aspecto de um contrato de franquia.

2.3.1 O contrato de franquia como contrato de adesão: ponderações com o risco assumido pelo franqueado

A identificação do elemento caracterizador do contrato de adesão é objeto de antigo embate doutrinário. Nas palavras de Orlando Gomes, “a discrepância na determinação do elemento característico do contrato de adesão revela que a preocupação da maioria dos escritores não consiste verdadeiramente em apontar um

traço que permita reconhecê-lo”.³⁴³ Para o autor, longe de se buscar uma caracterização conceitual do mecanismo de contratação adesiva, busca-se, ao revés, descrevê-lo ou explicá-lo. Desse modo, a compreensão do fenômeno fica prejudicada perante a civilística brasileira.

Em um esforço de maior compreensão a respeito do tema, a doutrina tem apontado alguns critérios que permitiriam a caracterização de um contrato como adesivo. Estruturalmente, destacam-se *i)* a uniformidade, *ii)* a predeterminação e *iii)* a rigidez, de que seriam dotados todos os contratos de adesão.

Por uniformidade entende-se a racionalização do contrato, a padronizar determinada atividade econômica, de modo que seria impraticável exercê-la não houvesse o mecanismo da contratação adesiva. Dessa forma, para que um contrato se caracterize como adesivo, imprescindível que seja ladeado por outros tantos que lhe devam ser uniformes. Em segundo lugar, a predeterminação traduz a disposição unilateral das cláusulas, estabelecidas de antemão pelo predisponente. Por fim, a rigidez significa a impossibilidade de alteração das cláusulas pelo aderente, a quem caberá apenas aceitar em bloco o contrato que lhe é apresentado ou, do contrário, recusá-lo.³⁴⁴

Apesar de se reconhecer a importância da análise estrutural para averiguar a adesividade de um contrato,³⁴⁵ em perspectiva civil-constitucional, o perfil funcional revela-se de maior valia para o intérprete,³⁴⁶ a pôr em foco os verdadeiros interesses guardados por uma ou outra interpretação que se confere ao instituto analisado. Em outras palavras, funcionalizar o estudo significa abrir as cortinas, arejar e iluminar os

³⁴³ GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 117.

³⁴⁴ Tais características estruturais encontram-se listadas na obra de GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 118-119.

³⁴⁵ Como bem apontado por Norberto Bobbio, a análise estrutural dos institutos (“o que são?”, “de que se compõem?”) era meio de resguardar a pesquisa teórica contra a infiltração de juízos de valores e de evitar a confusão entre direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e o direito ideal. (BOBBIO, Norberto, *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007. p. 53).

³⁴⁶ Sobre a prevalência do perfil funcional sobre o estrutural, cf. a lição de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo: “A noção geral de funcionalização, pode-se afirmar, parte da distinção, tão querida aos filósofos, entre fins e meios. Tudo o que se diz meio para a realização de alguma coisa, se diz instrumento e, na esteira, se diz funcionalizado àquela noção que representa o seu fim. Se assim é, como parece, numa concepção hierárquica, os meios estão abaixo dos fins, uma vez que se curvam aos seus ditames, servem àquelas finalidades”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade*. In. *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 248).

antes recônditos interesses, a fim de, problematizando-os, permitir sobre eles um juízo efetivo de controle de merecimento de tutela.³⁴⁷

O estudo nesse viés atribui ao intérprete árdua tarefa de avaliar a potencialidade que determinado instituto reúne para promover os valores consagrados na Constituição da República.³⁴⁸ Em outras (já conhecidas) palavras, a análise funcional incumbirá ao hermeneuta a pergunta “para que serve (determinada categoria jurídica?)”, ou, indo além, “a que (valores, interesses) serve?” e até, em alguns casos, “a quem serve?”. Nesse sentido, o estudo do direito, como afirma Pietro Perlingieri,³⁴⁹ não deve ser estático, ignorando o contexto dos fatos e a unidade do sistema.³⁵⁰

A função do mecanismo de contratação adesiva reside em dois aspectos primordiais. O primeiro deles, na necessária celeridade das contratações, que, não podendo ser realizadas contratante a contratante, valem-se da adesividade para se concretizarem. O segundo, corolário do primeiro, é a submissão do aderente aos termos impostos pelo predisponente. Significa dizer que o contrato de adesão serve de mecanismo de submissão contratual de uma parte perante a outra. Tal submissão poderá ser verificada quando não for concedida a oportunidade de o contratante se manifestar a respeito de determinada cláusula contratual.

Consequência inafastável do raciocínio é a de que o contrato pode se configurar parcialmente adesivo, à medida que for dada oportunidade de o “semi-aderente” negociar alguns aspectos da avença, mas não outros. Sobre aqueles não recairão as normas protetivas previstas pelo ordenamento, enquanto que, sobre estes, deverá incidir a tutela especial direcionada ao aderente.

³⁴⁷ V. SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Orgs.). *Direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, *passim*.

³⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 53-79.

³⁴⁹ Sobre a importância do estudo do direito em problemas, destaca o autor: “Por outro lado, são editados manuais que induzem apenas as noções, onde os conceitos e a esquematização são excessivos. Isto, sem dúvida, é devido a uma reforma simplificadora dos estudos universitários, mas a menor quantidade de páginas e de horas de estudo e de aulas não pode eliminar o método de formação substituindo-o por aquele meramente informativo. A problematização deve ser garantida, ainda que os argumentos sejam reduzidos.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 78).

³⁵⁰ “Indicações, estas, que não se elevam a comparação cientificamente satisfatória porque completamente destacadas das razões culturais e sociais historicamente diversas, fundadas, contudo, na ilusão de poder realizar uma microcomparação sem que ela esteja inserida em uma macrocomparação voltada a compreender o sistema total ao qual pertencem e, ainda mais, o seu dinamismo” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 79).

Ou seja, tais cláusulas – excluídas da negociação – serão interpretadas sempre em favor do aderente, em respeito ao preceituado no artigo 423 do Código Civil. Na mesma esteira, tampouco poderão estabelecer a renúncia do aderente a direitos resultantes da natureza do negócio, sob pena de nulidade, em observância do artigo 424 do Código Civil. Por óbvio, não se quer dizer que o proponente, para o contrato ser descaracterizado como adesivo, deverá submeter-se a todas as vontades do oblato. Basta que confira oportunidade de livre negociação e debate do conteúdo contratual, o que deverá ser extraído da negociação concreta.

Nesse prisma, uma vez celebrado contrato de franquia que exerça funções eminentemente adesivas, não há razão para negar-lhe a incidência da normativa protetiva destinada ao (franqueado) aderente sobre os aspectos atingidos pela adesividade. Assim, analisando-se funcionalmente a adesividade dos contratos de franquia, indaga-se não apenas quais os seus elementos estruturais identificadores, mas também, e principalmente, se o mecanismo de contratação da *fattispecie* contratual identifica-se funcionalmente com o fim atribuído aos contratos de adesão pelo ordenamento.

A jurisprudência costuma tratar da adesividade como uma característica essencial ao contrato de franquia.³⁵¹ Apesar de se admitir que a larga maioria dos contratos de franquia seja celebrada pela técnica adesiva, não se mostra adequado qualificá-lo como um contrato de adesão. Isso porque a adesividade revela (não uma qualidade do contrato, mas) uma técnica de contratação, razão pela qual não se pode dizer da essência do contrato, apesar do reconhecimento de que a técnica é amplamente utilizada na prática do *franchising*. Nesses casos, o franqueador detém o poder de pré-estabelecer os termos do contrato, enquanto que ao franqueado-aderente caberá apenas concordar em bloco com os termos propostos ou rejeitá-los em sua totalidade.

Devido à frequente utilização da técnica adesiva nos contratos de franquia, investiga-se, a partir desse ponto, de que maneira o fator vulnerante *restrição à possibilidade de negociar o conteúdo do contrato* influencia na dinâmica da relação estabelecida entre franqueador e franqueado, nos então chamados contratos de franquia adesivos.

³⁵¹ Sobre o tema, v. o informativo de jurisprudência nº 591 do STJ, que afirma: “com fundamento em doutrina e em julgados do STJ, acrescenta-se que o contrato de franquia ou *franchising* é inegavelmente um contrato de adesão”.

Dessa forma, justifica-se o receio de parte da doutrina em relação aos riscos que a adesividade traz ao franqueado sem poder de negociação,³⁵² visto que o franqueador, ao estabelecer unilateralmente as cláusulas do contrato, poderá fazer prevalecer os seus interesses imediatos, abalando o equilíbrio do contrato, em franco prejuízo de seus franqueados. Assim, em contratos de franquia adesivos, o candidato à rede não possuirá meios para influenciar de forma significativa o conteúdo do negócio, devendo se submeter às cláusulas pré-redigidas pelo franqueador. Caberá ao franqueado, portanto, a simples decisão de aderir ou não ao contrato.

Há, contudo, importantes especificidades do contrato de franquia que importarão na atenuação dos efeitos da adesividade – isto é, do fator vulnerante *restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato* –, a suavizar a vulnerabilidade do franqueado-aderente relativa a esse aspecto da contratação.

Primeiramente, a Lei 13.966/19, assim como sua antecessora, impõe o dever de *disclosure* como meio para minimizar o risco do franqueado. A imposição ao franqueador de revelar todas as informações relevantes a respeito da franquia configura-se fundamental para uma eficaz proteção do franqueado, conforme visto no item 2.2.4, *supra*.

O dever legal, apesar de não eliminar a vulnerabilidade decorrente da incidência da adesividade como fator vulnerante, já que ao franqueado-aderente ainda não vai ser dado discutir os termos do contrato, importa, ao menos, em sua atenuação. Ao ter acesso a uma gama relevante de dados a respeito da franquia por um período não inferior a 10 (dez) dias, o franqueado, ainda que aderente, disporá de tempo razoável para analisar as cláusulas contratuais e sopesar os ônus e os bônus de um eventual ingresso na rede.

Ainda, não se deve deixar de tomar por conta o caráter colaborativo que assume o *franchising*, conforme estudado no item 2.2.4 (v. *supra*), o que permite assumir que o franqueador, apesar de estabelecer unilateralmente o programa contratual, deverá levar em consideração o interesse orgânico da rede franqueada. Afinal, a

³⁵² Na lição de ROPPO, Enzo; a liberdade de contratar em um cenário de desigualdade revela-se, sobremaneira, uma realidade autofágica. (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 38).

estipulação de cláusulas leoninas por parte do franqueador, cedo ou tarde, acabaria se voltando contrariamente aos interesses da rede franqueada.³⁵³

O fato de que ambas as partes, cada uma por sua razão, tenham interesse no sucesso global da rede trata de uma especificidade que deve ser considerada pelo intérprete na análise do fator vulnerante ora estudado. Não se está a dizer, por óbvio, que a possibilidade de gerar prejuízo à rede seja obstáculo intransponível para a inclusão no contrato de cláusulas abusivas e prejudiciais ao franqueado. Evidentemente, o caráter colaborativo intrínseco ao *franchising* não é suficiente para se fazer presumir absolutamente a boa-fé do franqueador predisponente.

Com efeito, o aspecto colaborativo não leva à conclusão de que franqueado e franqueador carreguem interesses comuns. Não. Cada uma das partes buscará a satisfação de seus direitos, muitas vezes, como visto, contrapostos. De um lado, o franqueador esperará receber a remuneração devida pelo franqueado (taxa de franquia e *royalties*). De outro, o franqueado exigirá a prestação da devida assistência técnica e a transferência do *know-how* que lhe permita executar o modelo de negócio e auferir seu próprio lucro a partir da exploração da franquia.³⁵⁴

Outrossim, o fato de ambas as partes revelarem, de certo modo, interesse no sucesso da rede de franquias não se mostra idôneo para que se extraia do contrato causa associativa.³⁵⁵ Isso porque não existe no contrato de franquia o exercício de uma atividade comum por franqueado e franqueador, mas apenas a colaboração entre as partes para a satisfação de certos interesses – o sucesso da rede, a conquista de clientela –, que lhes são comuns, dentre diversos outros não-comuns e, até mesmo, contrapostos.

³⁵³ Na lição de RIBEIRO, Maria de Fátima: “dada a relação de estreita colaboração entre as partes o tipo de organização exigido pela franquia, a existência de qualquer conflito entre as mesmas, ainda que numa fase pós-contratual, pode também acarretar consequências indesejáveis para a rede”. (*O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 69).

³⁵⁴ (...) uma contraposição de interesses das partes, que o contrato tem a específica função de compor: o franquizador pretende criar, sem um investimento financeiro directo, uma rede distributiva própria que lhe assegure um canal preferencial de comercialização dos seus produtos, um contacto directo com os mercaos e a difusão da sua imagem; o franquizado, por seu lado, busca a maximização dos lucros da sua empresa, tornando-se vendedor de bens ou reproduzidor de serviços ligados a sinais distintivos já credenciados no mercado”. (RIBEIRO, Maria de Fátima, *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 102).

³⁵⁵ “(...) é entendimento dominante na doutrina italiana que a estreita colaboração das partes no contrato de franquia, bem como aposição de paralelismo tendencial dos interesses dos contraentes, não são suficientes para tornar associativa a causa do contrato”. (RIBEIRO, Maria de Fátima, *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 101).

Por fim, alude-se a outra especificidade do contrato de franquia que vem atenuar os efeitos da adesividade. Conforme explicitado no Capítulo I (v. item 1.2.2), todo fator vulnerante deve ser ponderado com os riscos programa contratual adotado *in concreto*. Observou-se, nesse sentido, que um contrato firmado sob a técnica adesiva visando à satisfação de um direito fundamental geraria ao aderente vulnerabilidade em grau maior do que a gerada ao franqueado, uma vez que há no contrato de franquia uma essencial assunção de risco empresarial com vistas à obtenção de lucro.³⁵⁶

Pelas três razões descritas acima, a adesividade – em outras palavras, o fator vulnerante *restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato* – ocasionará, nos contratos de franquia, vulnerabilidade em grau atenuado. Dessa maneira, ao intérprete recomenda-se cautela na ativação de mecanismos interventivos relacionados a esse fator vulnerante, conforme será estudado de forma mais aprofundada no Capítulo III.

Quanto aos mecanismos interventivos, observa-se que o fator vulnerante da adesividade contratual pode exercer duas funções. Primeiramente, poderá atuar como *vetor interpretativo* dos requisitos de ativação de tais mecanismos. Em segundo lugar, à luz do Código Civil, poderá ela própria servir de fundamento bastante para a ativação de dois instrumentos de intervenção: *i)* a interpretação favorável ao aderente diante de cláusulas ambíguas ou contraditórias e *ii)* a declaração de nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

O primeiro provém de regra prevista no artigo 423 do Código Civil, segundo a qual, em sede de contrato de adesão, quando diante de cláusulas ambíguas ou contraditórias, o intérprete deverá adotar interpretação mais favorável ao aderente.³⁵⁷ Assim, em um contrato de franquia adesivo, as disposições ambíguas deverão ser interpretadas em favor do franqueado-aderente.

Tal mecanismo, apesar de relevante, não traz maiores inquietações doutrinárias e jurisprudenciais nos litígios envolvendo contratos de franquia. Por essa razão, dar-se-á maior atenção ao segundo mecanismo interventivo, previsto no artigo 424 do Código Civil, pelo qual: “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que

³⁵⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima, *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 97.

³⁵⁷ Art. 423 Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

Em razão da disparidade de poder negocial entre os contratantes, veda-se, em nome do equilíbrio contratual, a inserção nos contratos de adesão de cláusulas que estabeleçam a renúncia antecipada de direitos pelo aderente. Contudo, restringe o impeditivo aos direitos resultantes da natureza do negócio. Cabe indagar, nesse contexto, se o direito a ser julgado pelo juízo originalmente competente – na ausência de alteração da competência promovida pela cláusula eleição de foro – seria direito *resultante da natureza* do contrato de franquia.³⁵⁸

Em um primeiro momento, a doutrina buscou restringir a expressão *direitos resultantes da natureza do negócio* aos direitos que, se excluídos, desnaturariam o tipo contratual ou cuja exclusão violaria a finalidade econômica do contrato. Significa dizer, a título de exemplo, que, em um contrato de compra e venda adesivo, não poderia haver cláusula pela qual o comprador renunciasse ao direito de receber o bem ou de recebê-lo em seu devido estado de conservação. A interpretação não parece adequar-se aos fins buscados pelo ordenamento e, mais especificamente, pelo Código Civil em sua cláusula geral de tutela do aderente.

Isso porque, retomando o exemplo dado acima, se as partes intencionalmente celebram contrato de compra e venda e, posteriormente, verifica-se, no bojo da avença, a previsão de renúncia ao direito de o comprador receber a coisa vendida, pode-se extrair que: ou bem se tratava *ab initio* de contrato de doação – em que o comprador, em realidade, seria doador da quantia transferida a título de preço – ou deverá ser anulado o negócio por vício substancial de vontade.

Na segunda hipótese – em que o comprador renunciaria ao direito de receber o bem em seu devido estado de conservação –, tem-se que a cláusula de renúncia promoveria verdadeiro inadimplemento, por frustrar o fim econômico ao qual se destinava a avença. Em ambas as hipóteses, a inserção de cláusula que desnature o contrato que se pretende celebrar ou que frustrar seu fim econômico é vedada pelo ordenamento não apenas em contratos de adesão, mas também em contratos paritários.

³⁵⁸ A expressão *natureza do negócio / contrato* é observada em diversas passagens do Código Civil brasileiro. Nesse sentido, v. artigos 139, I; 413; 424; 427; 473, parágrafo único, e 599, todos do Código Civil.

Nota-se, portanto, que a tutela das situações acima descritas não justificaria a previsão específica de uma cláusula de tutela do aderente pelo legislador, a uma porque as disfunções contratuais descritas – desnaturação da avença e inadimplemento – já possuem remédios próprios; a duas porque tais adversidades não são particulares dos contratos de adesão.

Mais condizente com o espírito do legislador parece a interpretação segundo a qual o aderente não poderá dispor antecipadamente dos direitos sem os quais incorra em desvantagem irrazoável.³⁵⁹ Adequado parâmetro para indicar o que configura renúncia razoável dentro de determinada contratação reside nas previsões *dispositivas* (não cogentes) previstas pelo legislador para reger cada tipo contratual ou, ainda, nos usos que circundam a prática negocial.

As regras dispositivas provêm de ponderação prévia do legislador acerca do equilíbrio de determinada relação.³⁶⁰ Dessa forma, para serem afastadas, imprescindível que seja por vontade manifestada no exercício de liberdade contratual plena, sob pena de tornar abusiva a renúncia contratual. Trata-se (as regras dispositivas) de instrumentos normativos que servem de parâmetro de equilíbrio para a sistematização *in concreto* do contrato. Por essa razão, a doutrina especializada manifesta-se no sentido de que, nos contratos de adesão, as normas dispositivas e as referentes aos usos contratuais de dado contexto socioeconômico somente poderão ser afastadas pelas partes quando as partes forem dotadas de equivalente poder de barganha.³⁶¹

³⁵⁹ A expressão é de SANDROCK, Otto: The Standard Terms Act 1976 of West Germany. The American Journal of Comparative Law, v.26, p.563, 1977-1978.

³⁶⁰ Em obra especializada sobre o tema, v.: “As normas dispositivas são aquelas destinadas a suprimir as lacunas do regramento contratual, quando as partes, por qualquer motivo, sejam omissas acerca de pontos relevantes para a execução das obrigações negociais. Dessa forma, o direito dispositivo é modelo de equilíbrio balanceamento dos interesses das partes que concluem o contrato, pois tende a preservar aqueles interesses que usualmente são buscados pelos contratantes em negócios conforme o tipo”. (SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais* : limites à autonomia negocial nos business to business contracts. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2015, p. 141). V. também MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Comentários ao Código Civil*: dos contratos em geral. Organização de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2013. v.5. p.100.

³⁶¹ “Dito de modo diverso, essas normas ganham imperatividade e não poderão ser excluídas nas cláusulas predispostas pelo estipulante quando sua ausência leve a desequilíbrio dos interesses das partes no contrato, que impeça o aderente de alcançar a finalidade econômica para a qual realizou a contratação”. (SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. *Renúncia a direito nos contratos de adesão em relações civis e empresariais*: limites à autonomia negocial nos business to business contracts. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – 2015, p. 142). V. no mesmo sentido: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, v.84, n.716, p.122, jun. 1995; DÍEZ-PICAZO, Luis. Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. In: Ensayos

A compreensão da expressão *natureza do negócio* também pode ser alcançada por meio da tradicional classificação tripartite dos elementos do negócio jurídico em elementos *i)* essenciais, *ii)* naturais ou *iii)* acidentais.³⁶² De acordo com a divisão, elementos essenciais são elementos indispensáveis à estrutura do ato, “que lhe formam a substância e sem os quais o ato não existe”; por naturais compreendem-se os elementos (ou direitos) que, previstos pelo legislador em normas dispositivas, atuam como *default* de cada espécie contratual. São, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo, “consequências que decorrem do próprio ato, sem que haja necessidade de expressa menção”. Tais elementos podem ser afastados em contratos paritários pelo exercício de liberdade contratual plena. Por fim, elementos acidentais seriam “estipulações que facultativamente se adicionam ao ato para modificar-lhe uma ou algumas de suas consequências naturais”.³⁶³

Dessa forma, o Código Civil, ao vedar em seu artigo 424 a renúncia antecipada pelo aderente de direito resultante da natureza do negócio, tratou propriamente dos elementos classificados como naturais. Em linha análoga, pode-se admitir que a natureza do contrato, longe de estar relacionada com o tipo do negócio, tem a ver com as *características* essenciais do contrato celebrado.³⁶⁴

Por fim, o manuseio pelos Tribunais brasileiros de tal mecanismo interventivo, autorizado pela incidência do fator vulnerante ora analisado, será objeto de estudo do Capítulo III, *infra*. Na oportunidade, discutir-se-á a declaração de nulidade de cláusulas compromissórias e de eleição de foro nos contratos de franquia adesivos.

2.3.2 Contrato de franquia e a dependência independente do franqueado

jurídicos: (1953-2011). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters, 2011. v.2. p.2.325. Cf. CASTRO Y BRAVO, Federico de. Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes. 2.ed. Madrid: Cívitas, 1987. pp.70-73.

³⁶² A divisão pode ser encontrada em ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.156.

³⁶³ Sobre a divisão tripartite dos elementos negociais, v. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 26-27.

³⁶⁴ Na lição de Gustavo Tepedino et. al, o termo natureza do negócio refere-se “à espécie negocial, ao tipo de contrato celebrado, cujas características essenciais não podem ser desprezadas. Trata-se, pois, de não perder de vista a necessidade de proceder diferentemente, por exemplo, na presença de contratos gratuitos e onerosos; tratar de forma distinta as relações fiduciárias e aquelas que não fincam raízes profundas na confiança entre as partes; reconhecer e fazer valer a diversidade existente entre contratos comutativos e pactos aleatórios”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

Um dos traços mais marcantes do contrato de franquia reside na proclamada *independência* do franqueado. O aspecto é, inclusive, mercadologicamente exaltado, sendo o *franchising* muitas vezes vendido como opção de trabalho àqueles que buscam “ser o seu próprio chefe”.³⁶⁵ Na doutrina, tal independência costuma ser adjetivada ora como jurídica, a traduzir a autonomia de que goza o empresário, ora como financeira, a ressaltar o fato de que o franqueado arcará com os custos e com os riscos de seu próprio negócio.

Não deixa de ressaltar a doutrina, contudo, que a referida autonomia se configuraria relativa, vez que o franqueado depende do *know-how* fornecido pelo franqueador e é submetido às regras por ele impostas em manuais operacionais, havendo atos que não poderão ser praticados sem sua autorização.³⁶⁶ Cumpre, portanto, investigar de que maneira o fator vulnerante traduzido na *dependência contratual*, que, como visto no Capítulo I, restringe o poder de barganha de uma das partes, se insere no âmbito do contrato de franquia.

Como já ressaltado, a relação estabelecida pelo contrato de franquia se encontraria no meio termo entre um contrato de trabalho e um pacto de natureza associativa. A noção, apesar de não estar de todo equivocada, reflete uma maneira de enxergar o contrato de franquia que mais atrapalha do que auxilia a adequada compreensão dessa complexa e dinâmica relação. Isso porque, conforme apontado acima, se é certo que o franqueado é dotado de independência jurídica e financeira, senhor de seus próprios riscos e lucros, também é verdadeiro que deverá se submeter às regras estabelecidas pelo franqueador, comuns a toda a rede.

Assim, o franqueado não deve ser compreendido, enquanto franqueado, como um empreendedor pleno, tal como seria se houvesse idealizado e iniciado uma empresa

³⁶⁵ Nesse sentido, cf. interessante matéria divulgada pelo Portal do *Franchising*, intitulada: “25 franquias para trabalhar sozinho e ser seu próprio chefe”. Disponível em <https://www.portaldofranchising.com.br/franquias/franquias-para-trabalhar-sozinho/>. Acesso em 15.10.2019. No mesmo sentido, em tom mais apelativo, veja a propaganda da Escola de Idiomas Yes em seu website, que registra: “É isso! Você decidiu ser seu próprio chefe, juntou dinheiro e agora quer investir no seu negócio. Mas investir em quê exatamente? Uma ótima opção, mesmo em tempo de retrocesso da economia, é escolher uma rede de franquias”. Conteúdo disponível em <http://yes.com.br/5-beneficios-ao-abrir-uma-franquia/>. Acesso em 15.10.2019. Na doutrina, v. DINIZ, Maria Helena. *Tratado e Teórico e Prático dos Contratos*, v. IV, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 40: “O *franchising* é vantajoso para ambas as partes, pois possibilita ao franqueador a expansão de seus negócios com baixos investimentos, e ao franqueado a oportunidade de se tornar seu próprio patrão, (...)”.

³⁶⁶ “É em virtude do contrato que o franqueador dispõe de um poder disciplinar: ele pode impor – ele que é ligado a cada um dos franqueados por um contrato idêntico – o respeito às condições pactuadas a todos aqueles a quem vinculou por esse feixe de negócios jurídicos bilaterais”. (SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54).

por si próprio. Na realidade, no *franchising*, o franqueado assume papel de um importante executor do negócio formatado pelo franqueador, titular das ideias e dos saberes que lhe são transmitidos.

A percepção do franqueado como um empreendedor pleno – e não de um contratante executor de um modelo de negócio – levaria o intérprete à falsa conclusão de que o polo contratual por ele ocupado configuraria posição necessariamente dependente do franqueador, isto é, “subjugado a suas amarras”. Faz-se imprescindível afastar tal entendimento para que se possa, à luz de indispensável rigor metodológico,³⁶⁷ identificar na figura do franqueado o papel de um contratante – e não de um empreendedor reprimido –, com direitos e deveres que lhe são impostos por um contrato livremente celebrado.

Dessa forma, a avaliação da dependência contratual nos contratos de franquia deve partir da mencionada percepção do franqueado como um contratante, premissa inarredável para uma adequada análise da influência do fator vulnerante ora estudado nessa figura contratual. Em síntese, afasta-se a visão do franqueado como um “empreendedor de segunda categoria”, necessariamente dependente do franqueador, para compreendê-lo como um contratante titular de direitos e deveres livremente assumidos. Assim, torna-se possível analisar de maneira técnica a vulnerabilidade que poderá resultar da incidência do fator vulnerante *dependência contratual* em determinados aspectos da relação entre franqueador e franqueado.

Uma vez compreendida a perspectiva mais adequada para a avaliação da dependência contratual no *franchising*, adverte-se o leitor a respeito de posicionamento doutrinário que, em contraposição à ressaltada independência do franqueado, enxerga na relação franqueador-franqueado uma interação essencialmente desequilibrada, identificando no franqueado seu polo mais fraco. Nessa linha, diz-se que a posição contratual em que se encontra o franqueado envolve-se, em toda e qualquer hipótese, por uma vulnerabilidade resultante da própria dinâmica do *franchising*.³⁶⁸ Um dos pilares da apontada vulnerabilidade, além do fato de o contrato ser, conforme já

³⁶⁷ “Não se alcança o desiderato de hipertrofiar a cultura hermenêutica senão por meio do indispensável rigor metodológico”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Reflexões Metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. In. *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56).

³⁶⁸ Nesse sentido, v., por todos, SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do Franqueado no Franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ressaltado, geralmente celebrado pela técnica adesiva, residiria na dependência contratual do franqueado perante o franqueador.

Não se nega a possibilidade de, *in concreto*, ser verificada eventual vulnerabilidade do franqueado a partir da incidência da dependência contratual. O que se afasta, contudo, é a concepção segundo a qual tal vulnerabilidade seria aferível abstrata e genericamente, isto é, um dado comum a todo e qualquer contrato de franquia. Ainda, é de se rejeitar a perspectiva que encara a dependência contratual como fator incidente no contrato como um todo, a conduzir o intérprete à equivocada conclusão de que o franqueado é dependente em todos os aspectos do contrato. Tais compreensões não se alinham ao rigor metodológico com o qual deve ser entendida a vulnerabilidade contratual.

Na linha do estudado no Capítulo I (v. item 1.2.2, *supra*), a vulnerabilidade no contrato de franquia deve ser averiguada *in concreto* a partir da análise dos fatores vulnerantes incidentes em cada aspecto contratual, rejeitando-se, por consequência, um protecionismo vazio (genérico e abstrato) dirigido ao franqueado.³⁶⁹ A suposta dependência do franqueado – tida como congênita à formação contratual – se apoiaria em três premissas básicas: *i*) na regularidade da relação contratual, *ii*) na disparidade da dimensão empresarial frente ao franqueador e *iii*) na importância que a relação contratual apresenta para a existência do franqueado.

Apenas quanto à primeira premissa – a regularidade da relação –, não há do que se discordar. Evidentemente, a dependência contratual só poderá se verificar em contratos duradouros, como é o caso do contrato de franquia. Passa-se, adiante, à análise das duas outras premissas, que, como se verá, suscitam maiores questionamentos do que a primeira.

Em relação à segunda, não é verdadeiro que em todo contrato de franquia haja diferença tamanha entre a dimensão empresarial do franqueador e do franqueado. Nos dias atuais, deve-se recordar, inclusive, da existência de instituições de grande porte dedicadas ao investimento em redes de franquia, em uma espécie de *holding* de

³⁶⁹ Por essa razão, nega a doutrina a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia. Nesse sentido, v. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. As relações entre o franqueador e o franqueado e o Código de Defesa do Consumidor. *Direito Público*, v. 1, n. 1, jul/set. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 12: “(...), não se pode postular a proteção do Código de Defesa do Consumidor. Não se trata nem de relação de consumo, nem de consumidor, nem, no meu entender, de equiparação a consumidor”.

franqueados, muitas vezes de proporção tão grande ou, até mesmo, maior que a dos franqueadores.³⁷⁰ Entretanto, ainda diante de eventual desigualdade econômica, tampouco será correto concluir que tal discrepância revele por si só numa disparidade de poder contratual que restrinja a autonomia do franqueado, a torná-lo necessariamente dependente.

Não se poderia falar, à luz dinâmica das relações contemporâneas, que uma dimensão empresarial mais robusta garanta soberania contratual a uma das partes. A dinâmica empresarial da sociedade líquida³⁷¹ experimentada na contemporaneidade faz prevalecer o poder de adaptação sobre a rigidez de grandes estruturas solidificadas.³⁷² O que antes se poderia dizer uma vantagem, no mundo atual pode comprometer a viabilidade de uma grande empresa.³⁷³

Fato é que as condições de mercado terão maior relevância na dinâmica contratual do que o poder econômico das partes. Em muitos casos, uma maior oferta de alternativas aos franqueados poderá fazer com que o franqueador se encontre em desvantagem negocial, vez que encontrará dificuldade em admitir ou, eventualmente, de substituir os franqueados do que estes terão em buscar uma nova forma de investimento ou até mesmo (por que não?) uma outra rede de franquia.

Assim, conforme já adiantado no Capítulo I (v. item 1.2.1), as subjetividades dos contratantes não são elementos idôneos a traduzir *per se* dependência contratual, fator vulnerante que deverá ser extraído objetivamente da posição ocupada pela parte na relação *in concreto*. Eventual disparidade econômica entre franqueador e franqueado não revela, por si só, vulnerabilidade, seja porque, como se acaba de observar, a

³⁷⁰ Assim se apresenta a empresa “Banco de Franquias”: “ Banco de Franquias é um operador profissional de varejo, especialista em desenvolver e operar lojas e marcas de reconhecimento global. A gestão dos empreendimentos é realizada por uma equipe de alta performance, contando com os melhores profissionais e tecnologias do mercado. Tudo em nossa Central de Serviços Compartilhados (CSC) garantindo eficiência, controle e transparência”. Conteúdo extraído de <https://www.bancodefranquias.com>. Acesso em 10.1.2020.

³⁷¹ Sobre o conceito filosófico de liquidez, v. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

³⁷² Grandes companhias na contemporaneidade não são proprietárias dos bens objeto de sua empresa. Pense-se na Uber, por exemplo, que não é proprietária dos automóveis que lhe prestam serviço ou no Ifood, que entrega a comida que não produz. A esse respeito, na literatura do meio empreendedor, cf. CAETANO, Gustavo. *Pense simples*. 7ª ed., São Paulo: Editora Gente, 2017.

³⁷³ Na precisa lição de RIBEIRO, Maria de Fátima: “Na realidade, longe vão os tempos em que a dimensão de uma empresa lhe conferia, necessariamente, o status de poderosa; ao invés, entende-se hoje que empresas com menores estruturas (e consequentemente custos fixos) são mais facilmente adaptáveis às variações de mercado e até às constantes mutações sociais dos nossos dias”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 84).

dinâmica do mercado contemporâneo não permite tal conclusão, seja porque as condições de mercado terão maior relevância na contratação do que poderio econômico ostentado pelos contratantes. Afinal, a dependência contratual é fator vulnerante que guarda relação direta com um específico aspecto do contrato, não podendo ser aferível abstrata e genericamente.

No tocante à terceira premissa, infere-se que a dependência estaria caracterizada caso fosse possível provar que o contratante dito dependente – o franqueado – enfrentaria um profundo abalo de ordem econômica no advento da ruptura do contrato, *prejudicando sua existência*.³⁷⁴ O raciocínio se faria análogo ao utilizado para extrair a dependência do empregado no contrato de trabalho. Trata-se, em realidade, de um mau ponto de partida. Conforme esclarece Maria de Fátima Ribeiro,

(...) na realidade, a proteção legal do trabalhador por conta de outrem não depende da importância dos rendimentos do seu trabalho no volume global de seus rendimentos; ou seja, se um trabalhador auferir um vencimento que não tem expressão significativa no volume das receitas que lhe proporciona a sua fortuna pessoal, nem por isso ele vai deixar de merecer essa proteção.³⁷⁵

Em verdade, a premissa se sustenta sobre bases pouco consistentes. No caso do contrato de franquia, não haveria um critério seguro para determinar o tamanho do abalo que o rompimento do contrato geraria ao franqueado. Ainda, questiona-se quem, afinal, teria a existência prejudicada pelo abalo econômico: a própria pessoa do franqueado (e, por extensão, sua família) ou a pessoa jurídica empresária que exerce a franquia.³⁷⁶

Na primeira hipótese, a resposta estaria sujeita a fatores que nada teriam a ver com a relação contratual, como, por exemplo, a forma com que o franqueado conduziu os lucros extraídos da franquia, assim como outras eventuais fontes de renda por ele titularizadas. Na segunda hipótese, tem-se que a avaliação acerca da sobrevivência da empresa dependeria de uma difícil (senão impossível) análise de como o franqueado poderia utilizar os conhecimentos adquiridos em favor da manutenção de seu negócio.

Tais avaliações dependeriam, portanto, de diversos fatores outros, jamais conduzindo a uma conclusão segura e sólida a respeito da influência que o término do contrato de franquia geraria ao franqueado. No fundo, trata-se, ainda que remotamente,

³⁷⁴ O critério é trazido por VIRASSAMY, Georges J. *Les contrats de dépendance: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris: LGDJ, 1986, pp. 133-134.

³⁷⁵ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 86.

³⁷⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 87.

de mais uma tentativa de trazer a influência de elementos eminentemente subjetivos – neste caso, a “sobrevivência” do franqueado, seja lá o que signifique a expressão – à análise dos fatores vulnerantes, que, como visto, deve ser realizada de forma objetiva à luz de aspecto específico do programa contratual concreto.

Em verdade, a dependência contratual, conforme adiantado no Capítulo I (v. item 1.2), poderá ser extraída apenas da factualidade concreta em que se apresenta a relação contratual. Não significa dizer que características subjetivas do contratante não devam ser consideradas para a aferição desse fator vulnerante. No entanto, eventual hipossuficiência – seja ela de que natureza for (econômica, técnica, etc.) – terá relevância na caracterização da dependência contratual apenas na medida em que estiver visceralmente conectada com o programa contratual.

No *franchising*, portanto, haverá dependência contratual sempre que a posição do franqueado exigir, dentro do programa estabelecido, uma prestação por parte do franqueador sem a qual o franqueado não poderá exercer as suas obrigações. Tão somente nesse(s) aspecto(s) do contrato o intérprete poderá identificar a incidência do referido fator vulnerante. Tome-se como exemplo hipótese em que o franqueador exige que o franqueado adquira sua matéria prima de um fornecedor controlado pela própria companhia franqueadora, sob pena de multa. Nesse caso, havendo o inadimplemento da obrigação de fornecer a matéria prima, o franqueado se encontrará impotente diante da falta do próprio franqueador. No dizer popular, estará “de mãos atadas”, tornando-se inquestionável, portanto, sua dependência contratual nesse aspecto da avença concretamente avaliado.

Como se aprofundará no Capítulo III, a dependência contratual, longe de permitir uma superproteção do franqueado, é fator vulnerante que atuará cirurgicamente como vetor interpretativo em intervenções relacionadas diretamente ao aspecto contratual em que está inserida. É dizer: não se revela adequada, a partir da constatação da incidência de determinada dependência, uma postura interpretativa de tutela acrítica do franqueado, o que terminaria por desequilibrar a relação. Não se deve deixar de lado o fato de o contrato de franquia exprimir programa por meio do qual riscos são assumidos pelo franqueado em troca da possibilidade de auferir lucro.

Dessa forma, destacando-se a inafastável necessidade de ponderar os fatores vulnerantes averiguados com os riscos assumidos pelas partes no programa contratual,

torna-se criticável a concepção de que o franqueado, por se mostrar em algum aspecto dependente, deve ser dotado de uma proteção jurídica tamanha a ponto de que o franqueador seja obrigado a garantir o sucesso do negócio do franqueado, comportamento denominado de *infantilismo* pela doutrina.³⁷⁷ Isso porque, conforme ressaltado, a vulnerabilidade extraída nesses casos não permite a ativação de mecanismos interventivos drásticos, sob pena de desequilibrar o contrato.

Nesse sentido, dada a independência jurídica e financeira do franqueado, não se deve jamais imputar ao franqueador o dever de garantir o sucesso do empreendimento do franqueado. Tal posição foi refletida no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no sentido de que a franqueadora não deve ser responsabilizada pelo insucesso do negócio do franqueado:

Insucesso do negócio é risco da atividade empresária assumido pela franqueada. Impossível imputar à franqueadora o dever de indenizar os investimentos realizados. Sentença parcialmente reformada. Recurso da autora parcialmente provido. Recurso da ré não provido.³⁷⁸

De outro turno, sob a mesma perspectiva, interessante acórdão foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, baseado na ideia de independência jurídica e financeira do franqueado, afastou sua responsabilidade perante o franqueador diante do insucesso de sua franquia. No caso, a franqueadora, uma escola de idiomas, buscava imputar responsabilidade ao franqueado por alegados danos resultantes do insucesso de seu empreendimento. Assim consignou a Desembargadora relatora: “da mesma forma que a independência do Franqueado enseja a sua autonomia financeira, pelas mesmas razões, não se pode aferir qualquer prejuízo direto ao Franqueador em razão do fracasso do negócio do investidor”.³⁷⁹

³⁷⁷ A crença de determinados franqueados de que têm o sucesso de sua empreitada garantido pelo contrato de franquia tem sido denominado de “infantilismo” pela doutrina. Sobre o tema, cf. lição de RIBEIRO, Maria de Fátima: “De facto, a doutrina reconhece pacificamente que a obrigação assumida pelo franquiador é uma obrigação de meios, ‘por causa da álea inerente aos negócios’. Mas certos franquiados acreditam que o seu sucesso está assegurado pelo simples facto de assinarem um contrato de franquia; em caso de insucesso, o franquiado desiludido imputa a respectiva responsabilidade ao franquiador; este fenómeno chega a ser apelidado de ‘infantilismo’”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising)*: noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 66-67).

³⁷⁸ TJSP, APL nº 1004350-92.2016.8.26.0506, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Gilson Delgado Miranda, julgamento em 07.08.2019, DJe em 9.8.2019.

³⁷⁹ O acórdão encontra-se ementado a seguir: “apelação. Empresarial. Contrato de franquia. Curso de inglês. Reconvenção. Danos materiais. Inocorrência. 1. Recurso em sede reconvenção, na qual foram julgados improcedentes os pedidos de reparação dos danos materiais em razão da rescisão do contrato de franquia. 2. Contrato caracterizado pela cessão dos direitos de exploração de marca, venda de produtos e

Não se descuida, contudo, do fato de que a existência de “certos elementos que geram ou reforçam uma certa dependência econômica” promove a necessidade de uma vigilância cuidadosa, principalmente no tocante às cláusulas que estabeleçam regras que só poderão ser cumpridas pelo franqueado com o auxílio do franqueador. Sem embargo, não se permite falar em um *estado de dependência* constante do franqueado em relação ao franqueador, o que, existindo, revela situação patológica na relação de franquia.³⁸⁰

Não seria coerente o raciocínio que, por um lado, reconhecesse no franqueado a figura de um empresário independente, que se insere no *franchising* em busca de lucro e que, por outro, enxergasse nele um considerável *estado de dependência* latente que o fizesse sacrificar desde o início da relação sua identidade como empresário independente.

Ressalva-se, ainda, que muitas vezes as relações de franquia são construídas de maneira abusiva, desequilibradas em favor do franqueador. Tais casos devem ser compreendidos como patológicos, de modo que a intervenção judicial se fará necessária não como meio para corrigir uma dependência contratual eventualmente identificada na relação, mas para reequilibrar o contrato por completo. Somente nessas hipóteses extremas, em que houver um favorecimento abusivo da posição do franqueador, se revelará adequada a proteção *tout court* do franqueado. Nos demais, em que houver mera dependência contratual – usual nos contratos de franquia –, caberá ao intérprete, uma vez ponderado o fator vulnerante com a unidade do programa contratual, valer-se

demais elementos de engineering, management e marketing, que não assegura o sucesso do empreendimento. 3. Não há elementos de prova suficientes que permitam afirmar a existência de prejuízos de ordem patrimonial sofridos pelo Franqueador-Apelante. Da mesma forma que a independência do Franqueado enseja a sua autonomia financeira, pelas mesmas razões, não se pode aferir qualquer prejuízo direto ao Franqueador em razão do fracasso do negócio do investidor. Na eventualidade de ter suportado prejuízos decorrentes da prática comercial do Franqueado, é preciso que estes sejam devidamente provados, o que não foi feito. Ônus da prova do qual não se desincumbiu o Réu-Reconvinte, conforme art. 333, I, do CPC. 4. Quanto ao material didático, apesar de haver disposição contratual que prevendo a sua recompra pelo Franqueador, no caso de rescisão, nada foi pago pelo Franqueado a este título. Igualmente, ele não impugnou especificamente o fato de não ter devolvido o material, se limitando a afirmar que devolveu os manuais da franquia e que não tinha conseguido vender o material didático a seus alunos por o preço ter sido majorado. Assim, assiste razão ao Franqueador, posto que o Franqueado não pode reter o material, e não pagar por ele. 5. Procedência do pedido de reconvenção, com a condenação do Autor-Reconvindo no pagamento de R\$ 18.737,31. 6. Recurso a que se dá provimento”. (TJRJ, Ap.Civ. nº 0015657-20.2009.8.19.0209, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Teresa de Andrade Castro Neves, julgamento em 20.08.2014).

³⁸⁰ “Mas um *estado de dependência* do franquiado em relação ao franquizador é uma situação anormal, um desvio do contrato: na verdade, a franquia consiste precisamente em pôr em comum, economicamente, os meios diferentes e complementares de dois comerciantes independentes, para ocupar determinado mercado”. (RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 89-90).

de instrumentos para tutelar a posição de vulnerabilidade averiguada *in concreto* tão somente no aspecto (e na medida) em que se revelar vulnerável.

Conclui-se, portanto, no sentido de que a independência jurídica e financeira do franqueado é essencial ao contrato de franquia. Tal consideração não obsta, contudo, a verificação *in concreto* de eventual dependência contratual, a ser corrigida pontualmente pelo intérprete. Assim, no *franchising*, a ponderação entre o fator vulnerante dependência contratual e a essencial independência do franqueado, juntamente com o risco assumido no programa contratual visando à obtenção de lucro, permite dizer que a possibilidade de haver dependência contratual não autoriza extrair, contudo, um *estado de dependência* do franqueado, a sustentar uma superproteção abstrata a seu favor.

Consequentemente, a simples celebração de um contrato de franquia não garante sucesso empresarial ao franqueado, de modo que os prejuízos advindos de eventual fracasso, em regra, não poderão ser imputados ao franqueador, salvo verificado algum descumprimento contratual de sua parte.

3 MECANISMOS DE INTERVENÇÃO NOS CONTRATO DE FRANQUIA: LEITURA À LUZ DA VULNERABILIDADE CONTRATUAL

Percorrida a trajetória proposta nos dois capítulos anteriores – o primeiro ocupado com a dinâmica das vulnerabilidades, a discorrer sobre os fatores vulnerantes que poderão incidir em uma relação contratual concreta e o segundo, com o dinamismo do *franchising* e, mais especificamente, com os dois fatores vulnerantes que comumente incidente no contrato de franquia – chega-se oportunamente a este terceiro capítulo.

Conforme anunciado preliminarmente na introdução do primeiro capítulo, a vulnerabilidade contratual exerce, na contemporaneidade, a função de fundamentar a ativação de mecanismos interventivos ou de atuar como vetor interpretativo dos requisitos necessários para tais interferências. Uma vez estudada a estrutura da vulnerabilidade contratual, a partir da elucidação dos fatores vulnerantes que poderão incidir *in concreto* nos polos contratantes, viu-se, já no Capítulo II, que, nos contratos de franquia, costumam incidir dois destes fatores, a saber: a restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato (ou simplesmente a adesividade) e a dependência contratual.

Neste derradeiro capítulo, cabe investigar minuciosamente não a estrutura, mas a função exercida pela vulnerabilidade contratual no *franchising*. Nessa perspectiva, será promovido o cotejo dos mecanismos interventivos mais comumente suscitados nos litígios que envolvem contratos de franquia com os fatores vulnerantes incidentes na espécie, de modo a compreender de que maneira a interação dos fatores vulnerantes com os mecanismos interventivos faz da vulnerabilidade contratual o fundamento de ativação dos instrumentos de interferência nos pactos privados ou, ao menos, um importante *vetor interpretativo* de seus critérios de aplicação.

Observa-se que a cada sorte de mecanismo de intervenção poderão importar fatores vulnerantes distintos, justamente porque a vulnerabilidade contratual, conforme explicado no Capítulo I, deve ser avaliada *in concreto*, isto é, tomando-se em conta o aspecto contratual em que está baseada a controvérsia. Em relação ao contrato de franquia, perceberá o leitor que, por vezes, apenas o fator da adesividade contratual irá interagir com determinadas formas de interferência. Por outro lado, haverá casos em que apenas a dependência contratual será chamada a depor. Por fim, para alguns mecanismos poderão importar ambos os fatores vulnerantes.

Dito isso, passa-se à análise dos três principais mecanismos de intervenção que a jurisprudência tem realizado nos contratos de franquia: a resolução contratual, a revisão do contrato e o afastamento – ou modulação de efeitos – de determinados ajustes recorrentes no *franchising*, tais como a cláusula de eleição de foro, a cláusula compromissória e, por fim, a cláusula penal.

3.1 Resolução do contrato de franquia

O primeiro mecanismo interventivo de que tratará este capítulo não diz com uma alteração no conteúdo do contrato imposta de forma heterônoma, mas com a sua extinção, que poderá ser determinada pelo Estado-juiz ou por juízo arbitral a partir do requerimento de uma das partes contratantes, desde que constatada a presença de certos requisitos. A resolução contratual poderá ocorrer por dois fundamentos, a saber: *i)* pelo inadimplemento absoluto e *ii)* pela excessiva onerosidade.³⁸¹ Por evidente, a vulnerabilidade contratual não se afigura razão bastante para a extinção dos contratos entre particulares. Nesse contexto, atuará como *vetor interpretativo* dos pressupostos da resolução contratual, que serão examinados adiante.

No que toca ao contrato de franquia, grande parte das decisões proferidas pelos tribunais referem-se justamente a esse mecanismo de intervenção.³⁸² Diante da frustração do plano de negócio em que concorrem franqueado e franqueador, tornou-se comum a propositura – por um ou por outro – de demanda perante o Poder Judiciário buscando o desfazimento do contrato. Nas decisões que julgam tais demandas, lança-se mão da categoria da vulnerabilidade, por muito, de forma atécnica, para justificar, sem o devido rigor metodológico, o posicionamento adotado pelo magistrado, conforme será demonstrado ao longo deste Capítulo.

Assim, faz-se necessária a avaliação em separado dos fundamentos da resolução contratual de modo a determinar de que maneira o juízo de vulnerabilidade influenciará na adoção (ou não) da medida interventiva. Inicia-se com o estudo da resolução por inadimplemento absoluto para, passo adiante, adentrar-se na resolução contratual por onerosidade excessiva.

³⁸¹ “A resolução dos contratos não se dá somente em razão do *pacto comissório*. Além da inexecução culposa, o contrato pode ser resolvido em consequência e *inexecução* involuntária, e, ainda, em algumas legislações, por dificuldade de execução em razão de onerosidade excessiva sobrevinda a uma das prestações”. (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 173).

³⁸² De pesquisa realizada no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no período de janeiro de 2015 até julho de 2019, mais de 60% dos julgados envolvendo a relação contrato entre franqueadores e franqueados diziam respeito à resolução do contrato.

3.1.1 Resolução por inadimplemento absoluto: a impossibilidade de satisfação do crédito e a falta de interesse útil do credor

A resolução contratual refere-se a mecanismo interventivo que poderá ser ativado apenas na hipótese de *inadimplemento absoluto*.³⁸³ Trata-se da chamada cláusula resolutiva tácita, insculpida no artigo 475 do Código Civil, pela qual a inexecução de uma parte autoriza a outra a pedir a *resolução*,³⁸⁴ em exercício de um direito potestativo legalmente conferido.³⁸⁵ De início, impõe-se a necessidade de compreensão da evolução do direito obrigacional à medida que promoveu relevante alteração no conceito de inadimplemento absoluto e, ainda, na distinção que se faz deste em relação ao inadimplemento relativo (mora).

A acepção da relação obrigacional como processo,³⁸⁶ em superação da leitura estática do vínculo obrigacional como a subordinação do devedor aos interesses do credor, promoveu verdadeira reformulação na concepção dos fenômenos do adimplemento e, em consequência, do inadimplemento. A dinamicidade e complexidade³⁸⁷ de que se revestem contemporaneamente as relações obrigacionais somam-se à funcionalização do instituto,³⁸⁸ a chamar a atenção do direito obrigacional

³⁸³ “Resolver o contrato é extingui-lo com efeitos retroativos (*ex tunc*), por ato ou pedido judicial de uma das partes, em virtude do inadimplemento da outra”. (LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Contratos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 192). “Ficou então a palavra resolução reservada aos casos em que o contrato se extingue por força da inexecução, voluntária ou involuntária, culposa ou não, parcial ou total, de alguma obrigação ou ainda em decorrência da dificuldade iníqua em se prestar o prometido”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012l, p. 122).

³⁸⁴ “Por disposição legal, há, em todo contrato bilateral, implicitamente, uma *cláusula resolutiva*, pela qual a inexecução de uma parte autoriza a outra a pedir a *resolução*”. (GOMES, Orlando. *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 173).

³⁸⁵ Para uma definição de direito potestativo, cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*, cit., pp. 183-186: “são poderes jurídicos de, por um ato livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte. (...) No contrapolo dos direitos potestativos surgem-nos as sujeições correspondentes. Consiste esta noção na situação de necessidade inelutável, em que está constituído adversário do titular de um direito potestativo, de suportar na sua esfera jurídica as consequências constitutivas, modificativas ou extintivas do exercício daquele direito. É, pois, a outra face da moeda, relativamente aos direitos potestativos. Aqui, diversamente do dever jurídico, trata-se de uma necessidade inelutável. O sujeito não pode violar ou infringir a sua situação”.

³⁸⁶ V., por todos, COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

³⁸⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. 1, trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 37-38.

³⁸⁸ Sobre a funcionalização das relações obrigacionais, v. KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*, vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

como um instrumento de cooperação dirigido à satisfação dos interesses daqueles que, de forma ou outra, se obrigam.³⁸⁹

De um lado, o adimplemento passa a ser compreendido não mais como o cumprimento da obrigação principal pelo devedor, mas, em perspectiva funcionalizada, como o integral cumprimento da *prestação satisfativa*, que engloba, além da dita principal, os deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva e os deveres secundários de prestação incidentes na específica sistemática obrigacional dirigidos em unicidade à satisfação do interesse do credor.³⁹⁰

De outro lado, em consequência da alteração do conceito de adimplemento, assiste-se à modificação, por lógica, também do conceito de inadimplemento. Afinal, as figuras apresentam-se como dois lados de uma mesma moeda. Nessa perspectiva, o conceito de inadimplemento expande-se, passando a ser configurado como o descumprimento não somente da prestação principal, mas de todo e qualquer dever de conduta necessário à satisfação objetiva do crédito.

Em outras palavras, o descumprimento dos deveres anexos inseridos no contrato por força de princípios legais também ensejam inadimplemento. Assim, em síntese formulada pela doutrina contemporânea de Aline de Miranda Valverde Terra, “inadimplemento significa a inexecução da *prestação satisfativa*,³⁹¹ e não o mero

³⁸⁹ Como alerta TERRA, Aline de Miranda Valverde: “Revela-se, por conseguinte, a insuficiência da análise meramente estrutural – cuja própria configuração passou a ser alvo de críticas direcionadas à tradicional classificação dos sujeitos e do objeto como seus elementos –, a impor que se avalie a efetiva instrumentalização da relação à satisfação dos interesses das partes merecedoras de tutela. A função jurídica orienta todo o desenvolvimento da relação obrigacional, servindo de parâmetro para a valoração do comportamento das partes, que devem colaborar mutuamente para a plena realização de seus legítimos interesses”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 101).

³⁹⁰ “Abandona-se, em definitivo, a concepção estrutural do adimplemento, segundo a qual bastava a simples execução da prestação principal para que se considerasse o devedor adimplente, em favor de perspectiva funcional, a exigir, para a configuração do adimplemento, o cumprimento da prestação devida em concreto, que pressupõe, além da execução do comportamento dirigido à execução da prestação principal, a observância de todos os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional que se façam instrumentalmente necessários ao efetivo atendimento do escopo econômico da relação, satisfazendo, assim, o interesse objetivo do credor”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan/mar, 2017, p. 100).

³⁹¹ O conceito de prestação satisfativa é tratado por TERRA, Aline de Miranda Valverde como “a prestação capaz de satisfazer os interesses do credor, identificada no comportamento do devedor dirigido à execução do dever principal de prestação, bem como dos vários deveres de conduta que lhe são impostos” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Renovar. Rio de Janeiro: 2009, p. 64).

descumprimento da prestação principal”.³⁹² Nessa linha, o gênero *inadimplemento*, posto que não definido pelo Código Civil, assume conceito doutrinário no sentido de que há inadimplemento sempre que a prestação satisfativa deixa de ser cumprida nos termos adequados em razão de fato imputável ao devedor.³⁹³

Abrem-se breves parênteses para ressaltar que a referida imputabilidade não se deve confundir com culpabilidade. No direito dos contratos, o nexo de imputação trata do fundamento da atribuição de responsabilidade ao inadimplente, enquanto a culpa revela-se um dos pressupostos possíveis para tal imputação.³⁹⁴ Muito embora, na seara da responsabilidade contratual, o principal critério de imputação se refira à culpabilidade, observa-se a expansão de critérios objetivos de imputação, baseados, em geral, na assunção de risco por parte do devedor.³⁹⁵ Assim, a verificação de qualquer das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas em lei – em especial a cláusula geral trazida no artigo 927, § único do Código Civil – torna possível a imputação do inadimplemento ao devedor, ainda que não esteja configurada sua culpa.³⁹⁶

Diferentemente do proposto pela doutrina clássica, a culpa não se revela elemento essencial para a caracterização do inadimplemento. Basta que ao devedor seja imputado (e não culpado pelo) o dano para que responda pelos prejuízos gerados.³⁹⁷ O

³⁹² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 103.

³⁹³ “(...) verifica-se o não cumprimento, incumprimento ou inadimplemento de uma obrigação sempre que a respectiva prestação devida deixar de ser efectuada nos termos adequados”. (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1980, p. 219). Na lição de VARELA, Antunes o inadimplemento define-se “com maior propriedade, como a não realização da prestação devida, sem que entretanto se tenha satisfeito (por outra via) o direito do credor ou cumprido o dever de prestar a cargo do obrigado”. (VARELA, João de Mattos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1970, p. 734).

³⁹⁴ Na lição de NORONHA, Fernando: “nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de um determinado fato antijurídico. É o elemento que aponta o responsável, estabelecendo a ligação do fato danoso com este”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. I. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 495-496).

³⁹⁵ Não obstante o crescente reconhecimento de critérios outros de imputação que não a culpa, a doutrina clássica do Direito Civil brasileiro ainda a aponta como única fonte de imputação em sede de responsabilidade contratual.

³⁹⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017 p. 115.

³⁹⁷ Em sentido contrário, para alguns autores, a culpa configura o único critério de imputabilidade na responsabilidade contratual. V., nesse sentido, GOMES, Orlando: “O inadimplemento da obrigação por fato imputável ao devedor deve ser apreciado à luz da teoria da culpa contratual. Consiste a culpa na infração de dever jurídico oriundo de contrato, praticada intencional ou negligentemente. Não deve ser confundida com a culpa aquiliana, na qual se funda a responsabilidade delictual. A culpa considerada no capítulo da inexecução é restrita a infrações que determinam o inadimplemento da obrigação contratual”. (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 170). No mesmo sentido, SILVA, Clóvis do Couto e., a respeito da mora *debitoris*: “Conforme este artigo [artigo 963 do Código Civil de

fato de a culpa, em sede de responsabilidade contratual, ser a principal fonte de imputação não a torna, de maneira alguma, a única, devendo-se reconhecer outras razões para a imputação do dano ao inadimplente, tal como o risco assumido no programa contratual.³⁹⁸

Nesse sentido, afirmou Pontes de Miranda que “o Código Civil brasileiro afastou-se da teoria da culpa no inadimplemento”. Dessa forma, de acordo com o jurista brasileiro, “certamente a culpa não é elemento necessário do suporte fático do artigo 963, que diz: ‘não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre esse em mora’; portanto, salvo se há regra especial que exija a culpa, ou a culpa grave, ou o dolo, basta a imputabilidade”.³⁹⁹⁻⁴⁰⁰

No contexto de reformulação do gênero inadimplemento, também se modifica substancialmente a concepção das suas duas espécies, a saber: inadimplemento absoluto e relativo (mora). Ambos traduzem, como visto, o incumprimento da prestação

1916 reproduzido no artigo 396 do Código Civil] somente poderá haver mora quando houver fato ou omissão imputável ao devedor. Cuida-se aí da *mora debitoris*. Esse artigo expressa uma regra geral da qual se pode tirar consequência semelhante à da alínea II do §275 do BGB. Se somente existe mora com fato imputável ao devedor, não se pode chegar a uma solução jurídica na qual se manifesta forma de mora sem culpa”. (SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 100). No mesmo sentido, ao comentar o mesmo dispositivo legal, concluiu ALVIM, Agostinho: “A culpa é elementar na mora do devedor, como seu elemento subjetivo. É da associação dos arts. 955 e 963 que resulta, em nosso direito, o conceito da *mora solvendi*. Este ponto é pacífico na doutrina e na jurisprudência, registrando esta os mais variados casos de devedores absolvidos por ausência de culpa, não obstante a existência de qualquer das circunstâncias objetivas da mora”. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1949, p. 19).

³⁹⁸ Sobre outros critérios de imputação em sede de responsabilidade contratual, convida-se o leitor a observar a tendência da civilística brasileira de objetivar a responsabilidade contratual, consubstanciada em diversas passagens do Código Civil de 2002. Nesse sentido, a cláusula geral de responsabilidade objetiva insculpida no artigo 927, § único do Código. Ainda, a servir de exemplo da utilização de critérios de imputação objetiva, cf. o artigo 734 do Código Civil, que trata da responsabilidade no contrato de transporte. Ainda, não se pode deixar de notar as evoluções trazidas em matéria de responsabilidade contratual pelo Código de Defesa do Consumidor, que preconiza expressamente a responsabilidade objetiva, a superar a dicotomia estática entre responsabilidade contratual e extracontratual. Sobre esse último aspecto, cf. a lição de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

³⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. XXIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 253-254. Na mesma linha, ASSIS, Araken de. afirma: “basta, assim, a atribuição do ato omissivo ou comissivo ao devedor, dele resultando antagonismo com a conduta devida, e atendendo-se a que pode ocorrer mora sem culpa”. (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 101). Cf., ainda, lição de ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 969-972.

⁴⁰⁰ Assim, a percepção de Judith Martins-Costa parece adequada. Segundo a jurista, a culpa não é elemento essencial ao inadimplemento, mas apenas a imputabilidade. Em didática síntese: “imputar não é inculpar, não é atribuir culpa, é atribuir responsabilidade. Responsabilizar não é imputar, não é necessariamente inculpar”. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 87-88).

satisfativa (não apenas da obrigação principal) imputável ao devedor. Assim, adentrando-se a classificação dicotômica, tem-se que o inadimplemento absoluto se refere ao incumprimento definitivo da prestação satisfativa, seja por ter se tornado impossível a prestação satisfativa ou, se ainda for possível o cumprimento, pela perda de interesse útil do credor.⁴⁰¹ De outro turno, configura-se mora nas hipóteses em que, apesar de não cumprida no tempo, lugar ou forma ajustada, a prestação devida ainda é de possível execução para o devedor e útil para o credor.⁴⁰²

Uma vez que o mecanismo interventivo da resolução contratual se opera apenas no advento de inadimplemento absoluto – e não de mora, situação em que se mantém hígido o interesse do credor e, portanto, não leva ao desfazimento da avença –, investigam-se as circunstâncias que, se verificadas, conduzem o intérprete a concluir pelo inadimplemento absoluto, a autorizar a resolução do contrato. Conforme já adiantado acima, são duas as hipóteses: *i)* a impossibilidade de o credor receber do devedor a prestação satisfativa *ii)* a perda do interesse útil do credor no cumprimento da obrigação.

Nesse sentido observa Judith Martins-Costa:

O incumprimento definitivo significa que a prestação, que não foi prestada como devida não poderá mais sê-lo. Embora a doutrina costume subsumir todas as hipóteses em que a prestação não mais poderá ser cumprida na mesma etiqueta – ‘incumprimento definitivo’ – a verdade é que podemos divisar diferentes causas para essa definitividade da não prestação: ou a impossibilidade, ou a perda do interesse do credor, por inútil, então, a prestação.⁴⁰³

⁴⁰¹ Na formulação de ALVIM, Agostinho: “Há inadimplemento absoluto quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação; há mora quando persiste essa possibilidade”. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980, 3ª ed., p. 44).

⁴⁰² TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 103.

⁴⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 148. Em igual sentido é a lição de ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de: “A primeira hipótese – também designada por inadimplemento propriamente dito ou impossibilidade definitiva – ocorre quando a prestação, que ficou por cumprir na altura própria, não pode mais ser efectuada, tendo-se tornado impossível. Exemplificamos: A obriga-se com B a entregar-lhe o objecto X, que perece; C não cumpre a obrigação que assumira de fornecer a D um banquete no dia Y, em que se celebrou o casamento da filha deste. Tanto num caso como no outro a obrigação não foi cumprida nem poderá vir a sê-lo. No segundo exemplo, a impossibilidade do cumprimento resulta de ter desaparecido o interesse do credor”. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Noções de Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina. 1980, p. 219).

A primeira hipótese de configuração do inadimplemento absoluto – a impossibilidade de o credor receber do devedor a prestação satisfativa –⁴⁰⁴ ocorre quando o cumprimento do dever não for realizável em razão de impossibilidade de ordem física ou jurídica, isto é, em caso de perecimento ou em situação em que se exigem esforços extraordinários para o cumprimento por parte do devedor. Parece correto assumir, portanto, que a impossibilidade pode ser lastreada em fundamento de ordem jurídica, econômica ou fática.⁴⁰⁵

Não se ignora o magistério de Agostinho Alvim no sentido de que a impossibilidade da obrigação deve ser aferida do ponto de vista do credor.⁴⁰⁶ Para o autor, o instituto não se limitaria, portanto, à impossibilidade de cumprimento da prestação pelo devedor. Desse modo, a referida impossibilidade acabaria por se traduzir, *mutatis mutandis*, na perda do interesse útil do credor. Por razões didáticas, prefere-se apartar as razões do inadimplemento absoluto, de modo a relacionar a impossibilidade aos casos em que o devedor, por razão superveniente à gênese do contrato que lhe seja imputável, não puder razoavelmente cumprir a obrigação.⁴⁰⁷ Afinal, como reconhece o próprio autor, a afirmação de que “o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de ser cumprida a prestação pelo devedor, veremos que esta fórmula é verdadeira para grande número de casos”.⁴⁰⁸

Assim, configura-se impossível a prestação cujo cumprimento venha a exigir do devedor extraordinário esforço, uma vez que “o dever de prestar não pode ser exigido além de um limite razoável”.⁴⁰⁹ Apenas a avaliação *in concreto* conduzirá o intérprete, sob a ótica do programa contratual assumido pelas partes, à adequada compreensão acerca da razoabilidade da exigência da prestação, que não poderá impor ao devedor um custo financeiro (ou até mesmo pessoal) irrazoável.

⁴⁰⁴ Definindo o inadimplemento absoluto pelo critério da impossibilidade da prestação, cf. a lição de ALVIM, Agostinho: “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber”. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980, 3ª ed., p. 7).

⁴⁰⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 173.

⁴⁰⁶ “O critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica; na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa”. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980, 3ª ed., p. 45).

⁴⁰⁷ Sobre o tema, v., por todos, PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2017.

⁴⁰⁸ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980, 3ª ed., p. 44.

⁴⁰⁹ A afirmação é trazida por GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 172.

A segunda hipótese para a ocorrência de inadimplemento absoluto refere-se à perda do interesse útil do credor. Nesses casos, embora a prestação ainda se mostre de possível execução pelo devedor, seu cumprimento revela-se, dentro do programa contratual projetado, inútil para o credor.⁴¹⁰ Ressalta-se que nada impede que, em determinados casos, a mora se converta em inadimplemento absoluto. Para tanto, basta que o cumprimento defeituoso, por alguma razão, faça com que o credor perca o interesse na prestação, tal como preconizado pelo artigo 395 do Código Civil, que dispõe: “se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.⁴¹¹

O Código Civil de 2002 não procura estabelecer os critérios pelos quais se fará o juízo de valoração da perda da utilidade para o credor.⁴¹² Em geral, a doutrina recorre a um conceito abstrato de ofensa substancial à obrigação.⁴¹³ Na linha do que preconiza a metodologia civil-constitucional, tal juízo deve ser realizado *in concreto*, tomando-se em conta o programa contratual no qual está inserida.⁴¹⁴ Como alerta a doutrina, “devem ser afastadas avaliações discricionárias, de modo a impedir que o credor seja movido por mero capricho”.⁴¹⁵

⁴¹⁰ “admitem a doutrina e a jurisprudência que o atraso no cumprimento equivale a incumprimento definitivo quando já não puder satisfazer o interesse do credor; a prestação deixa de lhe ser útil”. (DIEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, v. II, Madrid: Tecnos, 1978, p. 162 – tradução livre). No original: “se admite por la doctrina y jurisprudência que el retraso en el cumplimiento equivale a incumplimiento definitivo cuando ya no puede satisfacer el interés del acreedor; la prestación deja de serle útil”.

⁴¹¹ Trata, no dizer da doutrina, do “caráter transformista da mora”. Sobre o tema, v. DE ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 120.

⁴¹² “Não há dúvida que a expressão *inútil*, abstratamente considerada, tem em linguagem um sentido certo, um conceito objetivo. Mas, dizendo-se inútil *para o credor*, entra aí o subjetivismo. O arbítrio do juiz entende-se com o exame da inutilidade em face do credor, sendo este, pois, um conceito relativo”. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 54).

⁴¹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* (resolução), 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 130.

⁴¹⁴ “Os dados a considerar, portanto, são de duas ordens: os elementos objetivos, fornecidos pela regulação contratual e extraídos da natureza da prestação, e o elemento subjetivo, que reside na necessidade existente no credor em receber uma prestação que atenda à carência por ele sentida, de acordo com a sua legítima expectativa” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* (Resolução, 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 133). Nas palavras de ALVIM, Agostinho; “a inutilidade deverá ser avaliada em face do tempo, do lugar e da forma do pagamento. Assim, o juiz deverá examinar se a prestação se tornou inútil ao credor, por ter sido feita com atraso, ou por não se ter realizada no lugar ou forma convencionados” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 54).

⁴¹⁵ “Assume, portanto, especial relevância para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto a noção de utilidade/inutilidade da prestação para o credor. Sob certo aspecto, a inutilidade da prestação deve ser avaliada subjetivamente, isto é, em relação ao credor da relação obrigacional concreta, e não para um credor abstratamente considerado. Todavia, devem ser afastadas avaliações discricionárias, de modo a impedir que o credor seja movido por mero capricho. A inutilidade é apreciada à luz do concreto interesse

Nesse sentido afirma Judith Martins-Costa: “o juiz deve apreender o interesse e a utilidade com base na natureza da prestação e das regras comuns de experiências. Não há ‘arbítrio’ judicial (com tudo o que essa expressão ressoa de voluntarismo), mas, verdadeiramente, poder-dever de detectar, entre os elementos objetivos e os elementos subjetivos da prestação, a possível inutilidade”.⁴¹⁶

Em trabalho dedicado ao tema, Gabriel Rocha Furtado afirma que “no caso da resolução do contrato, deve-se considerar sobretudo se o exercício desse direito potestativo se coaduna e tem sua razão justificadora na própria função negocial”. Nesse sentido, conclui o autor que “será pertinente resolver a relação contratual – em meio a outros casos – sempre que diante da mora do devedor a sua prestação não sirva mais ao alcance e concretização dos efeitos essenciais que sejam a causa do negócio; sempre, enfim, que esteja frustrada a finalidade do contrato”.⁴¹⁷

Assim, a análise tanto da (im)possibilidade do cumprimento da prestação quanto de sua (in)utilidade e, conseqüentemente, da modalidade de inadimplemento presente no caso – absoluto ou relativo – obedecem a um juízo ponderativo a ser realizado *in concreto*.⁴¹⁸ Justamente nesse ponto liga-se o juízo de vulnerabilidade estudado nos capítulos anteriores com o mecanismo de intervenção ora analisado. Como visto, a resolução contratual se opera apenas em hipóteses de inadimplemento absoluto. Ocorre que, em muitos casos, a impossibilidade de cumprimento da prestação e a perda do interesse útil do credor – critérios para a qualificação da falta contratual como inadimplemento absoluto – mostram-se de difícil aferição pelo intérprete.⁴¹⁹

perseguido pelo credor na relação obrigacional”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017, p. 101). No Direito português, Almeida Costa afirma: “quanto à perda do interesse do credor na prestação, é a mesma ‘apreciada objectivamente’ (art. 808º, nº 2). Este critério significa que a importância de tal interesse, embora aferida em função da utilidade concreta que a prestação teria para o credor, não se determina de acordo com o seu juízo arbitrário, mas considerando elementos susceptíveis de valoração comum das pessoas”. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, 9ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 484).

⁴¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 254.

⁴¹⁷ FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59.

⁴¹⁸ Tratando da necessária avaliação *in concreto* dos efeitos do inadimplemento, afirmou ALVIM, Agostinho: “a equidade tem larga aplicação em matéria de mora”. (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 55).

⁴¹⁹ “A possibilidade de resolver o contrato por não cumprimento é, em todo o caso, subordinada a uma condição: que o não cumprimento não tenha ‘escassa importância’, atendendo ao interesse da parte que o sofre. Seria, na verdade, absurdo e injusto – e correria o risco de perturbar o bom andamento do tráfico – se cada parte fosse legitimada a desembaraçar-se do contrato, tomando por pretexto toda a mínima e insignificante inexatidão na execução da outra parte. É necessário, ao invés, que o não cumprimento

Nesse cenário, a vulnerabilidade contratual ganha, ao lado do princípio da boa-fé objetiva,⁴²⁰ proeminência na qualificação do inadimplemento. Atuando como vetor interpretativo, a vulnerabilidade agirá como parâmetro para que o intérprete avalie a presença ou ausência dos requisitos para a caracterização do inadimplemento como absoluto. É dizer: a averiguação de vulnerabilidade em determinada contratação permitirá ao intérprete a aproximação ou o afastamento do remédio resolutivo, a depender de qual dos polos contratantes, *in concreto*, revelar posição de vulnerabilidade.

A utilização da vulnerabilidade como vetor interpretativo justifica-se em razão da desproporção em relação aos efeitos que o inadimplemento de uma ou outra parte gera ao programa contratual. Em se tratando de polo vulnerável, determinado incumprimento pode-se revelar sobremaneira gravoso, de modo que o intérprete deverá ser mais deferente à alegação quanto à perda do interesse útil ou à impossibilidade de cumprimento da prestação por parte do contratante vulnerável.

Um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tornará evidente ao leitor o que se propõe. Em junho de 2019, a Corte acatou o pedido de resolução contratual formulado por franqueada pela prova feita em gravações telefônicas de que a franqueadora estava desviando sua clientela. Conforme relata o Acórdão, “o desvio de clientela ocorria quando um cliente ao entrar em contato com a central de atendimento, era encaminhado para unidades próprias da ré, ainda que fossem mais distantes de sua residência do que a unidade franqueada de São Miguel Paulista. Em teoria, o cliente deveria ser encaminhado para a unidade mais próxima do endereço que fornecesse, sem haver distinção entre unidades franqueadas e unidades de propriedade da ré”.⁴²¹

invocado por quem pede a resolução, seja razoavelmente sério e grave, e prejudique, de modo objetivamente considerado, o seu interesse. A existência destes pressupostos deve ser avaliada, caso a caso, pelo juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto, e, eventualmente, atendendo também à experiência de análogas relações ocorridas, no passado, entre as mesmas partes (...) O juiz é chamado, em suma, a operar uma avaliação segundo a boa-fé da complexa economia do negócio e das legítimas expectativas das partes, fundadas sobre aquela, de modo a rejeitar as pretensões com ela incongruentes, e, nesse sentido, contrastantes com o princípio da correção que domina, também, a matéria de execução do contrato”. (ROPPO, Enzo. *O Contrato*, cit., p. 266).

⁴²⁰ Confira-se o teor do enunciado 162 aprovado na III Jornada de Direito Civil conduzida pelo Conselho da Justiça Federal: “a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do devedor deverá ser aferida objetivamente, consoante o *princípio da boa-fé* e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”. (Grifos nossos).

⁴²¹ Apelação. Ação de rescisão contratual cumulada com indenização por danos materiais, morais, lucros cessantes e perda de uma chance. Sentença de parcial procedência da ação principal e improcedência da

Diante desse cenário, o Tribunal reconheceu o pleito resolutório da franqueada Autora. Impossível não notar que a vulnerabilidade contratual demarcada na operacionalidade do controle de clientela impunha ao intérprete maior deferência aos argumentos apresentados pela franqueada vítima de má-fé por parte da franqueadora. Parte-se, neste ponto, à análise dos fundamentos legais para a resolução contratual à luz do juízo de vulnerabilidade.

No que toca à perda do interesse útil do credor, critério para a configuração do inadimplemento como absoluto, a doutrina costuma abarcar lição no sentido de que ao contratante que a alega caberá a efetiva prova de que o cumprimento do devedor não satisfará os concretos anseios buscados no programa contratual concreto. Nesse sentido afirma Agostinho Alvim: “dada a alegação do credor de que a prestação, devido à mora, não lhe apresenta mais utilidade, a ele cabe o ônus da prova”. E complementa o autor: “essa utilidade presume-se porque, via de regra, a mora ocasiona prejuízo ao credor, mas só excepcionalmente tornará inútil a prestação”.⁴²²

Contudo, a percepção de que o contratante que alega a perda do interesse útil se encontra em posição de vulnerabilidade contratual autorizará ao intérprete conceder maior deferência a tal alegação, cabendo, inclusive – em casos de vulnerabilidade em maior grau – partir de presunção contrária, invertendo o ônus da prova. A possibilidade de inversão ocorrerá em casos em que o programa contratual não revelar a assunção de riscos pelo contratante vulnerável visando à obtenção de determinada vantagem econômica. Isso porque, conforme explicitado no Capítulo I,⁴²³ o grau de vulnerabilidade será determinado a partir da síntese ponderativa entre os fatores vulnerantes que incidem *in concreto* e o programa contratual unitariamente considerado.

reconvenção. Contrato de franquia. Rescisão contratual por culpa exclusiva da franqueadora. Desvio de clientela comprovado por gravações telefônicas de contatos com a central de atendimento. Direcionamento de consumidores, de acordo com a proximidade geográfica constituiu um dos elementos principais do contrato de franquia. Requerida que agiu de má fé ao direcionar os consumidores para lojas próprias, ainda que mais distantes do que a unidade franqueada. Rescisão contratual. Cláusula Penal. Incidência. Danos morais. Ocorrência. Honorários advocatícios. Arbitramento por equidade que somente se dá nas hipóteses previstas no art. 85, §8º do Novo Código de Processo Civil. Necessidade de aplicação dos limites percentuais estabelecidos pelo §2º do mesmo dispositivo legal. Enunciado n.º 6 da I Jornada de Direito Processual Civil. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça. Sentença reformada em pequena extensão. Recurso da ré desprovido. Apelo da autora provido. (TJSP, APL nº 1128309-57.2016.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Azuma Nishi, julgamento em 27.06.2019, DJe em 27.06.2019).

⁴²² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 55.

⁴²³ V. item 1.2.2. *supra*.

Assim, tendo em vista que o contrato de franquia revela ajuste por meio do qual o franqueado – ainda que, em certos aspectos, vulnerável – busca auferir lucro, não se deve presumir que o inadimplemento do franqueador gere a perda de seu interesse útil na contratação. Contudo, deverá o julgador adotar postura de maior deferência caso tal perda seja alegada pelo franqueado. Veja-se o exemplo a seguir.

Uma companhia franqueadora, cuja sede se encontra no centro da região metropolitana de um determinado estado, resolve expandir sua atuação para o interior. No contrato de franquia celebrado com um franqueado de uma pequena cidade interiorana, prevê-se a obrigação de a franqueadora fornecer determinado tipo de farinha para a confecção de pães frescos todos os dias pela manhã. Em contraparte, o franqueado obriga-se a comprar o referido insumo tão somente do franqueador. Ocorre que o franqueador, recorrentemente, atrasa a entrega da farinha, o que faz com que o franqueado termine o preparo dos pãezinhos apenas em horário de menor movimento. Sentindo-se prejudicado, o franqueado pleiteia a resolução contratual em juízo.

A indagação primeira que se põe ao intérprete diz respeito à qualificação da falta contratual do franqueador, nesse caso, se como inadimplemento absoluto ou como mora. Ocorre que, ao se observar o programa contratual, percebe-se que o franqueado dependia do franqueador para que pudesse realizar a sua parte do combinado. Evidente a incidência do fator vulnerante *dependência contratual*, estudado no item 2.3.2 do Capítulo II, *supra*. Nessa hipótese, diante da vulnerabilidade visível na posição contratual assumida pelo franqueado, o intérprete, ao analisar o pleito resolutivo, deve inclinar-se com maior facilidade para a compreensão de que houve a perda de interesse útil que, por consequência, gerou inadimplemento absoluto, a permitir a resolução do contrato.

Por outro lado, nesse mesmo contrato assumido como exemplo, caso o franqueado atrasasse o pagamento dos *royalties*, mais dificultosa seria a prova pelo franqueador de que há inadimplemento absoluto, tendo em vista a inexistência – sob esse aspecto e considerando-se os estritos termos desta ilustração – de vulnerabilidade na posição contratual assumida pela franqueadora.

Em relação à impossibilidade da prestação, como visto, o intérprete não pode se abster de uma avaliação *in concreto* idônea a verificar se o cumprimento da obrigação exigiria do devedor um extraordinário e irrazoável esforço, considerando-se o

programa contratual no qual se inserem as partes. Nesse contexto, o juízo de vulnerabilidade deve atuar justamente nessa avaliação, auxiliando o intérprete na compreensão da (im)possibilidade da prestação, a autorizar (ou não) a resolução do contrato.

Observa-se, em rápido desvio, que a impossibilidade da prestação que interessa a este tópico restringe-se àquela gerada por fato imputável ao credor,⁴²⁴ descritas em três hipóteses pela doutrina especializada:

Em primeiro lugar, as situações em que o credor falha um dever de colaboração, necessário ao cumprimento da prestação devida. Em segundo lugar, as hipóteses de perda ou impedimento quanto ao substrato da prestação, isto é, em que o devedor está obrigado a uma prestação que implica o acesso a um local ou a um objeto que se encontram na ‘esfera de controlo’ do credor. Finalmente, os comportamentos positivos do credor que impossibilitam o cumprimento da prestação (por exemplo, o credor destrói o objeto da prestação).⁴²⁵

Se, do contrário, a impossibilidade for imputável ao próprio devedor, a vulnerabilidade não influenciará na avaliação da extraordinariedade do esforço empreendido para o cumprimento da obrigação frente ao programa contratual. Dito de outra forma, em nada importará que a posição contratual ocupada pelo devedor seja dotada de certa vulnerabilidade se a impossibilidade foi por ele próprio gerada. Isso porque o juízo de vulnerabilidade não influencia a avaliação da imputabilidade do incumprimento prestacional, não socorrendo o devedor faltoso nessas hipóteses.⁴²⁶

Entretanto, nos casos de impossibilidade de cumprimento imputável ao credor, a vulnerabilidade de uma ou outra posição contratual poderá, como dito, influenciar a avaliação da razoabilidade do esforço que deveria ser empreendido pela parte para a realização da prestação satisfativa, a caracterizar ou descaracterizar o inadimplemento absoluto, fundamento da resolução contratual.

Imagine-se um contrato de franquia de uma rede de ensino de computação e programação de alta performance celebrado entre a franqueadora, com sede na capital, e um franqueado no interior do estado. Nos termos do contrato, a franqueada se obriga a

⁴²⁴ “A ideia da imputação ao credor revela-se desafiante, num quadro de tutela do cumprimento contratual baseado na ideia de deveres, referindo-se a um sujeito sobre o qual não recai a adstrição do cumprimento do dever primário de prestar”. (PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 651).

⁴²⁵ PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da prestação*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 656.

⁴²⁶ Sobre impossibilidade por fato imputável ao credor, cf. lição de MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 270 e ss.

encaminhar todos os seus funcionários para cursos semanais de aperfeiçoamento ministrados por um representante da franqueadora que se dirige até a unidade para promover o programa de aprendizado, sem o qual o ensino promovido pela unidade queda-se defasado. Por outro lado, a franqueadora se obriga a entregar via e-mail material didático para que os professores da unidade franqueada possam estudar durante a semana.

Nesse cenário hipotético, analisem-se as hipóteses a seguir: na primeira hipótese, por razões gerenciais, a franqueadora acha por bem dispensar o funcionário que ministra o curso nas unidades franqueadas, de modo que a franqueada passa a ter de enviar seus funcionários semanalmente até a distante capital para realizar o curso de aperfeiçoamento. Diante do narrado, a franqueada busca a resolução do contrato, tendo em vista que o inadimplemento da obrigação por parte da franqueadora – inadimplemento do credor – faz com que a prestação se torne de quase impossível cumprimento, tendo em vista o custo que teria com o deslocamento de todos os professores para a realização do curso de aperfeiçoamento.

Em uma segunda hipótese, a franqueada, por falta de gerenciamento, não consegue oferecer aos seus funcionários computadores tecnicamente habilitados para receber o material didático dirigido pela franqueadora aos professores da unidade franqueada. Nesse caso, a franqueadora, não querendo incorrer no custo com a compactação do sofisticado material didático, propõe a resolução do contrato em razão da impossibilidade no cumprimento da prestação imputável à franqueada, credora da obrigação.

Na primeira hipótese, a vulnerabilidade da posição contratual ocupada pela franqueada impõe ao intérprete certa deferência à alegação de que o custo tamanho para deslocar todos os professores até a capital configura impossibilidade de realização da prestação, tendo em vista que, como já observado, ao devedor não se pode imputar um sacrifício irrazoável para cumpri-la. Assim, o juízo de vulnerabilidade poderá influenciar a ponderação concreta a respeito da configuração da impossibilidade da prestação, a permitir a configuração de inadimplemento absoluto que autoriza a resolução contratual.

Já na segunda hipótese, contudo, tem-se que a franqueada, vulnerável, dificultou, por ato que lhe é imputável, o cumprimento da obrigação por parte do

devedor. Nesse caso, se houver dúvida a respeito da configuração ou não de impossibilidade da prestação – e, portanto, de inadimplemento absoluto a autorizar a resolução contratual –, a ausência de vulnerabilidade no polo contratante que pleiteia a resolução imporá ao intérprete maior cuidado para, na ponderação concreta de interesses, considerar que, de fato, está caracterizada a impossibilidade do cumprimento da prestação.

Saindo do exemplo elucubrado e partindo para o mundo da vida, veja-se hipótese enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: a Corte analisou pleito resolutório formulado por uma franqueada da rede Oi Móvel S/A.⁴²⁷ Na ação, a autora franqueada alegou que teve de encerrar a atividade de duas de suas lojas nas cidades de Formiga e Divinópolis em razão do inadimplemento da franqueadora, que acarretou a inviabilização do negócio franqueado.

De acordo com a Corte, a franqueadora modificara unilateralmente a política de remuneração da franqueada, o que caracteriza exercício abusivo de seu direito de controle. Ademais, ficou comprovado que a franqueadora não promoveu as campanhas publicitárias que deveriam se dirigir à região da franqueada, a configurar inadimplemento que prejudicou a venda dos produtos. Perceba-se, nesse particular, a incidência do fator vulnerante *dependência contratual*, tendo em vista que a franqueada não tem a gestão da propaganda da rede franqueada, razão pela qual dependia da colaboração por parte da franqueadora. Assim, o Tribunal, em decisão acertada, julgou procedente o pleito resolutório, muito embora não tenha se valido do conceito de vulnerabilidade contratual.

⁴²⁷ Apelação cível. Ação de rescisão de contrato. Perdas e danos. Contrato de franquia. Inadimplemento das obrigações da franqueadora. Sentença parcialmente procedente. Apelo da ré. Sentença bem lançada. Atrasos dos pagamentos das comissões em retribuição pelos serviços prestados, mudanças das regras pela franqueadora, tornou o negócio da requerente inviável. Ao modificar unilateralmente a remuneração dos franqueados, a ré alterou a base negocial do contrato, gerando onerosidade excessiva para o autor, fato esse que, por si só, deu azo a inviabilidade do negócio. Falta de propaganda na região a cargo da franqueadora, por si só, configura inadimplemento contratual por parte da apelante, sendo a propaganda meio essencial para que se torne viável a efetiva comercialização dos produtos. Não comprovação da remuneração da franqueada, deixando a ré de opor fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito autoral, quando tal ônus lhe cabia por força do art. 333, II, do CPC. Violação das cláusulas contratuais pela ré que implica no pagamento da multa prevista na cláusula 19.2, do contrato. Quanto aos honorários, correta a sentença, na medida em que o autor decaiu de parte mínima do pedido, razão pela qual se afasta a reciprocidade do art. 21, caput, do CPC, devendo o réu arcar integralmente com as custas processuais e honorários, estes fixados no percentual mínimo do art. 20, parágrafo 3º, do CPC Razões recursais manifestamente improcedentes. Aplicação do art. 557, caput, do CPC. Negado seguimento ao apelo. (TJRJ, APL nº 0102456-11.2009.8.19.0002, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Ferdinando do Nascimento, julgamento em 7.8.2014, DJe em 13.8.2014).

Não custa ressaltar novamente que a vulnerabilidade contratual, nesses casos, trata apenas de um *vetor interpretativo* colocado em auxílio do intérprete que se vê diante de dúvida a respeito da configuração ou não dos requisitos para a caracterização do inadimplemento absoluto e, consequentemente, da resolução contratual. Por evidente, não está autorizado o intérprete, simplesmente por identificar uma posição como vulnerável, a adotar (ou afastar) o mecanismo interventivo da resolução contratual. A vulnerabilidade – repita-se – virá em socorro justamente na verificação dos requisitos do referido remédio diante do programa contratual concreto. Não se trata de um autorizador excepcional nem tampouco de um requisito adicional para o manejo de tais instrumentos de interferência heterônoma no contrato.

3.1.2 Resolução por onerosidade excessiva

Para além da cláusula resolutiva tácita, o Código Civil prevê outro fundamento para a resolução contratual, qual seja: a onerosidade excessiva advinda de alteração na economia do contrato superveniente à sua formação em razão de evento não inserido na álea ordinária da avença.⁴²⁸ Diferentemente da hipótese de impossibilidade do cumprimento da prestação estudada acima, a onerosidade excessiva provém de evento não imputável a nenhuma das partes,⁴²⁹ de modo que a resolução não se funda no

⁴²⁸ A alteração *ulterior* à formação do contrato é o que distingue a onerosidade excessiva do instituto da lesão previsto no artigo 157 do Código Civil. Este, por sua vez, refere-se ao desequilíbrio congênito à formação contratual. Trata-se de vício do negócio jurídico, que tem por consequência a anulabilidade da avença, enquanto que a onerosidade excessiva permite a resolução (ou revisão) do ajuste que se torna desequilibrado. Sobre o tema, v. TEPEDINO, Gustavo. A teoria da imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado Plano Cruzado. *Forense*, v. 301, jan/mar, 1998, p. 75. Cf. ainda, a lição de TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012l, p. 130: “Não se confunde a resolução por onerosidade excessiva com a rescisão lesionária, contemplada no art. 157 – já que esta é contemporânea à formação do contrato (...). O escopo da resolução por onerosidade excessiva, tal como disposta no artigo ora em análise e nos seguintes, limita-se formalmente àquilo que na doutrina brasileira se convencionou chamar de teoria da imprevisão (a teoria da imprevisão francesa, que deu origem ao modelo, estava ligada originalmente a contratos administrativos): além de subsequente à celebração do ajuste, a onerosidade excessiva capaz de ensejar a resolução do contrato não implica considerar-se o desequilíbrio contratual em si mesmo decisivo, senão quando se demonstre o caráter extraordinário e imprevisível da alteração das circunstâncias que o hajam determinado e quando se demonstre a vantagem extrema que tal alteração traduz para o credor”.

⁴²⁹ “É de se destacar, ainda, que para aplicação dos remédios legais da teoria da imprevisão a superveniente excessiva onerosidade da relação contratual não pode ser imputável à conduta de um dos contratantes”. (DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 94).

inadimplemento, mas na violação do princípio do equilíbrio contratual.⁴³⁰ O instituto encontra-se previsto no artigo 478 do Código, que dispõe:

nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

A jurisprudência tem enfrentado recorrentemente casos em que o argumento é trazido a fim de resolver o contrato de franquia. Com efeito, a busca pela elucidação do ordenamento do caso concreto permite ao intérprete que faça uso da vulnerabilidade contratual, também nessas hipóteses, como importante vetor interpretativo dos requisitos de aplicação da teoria da excessiva onerosidade. É o que se passa a analisar.

A doutrina, interpretando o dispositivo do Código supracitado, aponta que a resolução por onerosidade excessiva poderá ocorrer mediante a presença dos seguintes requisitos: *i)* ser o contrato de duração; *ii)* extraordinariedade; *iii)* excessiva onerosidade da prestação; e *iv)* imprevisibilidade do evento que *v)* não se encontra inserido na álea ordinária do contrato.

Verifica-se, neste ponto, se e de que maneira a identificação de uma posição contratual vulnerável poderá influenciar na avaliação de cada um dos requisitos acima apontados. Parte-se de breve análise de cada um dos requisitos descritos para, em seguida, aferir-se o papel da vulnerabilidade como vetor interpretativo nesta seara.

Classificam-se como contratos de duração aqueles em que “o elemento *temporal* se insere na própria causa do contrato, de modo que tais contratos não satisfazem a função econômico-social para a qual foram pré-ordenados se sua execução não se prolonga no tempo”.⁴³¹ Dividem-se os contratos de duração em contratos de execução diferida⁴³² e contratos de execução continuada.⁴³³

⁴³⁰ Sobre o princípio do equilíbrio contratual, remeta-se a MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, vol. 21, 2016, p. 389.

⁴³¹ DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 52-53. Nesse sentido, cf. DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 188.

⁴³² “Os contratos de execução diferida, por sua vez, em oposição aos contratos de execução imediata, caracterizam-se por ter seu vencimento, ou o momento inicial de sua execução, protraído no tempo, seja por meio da previsão contratual de termo ou de condição. Os contratos de execução diferida podem

Assim, conforme ensina a doutrina, “para aplicação da teoria da excessiva onerosidade, mostra-se essencial que o fator tempo tenha a possibilidade de incidir na relação contratual de modo a provocar uma variação substancial entre o sacrifício econômico originalmente comprometido na celebração do contrato e o existente no momento da execução do ajuste”.⁴³⁴ O contrato de franquia, sem dúvida, caracteriza-se como um contrato de execução continuada, já que os vários adimplementos sucessivos promovidos por franqueador e franqueado não extinguem o contrato, que permanece hígido até o termo final.

Nesse aspecto, contudo, a vulnerabilidade utilizada como vetor interpretativo em nada influenciará a caracterização do contrato como de duração, requisito, como apontado, para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva. Trata-se de avaliação que passa ao largo da dinâmica das vulnerabilidades, vez que não leva em consideração o poder de barganha de cada uma das partes. Para a classificação do contrato como de duração basta uma observação estática do programa negocial, que permitirá a percepção da relação que o elemento temporal assume com a causa do contrato.

O segundo requisito refere-se à extraordinariedade do evento, que se evidencia quando o fato não obedece ao curso comum da vida, situando-se fora da ordem habitual de acontecimentos.⁴³⁵ A despeito da importância deste aspecto do requisito, aponta-se que a vulnerabilidade de um dos contratantes não exercerá influência sobre a sua avaliação. É dizer: ou bem o fato é extraordinário ou não é, desimportando a posição ocupada pelos contratantes, assim como o programa contratual concreto.⁴³⁶

apresentar-se sob duas modalidades. No primeiro caso, a execução do contrato é protraída no tempo em razão da própria natureza das prestações devidas; na segunda hipótese, é a vontade das partes que determina a dilação da execução das obrigações contratuais”. (DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 52).

⁴³³ Classifica-se como contrato de execução continuada aquele que “sobrevive, com a persistência da obrigação, muito embora ocorram soluções periódicas, até que, pelo implemento de uma condição, ou decurso de um prazo, cessa o próprio contrato”. Nesses contratos, portanto, “os pagamentos não geram a extinção da obrigação, que renasce”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 60).

⁴³⁴ DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 52.

⁴³⁵ “(...) um acontecimento é extraordinário quando sua ocorrência não obedece ao curso normal, ou estatisticamente comum da vida ordinária”. (DÍAZ, Julio Alberto. A teoria da imprevisão no novo Código Civil brasileiro, *Revista de Direito Privado*, n. 20, out/dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 205). No mesmo sentido, cf. BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano: Giuffrè, 1953, pp. 192-193. Em sentido análogo, veja-se lição de BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, v. V, Milano: Giuffrè, 1994, pp. 396-397 e de SACCO, Rodolfo. *Il contratto*, Torino: Torinese, 1975, p. 996.

⁴³⁶ Como ensina didaticamente DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. cit., pp. 64-65: “O critério diferenciador entre um evento ordinário e um

Percebe-se, portanto, que o juízo de vulnerabilidade não terá influência sobre os dois primeiros requisitos apontados pela doutrina como necessários para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva e a consequente resolução contratual. O mesmo não poderá ser dito a respeito dos outros três requisitos, como se passa a demonstrar a seguir.

O terceiro requisito para a ativação do mecanismo interventivo reside na *excessiva onerosidade* que assume a prestação após a ocorrência de evento imprevisível e extraordinário. Nesse viés, em rápidas linhas, pode-se dizer que a excessiva onerosidade trata do custo excessivo que a parte deverá assumir para prestar o que é devido.⁴³⁷

Não se deve confundir a excessiva onerosidade com a hipótese de inadimplemento absoluto referente à impossibilidade de cumprimento da prestação estudada acima. Muito embora se aproximem no que toca ao juízo quantitativo, isto é, à averiguação do agravamento econômico a gerar extrema dificuldade ao adimplemento, a excessiva onerosidade ora analisada tem como causa fato *não imputável* às partes contratantes. Por outro lado, a hipótese estudada anteriormente – de inadimplemento absoluto – necessariamente diz respeito à dificuldade de cumprimento gerada por inexecução imputável ao credor.

Observa-se, ainda, que a excessiva onerosidade não significa a dificuldade subjetiva de a parte cumprir a prestação, devendo ser “avaliada por meio de critérios rigorosamente objetivos, relacionados à verificação de alteração na própria prestação”.⁴³⁸ Extrai-se, portanto, da significativa alteração da relação originária de equilíbrio entre prestação e contraprestação verificada por meio de uma avaliação global da economia do contrato.⁴³⁹

extraordinário reside fundamentalmente na análise probabilística de ocorrência do aludido evento e não na capacidade objetiva de os contratantes (considerados na situação concreta em que se inserem) anteciparem a ocorrência do evento. Para ilustrar a diferença entre os conceitos de imprevisibilidade e extraordinariedade, pode-se utilizar como exemplo a passagem do cometa Halley pelo sistema solar. Trata-se de um evento extraordinário, tendo em vista ocorrer apenas uma vez a cada 75,3 anos (ou seja, consiste certamente em acontecimento fora da ordem comum dos eventos), mas não imprevisível, na medida em que se sabe exatamente quando serão as próximas passagens do cometa pelo sistema solar”.

⁴³⁷ ARANZADI, Luis Ignacio Arechederra. *La equivalencia de las prestaciones en el derecho contractual*. Madrid: Montecorvo, 1978, p. 231.

⁴³⁸ DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75.

⁴³⁹ Parte da doutrina costuma apontar o requisito da extrema vantagem como necessário à aplicação da teoria da onerosidade excessiva. Contudo, melhor compreendê-la como o outro lado da moeda da

Dessa forma, o requisito traduz-se na perda do equilíbrio que o programa contratual apresentava quando de sua concepção.⁴⁴⁰ Alerta-se que a avaliação da excessiva onerosidade não derivará apenas da mera desproporção entre duas prestações estática e reciprocamente consideradas. Tal perspectiva acabaria por ignorar a complexidade e o dinamismo com que se desenvolve o programa contratual. A fim de se determinar a excessiva onerosidade, o intérprete deve se afastar de uma análise (digase) atomista do equilíbrio. Torna-se necessária, em verdade, a verificação de um desequilíbrio do programa econômico do contrato unitariamente considerado.

Nesse sentido é a doutrina de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Fernanda Paes Leme Peyneau Rito:

Nesse sentido, observa-se que o estudo do equilíbrio contratual não deve ser realizado pontualmente apenas no tocante à determinada obrigação estaticamente considerada, mas de forma global, levando em conta a relação jurídica como um todo, a abranger as especificidades de cada situação jurídica em concreto, em perspectiva dinâmica.⁴⁴¹

Admitindo-se que a excessiva onerosidade trata de requisito cuja caracterização se opera mediante a observação dinâmica das prestações, a considerar o programa contratual em sua unidade, a incidência de fatores vulnerantes nas posições ocupadas por cada contratante exercerá considerável influência na avaliação do preenchimento do requisito.

Nos contratos de franquia, o fator vulnerante *dependência contratual* interfere sobremaneira na interpretação da excessiva onerosidade. Uma vez que o franqueado está adstrito à execução do plano de negócio fornecido pelo franqueador, submetendo-se aos ditames que lhe são impostos na condução do seu empreendimento, eventual onerosidade que lhe recaia poderá mais facilmente ser caracterizada como excessiva se vinculada a um aspecto contratual em que haja dependência. Veja-se o exemplo abaixo.

Um contrato de franquia de *fast-food* prevê que o franqueado deverá adquirir determinado insumos da própria franqueadora para a confecção de sanduíches, arcando

onerosidade excessiva da prestação. Nesse sentido, cf. lição de KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *A revisão judicial dos contratos no Novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 77.

⁴⁴⁰ SACCO, Rodolfo. *Il contratto. Trattato di Diritto Civile Italiano*, v. VI, t. II. Torino: Torinese, 1957, p. 998.

⁴⁴¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 440.

ele próprio com o frete. Ocorre que, em razão de uma imprevisível e extraordinária enchente, a franqueadora tem de paralisar as atividades da fábrica que abastecia a região. Por essa razão, o franqueado passa a ter de adquirir a mercadoria de outra fornecedora, também controlada pela franqueadora, localizada em distância consideravelmente maior. Desse modo, o custo para a aquisição dos insumos torna-se demasiado oneroso para o franqueado.

Nesse caso, poder-se-ia argumentar, de parte da franqueadora, que o acréscimo dos custos não importaria em onerosidade excessiva que abale o programa econômico do contrato. Tal argumento deve ser lido, contudo, à luz da vulnerabilidade do franqueado, que, nesse aspecto, liga-se à incidência da dependência contratual, uma vez que o franqueado está vinculado ao cumprimento do plano de negócios imposto pelo franqueador.⁴⁴² Dessa forma, não lhe seria possível a realização de manobras objetivando a redução de custos, tal como a aquisição de insumos de outro fornecedor. Assim, deverá o intérprete enxergar o cumprimento deste requisito com maior deferência.

Assim, percebe-se que o juízo de vulnerabilidade tem o condão de influenciar a caracterização da onerosidade como excessiva. Isso porque, como dito, não fosse o franqueado dependente contratual, poderia executar o plano de negócios de maneira menos gravosa ao plano econômico do negócio. Não é o que ocorre.

Por fim, os dois últimos requisitos tratam, respectivamente, da *imprevisibilidade* do evento superveniente que altera a economia do programa contratual e da não inserção do evento na álea ordinária do contrato. Uma vez que este pode ser tomado como consequência lógica daquele, estudar-se-ão em conjunto.

Com efeito, a aplicação da teoria da onerosidade excessiva restringe-se aos casos em que o evento extraordinário que provocou desequilíbrio disfuncional ao programa contratual fosse caracterizado como imprevisível, não podendo ter sido levado em conta pelos contratantes quando da celebração da avença.⁴⁴³ *A contrario*

⁴⁴² Sobre o poder de controle do franqueador, v. item 2.2.4, *supra*.

⁴⁴³ Sobre o conceito de imprevisibilidade, extensamente debatido em doutrina, cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, v. III, 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 111; BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III, cit., p. 111; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. V, 2ª parte – Contratos, 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 10; WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*, 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 155; GOMES, Orlando. *Contratos*, 26ª ed., cit., p. 215.

sensu, portanto, se o evento for enquadrado no ordinário curso dos acontecimentos econômicos, políticos e sociais, passíveis, portanto, de previsão pela parte contratante, não haverá de se falar na aplicação da teoria.⁴⁴⁴

Nesse sentido, o requisito da imprevisibilidade não deve ser perquirido por meio de uma avaliação subjetiva, em que ao intérprete se imporia o difícilimo (*rectius*, impraticável) dever de averiguar se as partes intimamente teriam sido capazes de prever o advento do fato causador da onerosidade excessiva, o que acabaria por impossibilitar a aplicação do instituto. Assim, a doutrina passou a indicar a objetivação da interpretação do requisito, “afastando-se de concepções subjetivistas e de aferições íntimas e psicológicas das intenções dos contratantes”.⁴⁴⁵

Assim, conclui-se que a imprevisibilidade deve ser verificada objetivamente e a partir de uma avaliação *in concreto*, isto é, considerando-se as peculiaridades da relação contratual analisada,⁴⁴⁶ tais como “a natureza do contrato, a qualidade dos contratantes, as condições do mercado, o objeto da prestação, o conjunto de informações disponíveis às partes no momento da contratação”⁴⁴⁷ e (por que não?) a incidência de fatores vulnerantes em cada posição contratual.

⁴⁴⁴ “não há razão para tutelar o contratante que nem sequer usou da normal prudência necessária para representar-se a possibilidade da sua ocorrência e regular-se de acordo com as mesmas na determinação do conteúdo contratual”. (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 261-262).

⁴⁴⁵ DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. cit., p. 59.

⁴⁴⁶ Nesse sentido, cf. lição de MARTINS-COSTA, Judith: “O imprevisível é o que não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes, de acordo com a sua justa expectativa, a ser objetivamente avaliada, no momento da conclusão do ajuste. (...) Outros elementos podem intervir, como inovações técnicas, descobertas científicas, injunções políticas, modificações no mando ou controle de uma sociedade comercial, a tomada, por uma empresa, de uma situação de posição dominante no mercado, a falência de determinado setor econômico, etc. Portanto, para a caracterização da imprevisibilidade normativamente considerada, devem ser tomadas em conta todas as concretas circunstâncias do negócio, a capacidade de previsão de uma pessoa razoável e as características do ramo de atividade no qual a prestação devida está inserida”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A revisão dos contratos no Código Civil brasileiro*. In: *Roma e América. Diritto Romano Comune*, v. 16, Mucchi, 2003, pp. 158-159). Em sentido contrário, afirmando que a imprevisibilidade deve ser avaliada abstratamente, v. lição de DÍAZ, Julio Alberto: “a capacidade de prever deve ser determinada com referência à diligência do ‘bom pai de família’, ou de um homem de diligência ordinária que exerça uma atividade do mesmo ramo que a do contratante que exige a resolução. O contraente tem a obrigação de prever, mas isso não deve ser considerado como a possibilidade concreta de prever de cada contratante em particular”. (DÍAZ, Julio Alberto, *A teoria da imprevisão no novo Código Civil brasileiro*. In: *Revista de Direito Privado*, nº 20, a. 5, out/dez, 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 205-206).

⁴⁴⁷ O elenco é trazido por DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. cit., p. 62. Segundo o autor: “A imprevisibilidade, desta forma, consiste em requisito para a aplicação da teoria da excessiva onerosidade que deve ser verificado objetivamente, fugindo a questões meramente subjetivas do contratante. Imprevisível é aquilo que não pode ser legitimamente esperado pelos contratantes no momento da conclusão do ajuste, levando-se em conta todas as concretas circunstâncias do negócio, o conjunto de informações disponíveis às partes no

Dessa forma, a vulnerabilidade contratual permitirá ao intérprete se aproximar da qualificação do evento como imprevisível para *aquela* contratante concretamente considerado, mediante a compreensão da posição por ele ocupada no programa contratual.

Em relação à *não inserção do evento na álea ordinária do contrato*, tem-se que, como adiantado, o requisito configura corolário do requisito da imprevisibilidade. Isso porque, se é imprevisível o evento, não haveria como os contratantes terem inserido convencionalmente na *álea ordinária*⁴⁴⁸ do negócio nem seria possível caracterizar tal risco como inerente ao programa contratual. Assim, a autorização legislativa para o manejo do mecanismo resolutivo fundado na onerosidade excessiva relaciona-se com a ocorrência de evento que, imprevisível, ultrapassa a moldura ordinária dos riscos alocados no programa contratual, gerando sacrifício econômico desproporcional a uma das partes.⁴⁴⁹

A interpretação dos riscos assumidos pelas partes no contrato mostra-se permeável ao juízo de vulnerabilidade conduzido a respeito de cada posição contratual concretamente considerada. Isto é, o intérprete, ao avaliar se determinada álea se encontra ou não alocada no programa contratual, não pode se furtar de considerar os fatores vulnerantes eventualmente incidentes em cada polo da relação. Dessa forma, a identificação *in concreto* de vulnerabilidade contratual permitirá ao intérprete se aproximar da qualificação do evento como extravagante à álea ordinária do contrato. Por outro lado, tratando-se de posição em que não se verifica concretamente a incidência de fatores vulnerantes, tornar-se-á mais dificultosa a caracterização do evento como alheio aos riscos assumidos pelo contratante.

Nos contratos de franquia, o intérprete ao observar estes dois últimos requisitos para a caracterização da onerosidade excessiva a permitir a resolução do contrato – imprevisibilidade e não inserção do evento na álea ordinária do contrato – deverá, à luz

momento da contratação, as características do ramo de atividade no qual a prestação devida se encontra inserida bem como a natureza do objeto do contrato”.

⁴⁴⁸ “A álea normal do contrato (em sentido econômico e não jurídico), que exclui a revisão ou a resolução por onerosidade excessiva superveniente é, portanto, constituída pela incerteza do resultado econômico do negócio concluído, ou seja, pelo risco normal de ocorrência de fatos que acarretam a oscilação entre o custo e o valor das prestações, risco esse que as partes se submetem em qualquer contrato de execução diferida inserido nas ordinárias flutuações do mercado”. (DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. cit., p. 69).

⁴⁴⁹ Como consta do enunciado aprovado na IV Jornada de direito Civil organizada pelo CJP – Conselho da Justiça Federal: “o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”.

da vulnerabilidade contratual, considerar a incidência do fator vulnerante da *dependência contratual*, já que desse fator vulnerante decorre o prejuízo do poder negocial da parte franqueada, que, em determinados aspectos da relação, se vê de mãos atadas às indicações fornecidas pelo franqueador. Assim se pode observar no seguinte exemplo ilustrativo.

Imagine-se um contrato de franquia de restaurante cuja clientela seja formada quase totalmente por alunos e funcionários de um colégio, que, no intervalo das aulas, dirigem-se ao estabelecimento para almoçar ou lanchar. Durante a vigência do contrato, ocorre de a instituição de ensino mover sua sede para outra localidade, de modo que o contrato se torna excessivamente oneroso para o franqueado, que não consegue, devido à baixa de clientela, honrar suas obrigações perante o franqueador, fornecedores, empregados e locador do imóvel.

Nesse cenário, diante da onerosidade excessiva para a manutenção da relação, o franqueado requer a resolução do contrato, pretensão que é resistida pelo franqueador ao argumento de que não estariam caracterizados os requisitos para a aplicação do artigo 478 do Código Civil. Nesse sentido, o franqueado argumenta estar configurada a ocorrência de evento não previsível e alheio à álea ordinária do contrato, enquanto que o franqueador afirma que a redução da clientela é evento previsível e que a onerosidade gerada não se configura excessiva.

Diante das provas apresentadas, havendo dúvida por parte do intérprete a respeito da qualificação do evento como previsível ou imprevisível, não deve deixar de se atentar para o fato de que o franqueador detém maiores informações – dados estatísticos, aspectos gerenciais, etc. – a respeito do negócio que caberá ao franqueado tão somente executar. Assumindo-se que, no exemplo fornecido, a análise de *geomarketing* foi realizada pelo franqueador, de modo que ao franqueado coube tão somente confiar nas informações fornecidas a respeito de fluxo de clientela, resta evidente que a vulnerabilidade do franqueado poderá interferir na interpretação do requisito da imprevisibilidade e da não inserção na álea ordinária do contrato, aproximando o intérprete da possibilidade de aplicação da teoria da onerosidade excessiva.

Não significa dizer, contudo, que a aplicação do instituto da resolução contratual por onerosidade excessiva estará autorizada sempre que for identificada

vulnerabilidade de uma das partes. Isso porque a vulnerabilidade serve tão somente como ferramenta interpretativa dos requisitos legais imprescindíveis para a aplicação do instituto. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo teve a oportunidade de julgar caso em que a franqueada da rede Fran's Café pleiteou a resolução do contrato de franquia em razão de alegada onerosidade excessiva que estaria enfrentando, dentre outros argumentos.

A franqueada fundamentou a tese da excessiva onerosidade pela alegação de que o faturamento estava abaixo do esperado e que o investimento inicial na franquia teria sido maiores do que os inicialmente conjecturados. O Tribunal – acertadamente – rejeitou a alegação, consignando que “um faturamento abaixo do esperado e um dispêndio maior que o projetado de forma alguma podem se considerar extraordinários e imprevisíveis, ao contrário, são circunstâncias ordinárias à atividade empresarial”.⁴⁵⁰

Em sentido análogo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul afirmou que a instalação de empresa do mesmo ramo nas proximidades da franqueada não configura fato imprevisível e extraordinário apto a permitir a aplicação da teoria da onerosidade excessiva.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ TJSP, Ap.Civ. 9200156-07.2007.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, des. rel. Álvaro Torres Júnior, julg. 5.3.2012. O acórdão encontra-se a seguir ementado: “Contrato Franquia - “Fran's Café” Pretensão à anulação por erro. Impossibilidade. Não configuração do vício de consentimento Autoras suficientemente instruídas a respeito do negócio Erro, ainda que ocorresse, não seria escusável Autora é administradora de empresas, que deve necessariamente conhecer os percalços relativos à gestão de empresas Art. 138 do CC - Pretensão afastada. Contrato. Franquia - “Fran's Café” Pretensão Resolução contratual por culpa da franqueadora Impossibilidade Bem ou mal, os deveres da franqueadora relativos a assessoria e auxílio foram prestados Faturamento insuficiente e altos custos de infraestrutura Circunstâncias afeitas ao risco empresarial assumido pela franqueada Pretensão afastada. Contrato Franquia - “Fran's Café” Pretensão à resolução contratual por onerosidade excessiva Impossibilidade Ausência dos requisitos de imprevisibilidade e de extraordinariedade - Art. 478 do CC Pretensão afastada. Contrato Franquia - “Fran's Café” Pretensão Resolução contratual por culpa das franqueadas Cabimento Descumprimento de diversos deveres contratuais Resolução de pleno direito prevista contratualmente Cominação das multas e obrigações de fazer previstas pelo contrato para o caso de rescisão Admissibilidade Pretensão da ré-reconvinte acolhida. Contrato Franquia - Descumprimento - Imposição do dever de não concorrência Impossibilidade Prazo já expirado Conversão em perdas e danos Devolução de manuais e materiais publicitários Admissibilidade Encargo previsto contratualmente Condenação à obrigação de fazer, sob pena de multa diária Art. 461, § 5º, do CPC Pretensão da ré-reconvinte acolhida. DANO MORAL - Não configuração. Pessoa jurídica. Abalo de seu bom nome no comércio - Não demonstração Descumprimento contratual não implica, por si só, dano moral. Jurisprudência do STJ Pretensão da ré-reconvinte afastada. Recurso das autoras-reconvindas desprovido. Recurso da ré-reconvinte parcialmente provido”.

⁴⁵¹ Apelação cível. Direito privado não especificado. Franquia e cessão de direitos. Pedido de rescisão contratual pela cessionária. Agravo retido. Os agravantes se insurgem contra o cálculo realizado pelo Sr. Perito para apurar o quantum devido à agravada, porém a sentença adotou, para tanto, o valor requerido na inicial. A pretensão de realizar nova perícia reflete mero inconformismo com as conclusões do laudo. Agravo retido improvido. A aplicação da teoria da imprevisão exige a ocorrência de acontecimento extraordinário e imprevisível, não sendo suficiente a circunstância de que outra empresa do mesmo ramo

De modo diverso, em interessante caso envolvendo uma franquia de posto de gasolina, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou procedente o pleito resolutório fundado na onerosidade excessiva. Na hipótese, após o início da execução do contrato, a via de mão dupla em que se localizava o posto fora transformada em uma canaleta de ônibus expresso, prejudicando a visão e o acesso dos consumidores, a gerar prejuízos à parte franqueada tendo em vista a queda vertiginosa de receita. O Tribunal, então, acolheu o pleito para resolver o contrato, tendo em vista a extraordinariedade e da imprevisibilidade do evento, já que a posição contratual ocupada pela franqueada não a permitiria acessar a informação a respeito da realização da obra que viria a prejudicar sobremaneira seu negócio.⁴⁵²

3.2 Revisão contratual e *franchising*

O segundo instrumento interventivo a ser estudado à luz da vulnerabilidade contratual diz respeito ao instituto da revisão. Obedecendo aos mesmos requisitos apontados para a resolução por onerosidade excessiva, doutrina e jurisprudência admitem, em nome dos princípios da boa-fé⁴⁵³ e da preservação dos negócios jurídicos, a releitura do artigo 478 para, concedendo-lhe interpretação extensiva, permitir, com base no referido dispositivo legal juntamente com o artigo 317 do Código Civil,⁴⁵⁴ não apenas a resolução do contrato, mas também sua revisão em razão do desequilíbrio

tenha-se instalado nas proximidades da sede da ré. Onerosidade excessiva dos contratos não demonstrada. A devolução, pela ré, dos bens de propriedade da autora, além de prevista no contrato para a hipótese de rescisão, decorre da necessidade de remeter as partes ao status quo ante. Agravo Retido E Apelação Improvidos. (Apelação Cível, Nº 70055867303, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em: 14.5.2014).

⁴⁵² Apelação cível. Ação ordinária de rescisão contratual cumulada com pedido de indenização. Contrato de locação de posto de gasolina, contrato de franquia empresarial e contrato de compra e venda de fundo de comércio. Procedência parcial no sentido de determinar a resolução dos contratos por onerosidade excessiva. Aplicação da teoria da imprevisão. Pretensão de condenação das empresas requeridas ao pagamento de perdas e danos consistente em lucros cessantes e danos emergentes. Impossibilidade. Ausência dos elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil contratual. Inexistência de culpa e de falta de nexo de causalidade. Danos provenientes de circunstâncias alheias a vontade das partes. Elementos probatórios hábeis a demonstrar que os prejuízos enfrentados pela recorrente decorreram de um fato imprevisível, extraordinário e superveniente à celebração do contrato. Sentença mantida. Apelo desprovido. (TJPR, APL nº 931.324-6, 11ª Câmara Cível, Des. Rel. Augusto Lopes Côrtes, julg. em 5.9.2012).

⁴⁵³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁵⁴ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

disfuncional gerado por evento imprevisível e não albergado pela álea ordinária do contrato.⁴⁵⁵

Nesse sentido, é afastada a interpretação literal do Código Civil, que sugere, a uma primeira vista, a impossibilidade de a parte prejudicada pela excessiva onerosidade pleitear diretamente a revisão do pactuado, cabendo-lhe tão somente requerer sua resolução. Pela literalidade do Código, a revisão contratual seria admitida apenas na hipótese prevista no artigo 479, em que a parte beneficiada pelo desequilíbrio superveniente se oferece a “modificar equitativamente as condições do contrato”.⁴⁵⁶ Sob essa ótica, a revisão contratual atuaria apenas como mecanismo de defesa do réu que, opondo-se à resolução, busca evitá-la. Em outras palavras, operar-se-ia, por meio da revisão, um efeito salvífico da relação contratual.

A concepção em que se baseia o artigo 479 do Código advém de uma insustentável preferência do mecanismo resolutivo frente à revisão do contrato. Por essa superada perspectiva, a revisão contratual configurar-se-ia instrumento mais gravoso à liberdade das partes, de modo que deveria ser dada preferência à resolução do ajuste.⁴⁵⁷

Contudo, o avançar da contratualística, contudo, promove a ideia de que a revisão não configura mecanismo subsidiário, mas equiparado à resolução contratual. Dessa forma, caberá ao prejudicado optar entre o pedido de resolução ou o de revisão da avença. A reforma do Direito das Obrigações do BGB – Código Civil alemão e os princípios do Unidroit e os Princípios de Direito Contratual Europeu são apontados como grandes marcos dessa nova compreensão.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ “Assim, poder-se-á sustentar, em primeiro lugar, que a revisão – e não somente a resolução – do contrato será exigível, com base na boa-fé (art. 422) e, mais especificamente com fundamento da norma inscrita no art. 317”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; DE MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 131).

⁴⁵⁶ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

⁴⁵⁷ “O contratante levado a uma prestação que não ajustou e que lhe vem de sentença, é mais atingido na sua liberdade do que aquele que suporta o desfazimento do vínculo”. (SILVA, Orosimbo Nonato da. *Exposição de motivos do Projeto de Código de Obrigações*, 1965, p. XVIII).

⁴⁵⁸ A redação do §313 do BGB foi traduzida livremente por DIAS, Antônio Pedro Medeiros Dias. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 129: “(1) Se circunstâncias, tornadas base do contrato, alteraram-se profundamente depois da sua celebração, de modo que as partes não o teriam celebrado ou o teriam com outro conteúdo, se houvessem previsto essa alteração, então pode ser exigida a revisão do contrato, na medida em que for inexigível para a parte a manutenção do contrato não modificado, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente a repartição contratual ou legal dos riscos. (2) Da mesma forma de uma alteração das circunstâncias se regula quando representações essenciais, tornadas base do contrato, se demonstram falsa. (3) Se a adaptação do contrato não for possível ou trazer dificuldades para uma das partes, o

Assim, parte relevante da doutrina admite a revisão contratual para além da já citada hipótese prevista no artigo 479 do Código Civil, conferindo-lhe, inclusive, caráter preferencial em relação ao instrumento da resolução, em respeito ao princípio da conservação do negócio jurídico.⁴⁵⁹ Note-se, nessa linha, o enunciado nº 176 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.⁴⁶⁰

Soma-se à atuação do princípio da conservação dos negócios como fundamento para a possibilidade de revisão direta dos contratos a previsão do artigo 317 do Código Civil,⁴⁶¹ que expressamente afirma a possibilidade de o juiz corrigir o valor das prestações que venham a se tornar manifestamente desproporcionais em razão de evento imprevisível. Corrobora ainda para a utilização direta do mecanismo revisional o fato de o Código prevê-la expressamente na regulação de diversos tipos contratuais.⁴⁶² A interpretação sistemática parece sugerir, portanto, que o Código, longe de afastar a

contratante prejudicado pode resolver o contrato. Nos termos de duração o encerramento deve ser precedido de aviso-prévio”. Em relação aos princípios do Unidroit, o artigo 6.2.3 prevê, no tocante ao *hardship*, isto é, à alteração de fatores relevantes ao programa contratual, que: “Effects of hardship: (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium”. Sobre os princípios contratuais europeus, cf. “Article 6:111: Change of Circumstances: “(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. (3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: (a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or (b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing”.

⁴⁵⁹ Nesse sentido, v. LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil: dos contratos em geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. III, p. 97.

⁴⁶⁰ Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em 24.12.2019.

⁴⁶¹ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

⁴⁶² É o que ocorre, por exemplo, nos artigos 527, referente à redução do prêmio nos contratos de seguro; 567, referente à revisão do aluguel em caso de deterioração da coisa alugada nos contratos de locação; 620, referente à revisão do contrato de empreitada.

revisão como mecanismo interventivo, concedeu-lhe preferência frente à resolução da avença.⁴⁶³

Isso porque, como ressalta a doutrina, o avançar da nova principiologia contratual promoveu giro paradigmático, de modo que a revisão dos contratos passa a ser entendida como instrumento de preservação – não de violação – da autonomia dos contratantes, remédio prioritário – frente à resolução – diante da onerosidade excessiva.⁴⁶⁴

A respeito da revisão contratual, vale citar a introdução pela Lei 13.874/19 de parágrafo único ao artigo 421 do Código Civil, em que se lê: “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. No mínimo curiosa se revela a redação do dispositivo, uma vez que não há, no Direito brasileiro, um princípio da intervenção mínima (do Estado). Conforme visto no Capítulo I, os mecanismos interventivos são manejados justamente em respeito ao exercício pleno da autonomia privada. Em relação à excepcionalidade do mecanismo revisional, parece que o legislador baseou-se em uma já superada visão de que a revisão dos contratos se opera em desfavor da liberdade das partes. Em verdade, como visto, o remédio justamente privilegia o exercício desta liberdade ao promover a preservação do negócio ajustado (ao invés de resolvê-lo).

De todo modo, o referido dispositivo em nada altera os requisitos para a aplicação do instrumento da revisão contratual descritos ao longo deste capítulo. Nesse particular, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dos anos de 2014 a 2019 referente aos contratos de franquia apresentou apenas um caso de ação revisional em um universo de 260 acórdãos que tratavam do tema.

Com efeito, a vulnerabilidade contratual influenciará a interpretação dos requisitos para a revisão contratual do mesmo modo que interfere na avaliação da resolução do contrato por onerosidade excessiva, tais como observado no item acima, tendo-se em vista que os requisitos para ambos os institutos são os mesmos, dispostos no artigo 478 do Código Civil.

⁴⁶³ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no contrato civil*. São Paulo: Saraiva, 2011 pp. 116-117.

⁴⁶⁴ Conforme ensina TEPEDINO, Gustavo: “a revisão do contrato será preferível à sua resolução sempre que aquela for possível, em homenagem ao princípio da conservação dos contratos, e despojando-se da nostálgica fobia reinante em doutrina, à ingerência judicial sobre a autonomia privada”. (TEPEDINO, Gustavo. A teoria da imprevisão e os contratos de financiamento firmados à época do chamado plano cruzado. *Revista Forense*, v. 301, jan-1988 São Paulo: Forense, p. 82).

Nos contratos de franquia, o pleito revisional é ordinariamente manejado pelo contratante que tem suas expectativas negociais frustradas. Em caso analisado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a franqueada da rede *Spoletto* ajuizou pleito revisional fundado em suposta onerosidade excessiva por não ter obtido o lucro esperado. Adentrando as provas dos autos, a Corte reconheceu que não ocorreu evento extraordinário a causar desequilíbrio contratual, mas apenas má gestão do negócio por parte da franqueada. Assim consignou o Desembargador Relator em seu voto, afastando acertadamente a aplicação do remédio revisional: “os custos operacionais da empreitada eram de fácil aferição, estando a possibilidade de lucro ou de prejuízo circunscrita às oscilações de mercado, aliada à eficiência administrativa das autoras, algo que somente depende delas, pelo que não incide a norma do artigo 478 da Lei Civil, inexistindo onerosidade excessiva”.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ Franquia empresarial. Rescisão contratual. Impossibilidade. Empresa do mesmo grupo. Confusão patrimonial. Violação de princípios. Teoria do risco do empreendimento. Ação de Revisão de Contrato de Franquia com cumulação de pedido de Renovação Contratual antecipada e compulsória e pleitos subsidiários de Rescisão Contratual e Reparação por Danos, por culpa do réu, acrescidos de prestação de contas e devolução dobrada de taxa. Direito de explorar comercialmente a marca *Spoletto* - Alegação de descumprimento, pelo franqueador, de partes substanciais da avença. Agravos Retidos - Indeferimento do pedido de produção de prova oral - Pleito de substituição do Perito e da confecção de nova perícia contábil - Reiteração. Prova testemunhal que se mostra dispensável, dada a natureza da causa e diante do contexto probatório - Artigo 400, inciso II do Código de Processo Civil. Impugnação à perícia contábil depois de apresentado o Laudo Pericial - Ausência da hipótese do artigo 437 do Diploma Processual - Peça técnica fundamentada e detalhada - Desprovimento dos Agravos Retidos. Apelação - Modalidade regulada pela Lei nº 8.955/94 - A franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício. Típico contrato de adesão - Fornecimento ao interessado de circular de oferta de franquia - Condições detalhadas - Obtenção de lucro na empreitada que não pode ser garantida pelo franqueador. A franquia permite ao franqueador padronizar as normas a serem cumpridas por todos os franqueados, incluindo identidade de processo de fornecimento e aquisição de insumos, visando à homogeneidade de serviços, regras a serem observadas por todos os franqueados, no que se refere à implantação, operação e gestão das respectivas franquias. Não são possíveis as alterações contratuais pretendidas, pena de violar os princípios que regem a franquia. Avaliação das possibilidades de êxito que deve feita pelo franqueado - Empreendimento sujeito a lucro ou perda, dependendo das oscilações do mercado de consumo - Risco do empreendimento. Demandantes experientes no ramo de franquia - Ocorrências extraordinárias e imprevisíveis, esteio para a pretensão de revisão do contrato, que não se evidenciam - Afastada a ocorrência de onerosidade excessiva - Artigo 478 do Código Civil. Contexto probatório apontando no sentido do cumprimento da avença por parte do réu - Evidências de desorganização comercial e contábil das autoras. Perícia conclusiva quanto à confusão contábil e financeira da empresa franqueada e outra também administrada pela 1ª autora - Ausência de Livro Diário e falta de discriminação de receitas e despesas das empresas que atuam sob o mesmo CNPJ - Confusão patrimonial, consistente na compra de mercadorias e serviços para duas lojas franqueadas distintas - Impossibilidade de se aferir o estoque de cada uma - Rescisão contratual inviável. Pedidos de prestação de contas e de devolução de taxa - Aplicação da regra do artigo 515, parágrafo 3º do Código de Processo Civil - Modificação da Sentença Terminativa, julgando-se o mérito dos pedidos. O artigo 292 permite a cumulação de pedidos, quando observado o rito ordinário, procedimento que possibilita a análise do pedido de prestação de contas (incidentemente). No caso, não comprovada nenhuma violação ao Contrato por responsabilidade do

Avaliada a influência da vulnerabilidade contratual nos remédios resolutório e revisional nos contratos de franquia, cumpre, por fim, compreender a interação entre os fatores vulnerantes e algumas cláusulas que recorrentemente são objeto de litígio perante o Poder Judiciário: a cláusula de eleição de foro, a cláusula compromissória e a cláusula penal.

3.3 O contrato de franquia em análise: vulnerabilidade contratual e merecimento de tutela de algumas de suas cláusulas

Os Tribunais brasileiros têm enfrentado não apenas litígios envolvendo pleitos resolutórios ou revisionais relacionados aos contratos de franquia. Não raro as Cortes têm sido demandadas a avaliar o merecimento de tutela de algumas cláusulas comumente presentes no *franchising*. Para tanto, não é incomum que lancem mão do conceito de vulnerabilidade contratual, mas a ausência do rigor técnico necessário no manejo da figura jurídica acaba por causar incongruências na jurisprudência.

Assim, mostra-se oportuna a visita à avaliação do merecimento de tutela das cláusulas que mais têm suscitado debates perante as Cortes brasileiras, a fim de se investigar de que maneira a adequada compreensão da vulnerabilidade contratual poderia influenciar no caminho argumentativo percorrido pelos Tribunais. Não se busca (necessariamente) a propositura de novas conclusões, mas apenas de renovado percurso metodológico que eventualmente poderá levar a decisões distintas das que têm sido proferidas nos últimos anos em matéria de franquia.

3.3.1 Cláusula de eleição de foro

A primeira cláusula comumente inserida nos contratos de franquia a ser avaliada trata da cláusula de eleição de foro, por meio da qual as partes ajustam o foro

franqueador, a justificar a prestação de contas pretendida pela autora. Quanto à taxa denominada Fee Capanone, como narrado na petição inicial, a cobrança se destina à distribuição e logística da rede franqueada, cujo valor visa ao pagamento pela distribuição de produtos, comercialização de mercadorias em geral, administração de fretes e abastecimento de lojas, acondicionamento, armazenamento de gêneros alimentícios, dentre outras atividades, cujos serviços seriam prestados por terceiro, pessoa jurídica diversa do réu, não cabendo à demandada o pagamento de indenização decorrente da referida prestação de serviço, porque o franqueador pode indicar, contratualmente, a empresa para a padronização no fornecimento, logística e distribuição de mercadorias e serviços aos franqueados. Improcedência de todos os pedidos descritos na petição inicial, porque o réu cumpriu o Contrato - Desprovemento dos Agravos Retidos e parcial provimento da Apelação. (TJRJ. APL nº 0055935-76.2007.8.19.0001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere, julgamento em 25.11.2014, DJe em 26.11.2014).

ao qual serão dirigidas as demandas relacionadas com o contrato.⁴⁶⁶ A cláusula restringe-se à determinação da competência territorial, razão pela qual a doutrina processualista já se manifestava a favor de sua validade, já que “a competência territorial, diversamente da competência material e funcional, era e é regulada atendendo principalmente os interesses das partes”.⁴⁶⁷

A validade das cláusulas de eleição de foro, entretanto, é questionada no âmbito dos contratos de franquia de adesão pelo argumento de que, por não ter havido a possibilidade de discutir o conteúdo do contrato, a parte – o franqueado – não poderia ter o seu direito de acesso à Justiça restringido.⁴⁶⁸

À luz da dinâmica das vulnerabilidades exposta ao longo deste trabalho, o fator vulnerante que importa ao juízo de merecimento de tutela da cláusula de eleição de foro nos contratos de franquia refere-se à *impossibilidade de o franqueado determinar o conteúdo do contrato*. A adesividade, como aludido no Capítulo II, não trata de uma característica essencial ao contrato de franquia, mas deve-se notar que, no comum dos casos, tais contratos são celebrados adesivamente, de modo que o franqueado não tem influência na formação do programa contratual. Daí a importância do debate.

O segundo fator vulnerante comumente encontrado nos contratos de franquia – a *dependência contratual* – não terá maiores influências no juízo de merecimento de tutela das cláusulas de eleição de foro. A relevância do papel da vulnerabilidade como vetor interpretativo dependerá do aspecto contratual em análise. Não importa, no que toca ao juízo de merecimento de tutela da eleição de foro, a contingência de o franqueado depender do franqueador para realizar suas obrigações.

Isso porque o que se busca com a investigação da validade da cláusula de eleição de foro remete ao instante inicial da contratação em que fora inserido o ajuste. Nesse momento, o fator vulnerante de maior relevo reside na impossibilidade de o franqueado discutir o teor da eleição de foro, fator este que atuará como vetor

⁴⁶⁶ “O foro de eleição decorre do ajuste entre dois ou mais interessados, devendo constar de contrato escrito e se referir especificamente a um dado negócio jurídico (disponível), para que as demandas oriundas de tla negócio jurídico possam ser movidas em tal lugar”. (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. I, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 336).

⁴⁶⁷ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. I, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 336. Afirma, ainda, o autor: “Ninguém, portanto, será mais senhor de interesses disponíveis do que as próprias partes, titulares do poder de disposição. As regras gerais existentes, de fato, vão ao encontro do interesse das partes, mas se estas entendem haver solução ainda mais cômoda, qual seja, a do foro de eleição, nada impede que seja esta a solução”.

⁴⁶⁸ Sobre a adesividade do contrato como fator vulnerante, cf. item 1.2, *supra*.

interpretativo para a elucidação da validade da referida cláusula. A dependência contratual, que se relaciona mais diretamente com a dinâmica da execução da avença, não terá maiores influências no juízo de merecimento de tutela da cláusula de eleição de foro, embora possa tê-lo em relação a outras cláusulas.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o parágrafo único do artigo 112 previa que “a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu”. O dispositivo, acrescido pela Lei 11.280 de 2006, levava à conclusão de que a cláusula de eleição de foro inscrita em contrato de adesão não seria *necessariamente* nula. Isso porque da regra se extraía que o juiz *poderia* (e não *deveria*) declarar a nulidade do ajuste.

Dessa forma, a doutrina concluía no sentido de que “este preceito legal *não estabelece que são nulas* as cláusulas de eleição de foro fixadas em contratos de adesão, mas apenas que, se constatada tal nulidade, esta *pode* ser declarada pelo juiz” e completava: “o juiz somente poderá declarar a nulidade da eleição de foro estabelecida em contrato de adesão *se presentes as circunstâncias que determinam tal nulidade*”.⁴⁶⁹

O novo Código de Processo Civil de 2015 veio sanar as dúvidas deixadas por seu antecessor, deixando claro, em seu artigo 63, §3º que a eleição de foro, apenas se *abusiva*, poderá ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz. A nova redação veio consolidar o que já se mostrava entendimento jurisprudencial pacífico.⁴⁷⁰

Em litígios envolvendo contratos de franquia celebrados pela técnica adesiva, o Superior Tribunal de Justiça segue a jurisprudência firmada no sentido de que “a cláusula de eleição de foro inserta em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo se verificada a hipossuficiência do aderente, inviabilizando, por conseguinte, seu acesso ao Poder Judiciário”.⁴⁷¹ Analisa-se, nesse momento, de que

⁴⁶⁹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, v. I, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 339-340.

⁴⁷⁰ “A jurisprudência desta Corte firmou orientação de que a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa”. (STJ, 4ª T., REsp 379949/PR, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 26.2.2002).

⁴⁷¹ O trecho foi extraído do Acórdão a seguir ementado: Agravo Interno no Agravo (Art. 544 do CPC/73) - Autos de Agravo de Instrumento na origem - Exceção de Incompetência - Contrato de Franquia -

maneira o fator vulnerante *impossibilidade de influenciar no conteúdo do negócio pactuado* poderá influenciar o juízo de merecimento de tutela sobre a cláusula de eleição de foro.

Conforme observado no Capítulo II (v. item 2.3.2, *supra*), a incidência de tal fator vulnerante autoriza o intérprete a *i)* promover interpretação favorável ao aderente diante de cláusulas ambíguas ou contraditórias e *ii)* declarar nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Para além, a vulnerabilidade gerada por tal fator vulnerante poderá servir de *vetor interpretativo* de outros mecanismos interventivos.

Fica evidente, nesse sentido, que não se encontra insculpido na natureza do contrato de franquia o direito de litigar no foro originalmente previsto pelo Código de Processo Civil. Tal direito liga-se ao momento patológico da relação, o que jamais poderia ser inserido dentro do conceito de natureza do contrato, essencialmente ligado à fisiologia do contrato. Dessa forma, a vulnerabilidade do franqueado no que toca à impossibilidade de determinar o conteúdo do contrato não justifica o afastamento do foro de eleição.

Assim, mostra-se adequada a conclusão trazida pelos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as cláusulas de eleição de foro inserida nos contratos de franquia são, a princípio, válidas. O fator vulnerante que incide nesse aspecto da contratação consiste tão somente na impossibilidade de o aderente franqueado contribuir para a formação do conteúdo contratual, isto é, na adesividade do ajuste. Como visto, tal fator dá causa apenas à nulidade das cláusulas que retirem do aderente direitos resultantes da natureza do negócio, categoria na qual não se insere a eleição de foro. Assim, a incidência do fator vulnerante não será razão bastante para a invalidação da cláusula.

Cláusula De Eleição De Foro Em Contrato De Adesão - Decisão Monocrática Que Negou Provimento Ao Reclamo - Insurgência Recursal Da Ré. 1. A ausência de enfrentamento da questão objeto da controvérsia pelo Tribunal de origem, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ. 2. A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo se verificada a hipossuficiência do aderente, inviabilizando, por conseguinte, seu acesso ao Poder Judiciário. Precedentes. Hipótese em que a Corte estadual, com amparo no acervo fático-probatório dos autos, concluiu pela invalidade da cláusula de eleição de foro, sob os fundamentos de hipossuficiência da sociedade empresária, bem como da dificuldade de acesso ao poder Judiciário. A revisão de tal entendimento encontra óbice na Súmula 7/STJ. 3. Estando o acórdão proferido na origem em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, não há se falar em dissídio jurisprudencial. 4. Agravo interno desprovido. (STJ, AgInt no AREsp 935.542/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, julgamento em 8.2.2018, DJe em 23.2.2018).

Não obstante o reconhecimento de que a vulnerabilidade contratual não dará causa diretamente à invalidação da cláusula de eleição de foro nos contratos de franquia, faz-se possível, em certos casos, a declaração de nulidade, cujo fundamento residirá na violação ao princípio do acesso à justiça.⁴⁷² Nesse sentido, afirma o STJ “ser válida a cláusula de eleição de foro estabelecida em contrato de franquia, exceto quando reconhecida a hipossuficiência da parte ou a dificuldade de acesso à justiça”.⁴⁷³

Em termos práticos, a compreensão de que a cláusula de eleição de foro não é inválida nos contratos de franquia impõe ao franqueado-aderente o ônus de provar que o deslocamento de competência impede o exercício de seu direito fundamental de demandar perante o Poder Judiciário. A análise a respeito da violação ao acesso à justiça será realizada não em termos objetivos à luz do programa contratual, mas subjetivamente, por meio da avaliação da viabilidade – técnica, financeira, etc. – de o franqueado se fazer representar no foro contratualmente eleito. Em outras palavras, trata-se de um juízo subjetivo de hipossuficiência, que mais tem a ver com a pessoa do franqueado do que com a posição contratual por ele ocupada.⁴⁷⁴

⁴⁷² Sobre o princípio do acesso à justiça, v., por todos, CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. 1. Justiça. I. Garth, Bryant, colab. II. North fleet, Ellen Gracie, Trad. III. Título.

⁴⁷³ O Acórdão encontra-se a seguir ementado: Civil. Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. Ação de indenização. Contrato de franquia. Cláusula de foro de eleição. Afastamento. Possibilidade. Parte hipossuficiente. Súmulas n°s 5 E 7 do STJ. Acórdão estadual alinhado à jurisprudência do STJ. Ausência de impugnação de fundamento suficiente do acórdão. Deficiência. Súmulas n°s 283 E 284 do STF. Agravo Regimental não provido. 1. Inaplicabilidade do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo n° 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. A jurisprudência desta Corte entende ser válida a cláusula de eleição de foro estabelecida em contrato de franquia, exceto quando reconhecida a hipossuficiência da parte ou a dificuldade de acesso à justiça. 3. A revisão dos fundamentos do acórdão estadual acerca da condição de hipossuficiência da agravada, a justificar o afastamento da cláusula de eleição, é vedada na via especial pelas Súmulas n°s 5 e 7 do STJ. 4. A ausência de impugnação específica a todos os fundamentos do acórdão atrai a incidência das Súmulas n°s 283 e 284 do STF. 5. Agravo regimental não provido”. (STJ, AgRg no AREsp n° 775.828/RJ, 3ª turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgamento em 25.10.2016, DJe em 8.11.2016).

⁴⁷⁴ Agravo Regimental no agravo em recurso especial. Cláusula de eleição de foro estabelecida contrato de franquia. Validade. Reconhecimento de hipossuficiência por esta corte. Aplicação da súmula 7/STJ. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça entende que é válida a cláusula de eleição de foro estabelecida em contrato de franquia, exceto quando reconhecida a hipossuficiência da parte ou a dificuldade de acesso à justiça. 2. A alteração dos fundamentos do acórdão recorrido acerca da hipossuficiência dos recorrentes demandaria o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em recurso especial, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 563.933/GO, 4ª turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgamento em 17.03.2015, DJe em 23.03.2015). No mesmo sentido, v. STJ, AgRG no AREsp 576.977/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 14.10.2014, DJe em 20.10.2014.

Não significa dizer, contudo, que a vulnerabilidade não será chamada a depor. Nessas hipóteses, faz sentido afirmar que a vulnerabilidade atuará como vetor interpretativo na ponderação que realizada entre a garantia de acesso à justiça e o princípio da obrigatoriedade dos pactos. Nessa perspectiva, o juízo de vulnerabilidade permite dizer que, constatado o fator vulnerante *impossibilidade de influenciar na formação do conteúdo do contrato*, o ônus para comprovar a hipossuficiência deverá ser mitigado.

Por outro lado, em contratos paritários, o contratante deverá comprovar das mais severas violações ao acesso à justiça para ter afastada a cláusula de eleição de foro. Em outras palavras, o intérprete deverá ser mais rigoroso nas hipóteses em que a cláusula tenha sido – comprovadamente – livremente pactuada. Em contratos adesivos, de outro turno, a exigência do intérprete para a constatação da hipossuficiência deverá ser mais branda, bastando ao arguente demonstrar a excessiva onerosidade que o foro de eleição lhe geraria.

É de se recordar, ainda, que, como aludido no Capítulo I (v. item 1.2.2, *supra*), os fatores vulnerantes devem ser ponderados com os fins a que se destina o programa contratual avaliado em concreto. Dessa maneira, não se pode deixar de observar que o contrato de franquia, muito embora possa ser celebrado mediante técnica adesiva, carrega consigo um *empreendimento* do qual o aderente busca auferir lucro. Assim, a incidência do referido fator vulnerante nos contratos de franquia gerará vulnerabilidade em grau mais reduzido do que aquela experimentada, por exemplo, pelo aderente de um contrato que visa à satisfação (não de um empreendimento, mas) de um direito fundamental.⁴⁷⁵

Assim, no que toca ao rigor adotado pelo intérprete para a constatação da violação do acesso à justiça provocado pela cláusula de eleição de foro, convém imaginar ilustrativamente uma escala avaliativa que vai do menor ao maior rigor a ser empenhado. No primeiro degrau – de menor rigor – encontram-se os contratos adesivos celebrados sem fins lucrativos, tais como contratos que visam à satisfação de um direito fundamental. Nesses casos, o argumento de violação ao acesso à justiça deverá ser mais facilmente aceito pelo intérprete. No segundo degrau situam-se os contratos adesivos com fins de empreendimento. Nesses casos, ainda será possível o afastamento das

⁴⁷⁵ Sobre esse aspecto, remete-se ao item 1.2.2, *supra*.

cláusulas de eleição de foro, mas será necessária a demonstração inequívoca da hipossuficiência que implique violação ao acesso à justiça. Por fim, os casos em que o intérprete deverá enxergar com maior rigor referem-se aos contratos paritários. Apenas excepcionalmente – diante de uma violação teratológica de acesso à justiça – será possível o afastamento da cláusula de eleição de foro.

Nessa perspectiva, tomando-se como premissa o posicionamento do STJ no sentido de que o afastamento da eleição de foro só poderá ocorrer mediante a comprovação da hipossuficiência da parte ou a violação ao acesso à Justiça, propõe-se o seguinte. Em contratos de adesão sem fins lucrativos, nos quais a posição contratual será dotada de maior vulnerabilidade, bastará ao demandante comprovar sua hipossuficiência *técnica* –, no sentido de que não teria condições de avaliar, no momento da celebração do contrato, as consequências da eleição de foro – *ou financeira*, sem que tenha de demonstrar uma total impossibilidade material de acesso à Justiça. Nesses casos, bastará a demonstração de qualquer *dificuldade* (e não de impossibilidade) de ter sua causa avaliada pelo Juízo do foro eleito para que seja afastada a cláusula.

Em litígios envolvendo contratos de adesão com escopo lucrativo – como no caso dos contratos de franquia – ao franqueado-aderente caberá demonstrar sua hipossuficiência técnica e financeira, não bastando a alegação de uma ou outra. Nessas hipóteses, além de demonstrar que não detinha objetivamente condições de compreender os efeitos da cláusula, deverá comprovar detalhadamente uma grave dificuldade de acesso à Justiça gerada por um profundo impacto financeiro oriundo da manutenção da cláusula.

Por fim, no terceiro grupo de casos – contratos paritários em que foi dada a oportunidade de a parte discutir a cláusula de eleição de foro –, apenas uma violação teratológica ao acesso à Justiça poderá afastar a cláusula de eleição de foro. Nessas hipóteses, sugere-se que tal afastamento ocorra mediante a comprovação de hipossuficiência técnica, financeira e de uma total impossibilidade de acesso à Justiça.

Desse modo, ainda que à luz de rigor probatório amortecido pela vulnerabilidade, ao franqueado-aderente caberá se desincumbir do ônus de demonstrar a hipossuficiência satisfatoriamente, não bastando a mera alegação de que, por ser o contrato adesivo, deve ser afastada a cláusula de eleição de foro. Não se livrando desse

ônus, a cláusula deverá ser considerada plenamente válida e eficaz a produzir seus efeitos. Em termos processuais, significa que o juízo deverá declinar de sua competência em favor do juízo do foro eleito.

Assim resolveu o Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Niterói, em decisão que foi mantida por unanimidade pela 23ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. No caso, um empresário havia contratado uma franquia cujo objeto era a fabricação personalizada de esmaltes, em uma loja-quiosque localizada na cidade de Niterói, no estado do Rio de Janeiro. Por razões que fogem ao objeto deste tópico, o franqueado ajuizou ação em face do franqueador requerendo a rescisão do contrato e o pagamento de perdas e danos.

Ocorre que, apesar de a franquia ser operada no Rio de Janeiro, o contrato apresentava cláusula elegendo o foro de João Pessoa – Paraíba, como competente para dirimir questões oriundas do contrato. A fim de ver a cláusula afastada, o franqueado – propositor da demanda – argumentou tão somente *i)* que o foro havia sido imposto (e não eleito) no contrato, vez que o franqueado que não tinha condições de avaliar as consequências da estipulação de um foro de eleição e *ii)* que a manutenção do foro impediria seu acesso à Justiça.

Como adiantado, tanto o Juízo de primeira instância quanto o Tribunal rejeitaram os argumentos formulados. E com razão. No que toca à validade da eleição de foro, a vulnerabilidade contratual não permite o afastamento do ajuste pela mera alegação de violação ao acesso à Justiça. Por mais que a cláusula tenha sido imposta na dinâmica da contratação, caberá ao autor da ação *demonstrar* (e não apenas alegar) de que maneira a manutenção do foro de eleição impediria seu acesso ao Poder Judiciário.

Mostra-se relevante, nesse cenário, a juntada de documentos que comprovem os custos que recairiam sobre o franqueado para demandar no foro contratual, conectando-os com o impacto financeiro que o ajuizamento da ação teria sobre si. O argumento da hipossuficiência técnica, resumido na alegação de o franqueado não ter sabido avaliar as consequências da eleição de foro, revela-se, nesses casos, irrelevante se o franqueado não demonstrar, em adição, grave violação ao acesso à Justiça em razão de sua hipossuficiência financeira. Assim, andou bem o Tribunal de Justiça do Estado

do Rio de Janeiro que, por unanimidade, manteve a decisão que declinou da competência,⁴⁷⁶ como tem feito também em outros casos:

Agravo de instrumento. Decisão de declínio de competência. Ação de cobrança. Contrato de franquia. Validade do foro de eleição. Súmula nº 335 do STF. Possibilidade de desconsideração da cláusula de eleição de foro quando comprovada a hipossuficiência econômica, técnica ou negocial de um dos contratantes, ou quando restar configurada a abusividade da cláusula. Na espécie, todavia, *não há qualquer prova dessas circunstâncias*, tampouco de que o ajuizamento da demanda no foro eleito pelas partes represente óbice ao acesso à justiça. Contrato de franquia: relação que não é de consumo. Correta, portanto, a decisão que observa o foro previsto no contrato. Revoga-se o efeito suspensivo anteriormente deferido. Desprovimento do recurso.⁴⁷⁷

Em outras hipóteses, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afastou a cláusula de eleição de foro justamente por entender que a hipossuficiência técnica e econômica, além da dificuldade de demandar no foro eleito, estavam devidamente comprovadas. Assim consignou a 4ª Câmara Cível da Corte ao analisar Agravo de Instrumento que buscava afastar a decisão proferida em primeira instância que declarou inválida a cláusula de eleição de foro:

No caso vertente, não nega a agravante que o autor tenha celebrado o contrato sem a assistência de um advogado, nem comprova que tenha sido permitida qualquer alteração das cláusulas preestabelecidas no contrato de

⁴⁷⁶ “Agravo de instrumento. Recurso da parte autora contra decisão que declinou da competência em favor do juízo cível da comarca de João Pessoa. Contrato de franquia. Natureza de adesão. Possibilidade de eleição de foro, não constatada vulnerabilidade de uma das partes. Precedentes. Recurso a que se nega provimento”. (TJRJ, AI nº 0022013-27.2019.8.19.0000, 23ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcos Andre Chut, julgamento em 10.7.2019, DJe em 15.7.2019). No mesmo sentido, v. “Agravo de instrumento. Ação declaratória c/c perdas e danos envolvendo contrato de franquia. Decisão agravada que declinou da competência em virtude da cláusula contratual. Impossibilidade de declínio de ofício na hipótese de competência relativa. Aplicabilidade da súmula 33 do STJ. Validade do foro de eleição. Ausência de comprovação de hipossuficiência econômica ou técnica dos agravantes. Aplicabilidade da súmula 335 do STF. Recurso conhecido e parcialmente provido para cassar a decisão, determinando o regular prosseguimento do feito”. (TJRJ, AI nº 0028096-93.2018.8.19.000, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. José Acir Lessa Giordani, julgamento 18.12.2018, 12ª Câmara Cível, julgamento em 18.12.2018, DJe 18.12.2018). Cf., ainda, TJRJ, AI nº 0005982-34.2016.8.19.0000, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudia Telles de Menezes, julgamento em 16.02.2016, DJe em 17.02.2016.

⁴⁷⁷ TJRJ, AI 0060533-90.2018.8.19.0000, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Iloízio Barros Bastos, julgamento em 20.02.2019, DJe 26.2.2019. No mesmo sentido, v.: “Agravo de instrumento. Rejeição de exceção de incompetência. Contrato de franquia. Validade da cláusula de eleição de foro para dirimir conflitos decorrentes do negócio firmado. Súmula nº 335 do Supremo Tribunal Federal. Excepto que não comprovou sua hipossuficiência, vulnerabilidade, tampouco que a adoção do foro de eleição dificultaria seu acesso ao judiciário. Recurso que se nega provimento”. (TJRJ, AI nº 0033295-33.2017.8.19.0000, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário Guimarães Neto, julgamento em 29.08.2017, DJe em 31.8.2017) e, ainda: TJRJ, CC nº 0036128-58.2016.8.19.0000, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, julgamento em 15.03.2017, DJe em 17.3.2017; TJRJ, AI nº 0027470-79.2015.8.19.0000, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa, julgamento em 4.11.2015, DJe em 8.11.2015; TJRJ, AI nº 0024619-04.2014.8.19.0000, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere, julgamento em 16.06.2015, DJe em 18.06.2015; TJRJ, AI nº 0000019-16.2014.8.19.0000, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, julgamento em 20.5.2014, DJe em 23.5.2014.

adesão, limitando-se a alegar que ele reunia capacidade intelectual e financeira para celebrar o negócio. Ora, os documentos trazidos aos autos pela própria agravante, em especial os de fls. 143/144 (index 00133) (índices 49, 52, 75 e 78) demonstram a atual hipossuficiência econômico-financeira do agravado, tudo a configurar a sua vulnerabilidade perante a agravante, bem como a evidente dificuldade de demandar junto ao juízo do domicílio da ré, estipulado como foro de eleição no contrato de adesão celebrado entre as partes.⁴⁷⁸

Deve-se ressaltar, ainda, que o argumento de hipossuficiência técnica não impõe ao magistrado um juízo psicológico da capacidade intelectual da parte contratante. Isto é, a referida hipossuficiência poderá ser extraída objetivamente do conjunto probatório, bastando à parte que a alega demonstrar que era inexperiente no ramo de *franchising*, que se tratava de seu primeiro negócio, etc. O fato de, nesses casos, o aderente caracterizar-se como empresário em nada deve influenciar tal

⁴⁷⁸ A decisão encontra-se ementada a seguir: “Agravado de instrumento. Decisão que rejeitou exceção de incompetência oposta pela agravante em ação de anulação de cláusulas e rescisão contratual com pedido de indenização por danos materiais. Pretensão de prevalência do foro de eleição estipulado no contrato de franquia celebrado entre as partes. Configurada a abusividade da cláusula de foro de eleição prevista em contrato de adesão, eis que demonstrada a hipossuficiência, vulnerabilidade e dificuldade de acesso à Justiça do agravado no caso de sua prevalência. Afastada a eleição, incide a regra do art. 100, V, ‘a’ do CPC, fixando-se a competência do domicílio do autor, onde foi estabelecida a franquia contratada. - Precedentes jurisprudenciais que permitem a aplicação do art. 557 do CPC. Recurso manifestamente improcedente. Negativa liminar de seguimento”. (TJRJ, AI nº 0011215-12.2016.8.19.0000, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Helena Pinto Machado, julgamento em 17.03.2016, DJe em 21.03.2016). Cf., ainda: agravo de instrumento. Exceção de incompetência em ação declaratória de nulidade de contrato de franquia c/c rescisão motivada. Decisão que acolheu a exceção de incompetência, declarando competente o foro eleito. Partes que celebraram contrato de franquia, tendo sido eleito o foro da comarca da cidade de campinas - sp para dirimir os litígios. Jurisprudência do superior tribunal de justiça que se orienta no sentido da validade da cláusula de eleição de foro em contratos, desde que ausente a hipossuficiência de uma das partes, bem como, não seja inviabilizado o acesso ao poder judiciário. 1ª agravante que é pessoa física e a 2ª Agravante Que É Empresa Individual, Desenvolvendo Atividade De Estética Na Própria Residência Da 1ª agravante. comprovada a hipossuficiência econômico-financeira e a vulnerabilidade das agravantes perante a agravada, bem como a evidente dificuldade de demandar junto ao juízo do domicílio da ré, o que afasta a cláusula de foro de eleição. demanda que versa acerca de reparação de danos, incidindo a regra especial do artigo 100, inciso V, alínea 'a', do Código de Processo Civil de 1973, Código vigente quando do ajuizamento da demanda. Prevalência do foro do lugar do ato ou fato, no caso, onde o contrato é exercido, na comarca de niterói. Entendimento deste egrégio tribunal sobre o tema. Provimento ao recurso para rejeitar a exceção de incompetência, mantendo a competência na comarca de Niterói”. (TJRJ, AI nº 0024621-03.2016.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, Des. Rel. Cleber Ghelfenstein, julgamento em 13.07.2016, DJe em 15.07.2016); “Agravado De Instrumento interposto contra decisão que rejeitou exceção de incompetência oposta pela agravante em ação de reparação de danos que lhe é movida pela agravada. Pretendida prevalência do foro de eleição estipulado no contrato de franquia celebrado entre as partes. Configurada a abusividade da cláusula de foro de eleição prevista em contrato de adesão, eis que demonstrada a hipossuficiência, vulnerabilidade e dificuldade de acesso à Justiça da autora-agravante no caso de sua prevalência. Afastado o foro de eleição, incide a regra do artigo 100, inciso, V, alínea 'a', do Código de Processo Civil, fixando-se a competência do domicílio da autora, onde foi estabelecida a franquia contratada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Estadual. Recurso A Que se nega provimento”. (TJRJ, AI nº 0010695-86.2015.8.19.0000, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira, julgamento em 20.05.2015, DJe em 25.05.2015). No mesmo sentido, v., ainda: TJRJ, AI nº 0024676-17.2017.8.19.0000, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário Guimarães Neto, julgamento em 06.06.2017, DJe em 12.06.2017 e TJRJ, AI nº 0052636-50.2014.8.19.0000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, julgamento em 14.10.2014, DJe em 17.10.2014.

avaliação,⁴⁷⁹ assim como não deverá importar o fato de o outro contratante apresentar superioridade econômica.⁴⁸⁰

Observa-se que as hipóteses não tratam, propriamente, da invalidação da cláusula de eleição de foro, mas do afastamento de sua eficácia em respeito à garantia de acesso à justiça, insculpida no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República. Isso porque, conforme extensamente observado, à luz da legalidade constitucional, a autonomia privada configura-se merecedora de tutela à medida que promove os valores constitucionais. Se, ao revés, o respeito ao pactuado acaba por violar uma garantia constitucional, não restará opção ao intérprete senão afastar a cláusula de modo a promover a concretização do acesso à justiça.

Observa-se, por fim, que o fato de a Nova Lei das Franquias – Lei 13.966/2019 – ter previsto, em seu artigo 7º, a possibilidade de estipulação de cláusula de eleição de foro em contratos de franquia internacional em nada prejudica o entendimento consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. É dizer: a cláusula de eleição de foro somente será válida se não gerar prejuízo ao acesso à Justiça.

3.3.2 Cláusula compromissória: arbitragem e *franchising*

⁴⁷⁹ Em sentido contrário, nota-se curioso julgado em que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluiu que, por ser empresária, a parte não seria “desprovida de cognição suficiente” para compreender os termos da cláusula. O Acórdão segue ementado: “agravo de instrumento. Ação anulatória de contrato de franquia. Marca “cartório mais”. Sentença que, nos termos do artigo 64, § 3º do CPC/15, declarou a incompetência do juízo para o processamento e julgamento da causa e, em consequência, determinou a baixa e a redistribuição da demanda a uma das varas cíveis da comarca de Goiânia/GO, face à prevalência de cláusula de eleição de foro existente no contrato que se pretende anular. Cláusula de eleição de foro convencionada pelas partes. Validade. Prevalência. Inaplicabilidade do CDC na relação jurídica travada entre o franqueado e o franqueador. Afastamento da cláusula de eleição de foro convencionada pelas partes, sendo aplicável ou não o CDC, que só ocorre se comprovadas (não apenas afirmada) a vulnerabilidade econômica, técnica e jurídica, em relação ao franqueador, decorrentes do próprio contrato de franquia que se pretende rescindir, bem como, a impossibilidade de efetuar regular defesa no juízo contratualmente eleito a gerar prejuízos ao exercício da ampla defesa (abusividade), em situação de nítida ausência de equilíbrio contratual entre os contratantes, o que não restou verificado no caso em tela. Agravante que é empresário, não sendo pessoa desprovida de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual. Confirmação da sentença. Honorários sucumbenciais recursais. Desprovisionamento do recurso”. (TJRJ, AI nº 0055752-59.2017.8.19.0000, 19ª Câmara Cível, Rel. DEs. Lúcio Durante, julgamento em 12.06.2018, DJe em 15.06.2018).

⁴⁸⁰ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Agravado de instrumento. Decisão de declínio de competência. Ação indenizatória. Foro de eleição. 1. A regra do artigo 100, V, do CPC não se aplica em reparação de dano decorrente de descumprimento contratual. 2. Recurso Especial nº 930.875 - MT (2007/0046395-9): não desfaz a validade do foro de eleição a circunstância do ajuizamento da ação, decorrente de contrato de franquia, como ação indenizatória, porque esta sempre tem como antecedente a lide contratual. 3. Validade da cláusula de eleição de foro: não caracterizada hipossuficiência da demandante capaz de dificultar a propositura da demanda no foro eleito, não bastando para tanto a mera superioridade econômica da empresa demandante em comparação à demandada. Recurso a que se nega seguimento”. (TJRJ, AI nº 0019957-60.2015.8.19.0000, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Cerqueira Chagas, julgamento em 05.05.2015, DJe em 07.05.2015).

A cláusula compromissória traduz-se em convenção mediante a qual as partes contratantes renunciam à jurisdição estatal em prol da resolução dos possíveis conflitos oriundos do contrato por meio de árbitro(s) por elas escolhido(s).⁴⁸¹ Assim como as cláusulas de eleição de foro, as convenções de arbitragem inseridas em contratos de franquia celebrados adesivamente também são objeto de litígio no Poder Judiciário, já tendo o Superior Tribunal de Justiça se manifestado extensamente a respeito do tema, conforme se verá adiante.

A vulnerabilidade contratual atuará também aqui como vetor interpretativo no juízo de merecimento de tutela de tais cláusulas, mostrando-se de maior relevância ao intérprete o fator vulnerante mais diretamente relacionado com a inserção do ajuste arbitral no contrato. Dessa forma, quanto a esse aspecto contratual, ganha relevância a identificação *in concreto* da (im)possibilidade de o contratante contribuir para a formação do conteúdo da avença.

Assim, do mesmo modo que em relação às cláusulas de eleição de foro, a discussão a respeito da validade das cláusulas compromissórias nos contratos de franquia ocorre naqueles celebrados adesivamente, nos quais aos franqueados não se permite discutir o conteúdo do negócio, cabendo-lhes tão somente aceitar (ou rejeitar) *em bloco* o programa contratual apresentado pelo franqueador.

Entretanto, diferentemente das que convencionam a competência territorial, as cláusulas arbitrais instituídas em contratos de adesão já são objeto de normativa específica trazida pela Lei 9.307/06, a Lei de Arbitragem. Nos termos do artigo 4, §2º do referido diploma:

Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

⁴⁸¹ As cláusulas compromissórias encontram-se definidas no art. 4º da Lei de Arbitragem – Lei 9.307/1996: Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Sobre cláusulas compromissórias, v. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 104: “Para a validade da cláusula basta que as partes mencionem as relações jurídicas por ela abarcadas, ou seja, é suficiente reportar-se a determinado contrato, às relações societárias relativas aos integrantes de determinada empresa, a certos serviços, sem maior preocupação em especificar os litígios que poderão decorrer do relacionamento contratual mantido pelas partes”.

Dessa forma, se comprovado que o contrato de franquia fora celebrado adesivamente, não haverá razão para afastar a incidência do dispositivo legal, que traz consigo uma ponderação legislativa que tomou por base a vulnerabilidade do aderente.⁴⁸² Portanto, para que seja válida a cláusula arbitral em contratos de franquia adesivos, faz-se necessário i) que o franqueado-aderente tome a iniciativa de instituir a arbitragem ou ii) que o franqueado-aderente concorde expressamente com a cláusula por meio de documento escrito em anexo ou em negrito com a assinatura ou visto aposto especialmente para a cláusula. Assim já se pronunciaram os Tribunais de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,⁴⁸³ de São Paulo⁴⁸⁴ e, ainda, o

Nesse sentido também decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Direito civil e processual civil. Contrato de franquia. Contrato de adesão. Arbitragem. Requisito de validade do art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. Descumprimento. Reconhecimento prima facie de cláusula compromissória "patológica". Atuação do poder judiciário. Possibilidade. Nulidade reconhecida. Recurso provido. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art.

⁴⁸² “A Lei de Arbitragem criou um sistema para proteger o aderente em contratos de adesão, presumindo que estaria impossibilitado de discutir os termos contratuais que lhe são impostos unilateralmente pelo proponente, especialmente a opção pela arbitragem. Nesse sentido, o artigo 4º, §2º, da Larb prevê requisito adicional de forma para que a cláusula arbitral contida em contrato de adesão seja vinculante, o que ocorrerá em duas hipóteses: na primeira, quando o aderente iniciar a arbitragem, o que, por óbvio, extingue qualquer dúvida quanto ao seu consentimento para arbitrar; e, na segunda, quando, no momento da celebração do contrato, o aderente declarar consentimento expresso à cláusula arbitral, por escrito, seja em documento apartado, seja em negrito, com assinatura ou visto na própria cláusula”. (LEVY, Daniel; SETOGUTI, Guilherme; PEREIRA, J. (coord). *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 110).

⁴⁸³ “Natureza de contrato de adesão. Cláusula compromissória, estipulada por escrito, em documento anexo (termo), que contou com a concordância expressa do franqueado. Convenção de arbitragem que afasta a jurisdição estatal. Eventual nulidade da cláusula compromissória que deve ser decidida pelo árbitro. Observância do princípio kompetenz-kompetenz (ART. 8º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI FEDERAL N.º 9.307/1996)”. (TJRJ, AI nº 0006206-35.2017.8.19.0001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino, julgamento em 17.7.2019, DJE em 18.7.2019).

⁴⁸⁴ Nesse sentido decidiu o TJSP: “Ação de rescisão contratual c/c restituição de valores pagos e indenização por perdas e danos materiais e morais – Contrato de franquia – Incompetência do Juízo Estatal para resolução do conflito – Varas Especializadas criadas pela Resolução n.º 763/2016 têm competência para análise de medidas de urgência previstas nos artigos 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem, execuções e ações declaratórias de nulidade de sentença arbitral – Não substituição do Juízo Arbitral – Existência de cláusula compromissória, livre e expressa e regularmente acordada celebrada (LArb, art. 4º, § 2º) – Obrigatoriedade de uso da arbitragem para solução de conflitos recíprocos – Eventual nulidade contratual deve ser submetida à análise do próprio árbitro – Competência do Juízo Arbitral – Sentença de extinção mantida – Demais argumentos prejudicados, devendo a impugnação ser feita pelas vias e palco adequados – Honorários recursais – Fixação – Recurso desprovido”. (TJSP, APL nº 1005894-04.2018.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Maurício Pessoa, julgamento em 24.6.2019, DJe em 26.6.2019).

4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido.⁴⁸⁵

Confira-se, ainda, o informativo de jurisprudência nº 591 do STJ:

Em contrato de franquia, "a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula" (art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem).

O informativo ainda aduz, com razão, que “no contrato de franquia não há uma relação de consumo tutelada pelo CDC, mas de fomento econômico, com intuito de estimular as atividades empresariais do franqueado”, concluindo no sentido de que “não há incidência das regras protetivas do CDC a esses contratos, não se admitindo a alegação de nulidade do compromisso arbitral com base no disposto no art. 51, VII, do CDC, que proíbe a utilização compulsória de arbitragem”.

Merece pequena crítica o informativo ao afirmar que “o contrato de franquia ou *franchising* é inegavelmente um contrato de adesão”. Como visto no Capítulo II (v. item 2.3.1, *supra*), a adesividade trata de uma técnica de contratação e, por isso, não pode ser tomada como elemento essencial ao contrato de franquia. Assim, impõe-se ao intérprete a verificação *in concreto* dos mecanismos utilizados para a negociação e formação da avença e, ainda, da extensão de cada técnica de contratação para cada aspecto do contrato. Dessa forma, torna-se imprescindível analisar especificamente se a cláusula compromissória estava inserida no bloco contratual imposto pelo franqueador ou se, ao revés, pôde ser livremente discutida pelo franqueado, que a aceitou em razão de vantagens recíprocas oferecidas em troca da aceitação da cláusula.

É de se destacar, na mesma linha, que o Superior Tribunal de Justiça, ao avaliar a competência do Poder Judiciário para analisar a validade das cláusulas compromissórias inseridas em contratos de franquia adesivos, afirmou que: “o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral

⁴⁸⁵ STJ, REsp 1.602.076-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 15.09.2016, DJe em 30.09.2016.

"patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral".⁴⁸⁶

Mitiga-se, assim, o princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*) pelo qual seria apenas o árbitro ou tribunal arbitral competente "para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral".⁴⁸⁷

Em casos nos quais a cláusula arbitral não apresentar nenhuma patologia, o Poder Judiciário deverá ser mais deferente ao princípio, tal como decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em caso em envolvia a rede franqueada da marca Poderoso Timão: "todas as questões inerentes ao descumprimento do contrato, no tocante às suas cláusulas, validade, vícios, adesividade, regularidade, etc. devem ser

⁴⁸⁶ O Acórdão encontra-se a seguir ementado: Recurso Especial. Direito Civil e processual civil. Contrato de franquia. Contrato de adesão. Arbitragem. Requisito de Validade Do Art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. Descumprimento. Reconhecimento *prima facie* de cláusula compromissória "Patológica". Atuação Do Poder Judiciário. Possibilidade. Nulidade reconhecida. Recurso provido. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1.602.076-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andriighi, julgamento em 15.09.2016, DJe em 30.9.2016).

⁴⁸⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 160. O princípio extrai-se do artigo 8º, § único da Lei de Arbitragem, que dispõe: "Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória". Sobre o princípio, cf., ainda, a lição de CAHALI, José Francisco. *Curso de Arbitragem*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 99: "[pelo princípio da competência-competência] atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato e acrescenta que essa regra é de fundamental importância ao instituto da arbitragem, na medida em que, se ao Judiciário coubesse decidir, em primeiro lugar, sobre a validade da cláusula, a instauração do procedimento arbitral restaria postergado por longo período, e, por vezes, apenas com o intuito protelatório de uma das partes em esquivar-se do cumprimento da convenção". Nesse sentido, cf. Apelação. Contrato de franquia com previsão de convenção de arbitragem (cláusula compromissória). Ação visando declarar nulidade da convenção arbitral, rescindir o contrato de franquia por culpa da ré e reaver valores, além de indenização por danos materiais e morais. Extinção, sem exame de mérito, com base no art. 485, IV, do NCP. Decisão mantida. Embora a convenção de arbitragem não seja matéria cognoscível de ofício, força convir que, diante da instauração da arbitragem, cessa a jurisdição do Estado para analisar o conflito de interesses, inclusive eventual nulidade da cláusula compromissória. Princípio da *kompetenz-kompetenz*. Inteligência do parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem. RECURSO DESPROVIDO". (TJSP, APL nº 1117463-10.2018.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Azuma Nishi, julgamento em 24.7.2019, DJe em 24.7.2019).

dirimidas pelo Juízo Arbitral, já que o contrato firmado entre as partes indica a existência expressa de cláusula de compromisso arbitral”.⁴⁸⁸

Não obstante o posicionamento do STJ e a literalidade do parágrafo segundo do artigo 4º da Lei de Arbitragem, algumas vozes têm se levantado contra a possibilidade de invalidação das cláusulas compromissórias inseridas em contratos de franquia adesivos. Nessa linha, argumenta-se que a intenção do legislador ao impor os requisitos para a validade da cláusula arbitral nos contratos de adesão seria certificar que os contratantes estejam devidamente cientes da escolha da arbitragem como método de resolução de conflitos, já que “em regra, há uma hipossuficiência da parte aderente, seja econômica, seja técnica, em relação à parte proponente do contrato de adesão”.⁴⁸⁹

O posicionamento baseia-se na equivocada premissa de que a regra protetiva ao aderente se vincula à potencial hipossuficiência da parte e que, conseqüentemente, “em uma relação jurídica estabelecida entre empresários, ou mesmo pessoas jurídicas, tem-se que uma equiparação na capacidade de avaliar o contrato, seus riscos, vantagens e desvantagens, de modo que se presume não haver qualquer hipossuficiência nesta relação”. Assim, permite-se a também equivocada conclusão de que em contratos celebrados entre pessoas empresárias, como nos contratos de franquia, “a regra e a presunção devem ser no sentido da validade da cláusula arbitral inserta nesse contrato de adesão, não incidindo, pois, a regra especialmente protetiva da LArb art. 4º, §2º”.⁴⁹⁰

Em verdade, mais adequada se mostra a compreensão de que a regra protetiva não adota como premissa a hipossuficiência das partes, mas, como cediço, a adesividade do contrato. Como se explicou ao longo deste trabalho, trata-se (a adesividade) de fator vulnerante aferível no próprio programa contratual *in concreto*, sendo irrelevante para sua constatação eventual hipossuficiência da parte aderente. A tutela do aderente justifica-se pela redução de seu poder negocial, na medida em que não pôde influenciar na formulação do conteúdo do contrato. Assim, protege-se o aderente por ser aderente, não por ser hipossuficiente.

⁴⁸⁸ TJSP, APL nº 1017961-98.2018.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Grava Brazil, julgamento em 27.08.2019, DJe em 29.08.2019, pp. 1321-1322.

⁴⁸⁹ MARCOS, João Paulo Duenhas. Comentário ao REsp 1.602.076/SP. In. *Revista de Arbitragem e Mediação – RArb*, v. 52, a. 14, jan-mar/2017, p. 438.

⁴⁹⁰ MARCOS, João Paulo Duenhas. Comentário ao REsp 1.602.076/SP. In. *Revista de Arbitragem e Mediação – RArb*, v. 52, a. 14, jan-mar/2017, p. 439.

Dessa forma, vez que a Lei de Arbitragem não restringiu a proteção aos aderentes hipossuficientes, ao intérprete cabe apenas indagar se a cláusula compromissória firmou-se por técnica adesiva. Em caso afirmativo, a tutela prevista para o aderente será atribuída ao franqueado. Em hipótese negativa, afasta-se a regra protetiva, não pelo argumento de o franqueado não ser hipossuficiente – o que nem deve ser objeto de discussão –, mas pelo fato de não ser aderente.

Quanto à mitigação do princípio da competência-competência, o posicionamento do STJ mostra-se coerente com a doutrina, que permite ao juiz “declarar a invalidade da convenção arbitral quando o vício for reconhecível *prima facie*, ou seja, de pronto, sem necessidade de maior exame”.⁴⁹¹ A violação ao preceito do artigo 4, §2º da Lei de Arbitragem revela-se, sem maiores dúvidas, um vício aparente, a permitir a atuação imediata do juízo estatal. Violaria a celeridade e a economia processual a determinação de que as partes litigassem perante juízo arbitral diante de violação tão flagrante ao dispositivo da Lei.

No âmbito de contratos de franquia celebrados adesivamente, se observados os mandamentos formais da Lei de Arbitragem, o Poder Judiciário deve se mostrar deferente ao princípio da competência-competência, conforme tem decidido os Tribunais locais:

Agravo de instrumento. Processual civil. Ação indenizatória. Contrato de franquia por adesão. Cláusula compromissória. Decisão recorrida que rejeita a preliminar invocada pela agravante. Inaplicabilidade do CDC. Conhecimento prévio e informado acerca da aludida cláusula, firmada pela agravada e redigida em negrito. Validade. Lei 9307/96 que positivou a regra da *kompetenz-kompetenz*, pelo qual o árbitro é o juiz de fato e de direito da causa submetida a arbitragem, devendo decidir com primazia sobre o poder judiciário as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Precedentes do STJ. Decisão que clama por reforma para extinguir o feito principal sem análise do mérito na forma do artigo 485, VII do CPC. Provimento do recurso.⁴⁹²

⁴⁹¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 162.

⁴⁹² TJRJ, AI nº 0040381-21.2018.8.19.0000, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Myriam Medeiros da Fonseca Costa, julgamento 31.10.2018, DJe em 4.11.2018. No mesmo sentido, v. também: “Anulação da avença, em cúmulo sucessivo com repetição de indébito e responsabilidade civil por danos materiais e morais. Interlocutória que não acolheu alegação de existência de convenção de arbitragem, na modalidade de cláusula compromissória, e indeferiu o requerimento de 02 (duas) das rés, pela extinção do feito, sem resolução do mérito, na forma do art. 485, vii, do código de processo civil. Irresignação. Requisitos da cláusula compromissória (art. 4º, § 2º, da Lei Federal nº 9.307/1996). Contrato de franquia celebrado, unicamente, entre o 1º autor e agravado (franqueado) e a 1ª ré e agravante (franqueadora). Natureza de

Não basta, portanto, para a validade da cláusula promissória o argumento de que o contrato de franquia fora celebrado por empresários. Repita-se: em caso de contrato de franquia adesivo, deve-se observar o preenchimento dos requisitos expressamente previstos na Lei de Arbitragem, desimportando a qualificação dos contratantes como empresários, tal como observado no item 1.3, *supra*.⁴⁹³

Por fim, observa-se que o fato de a nova Lei da Franquia ter reconhecido em seu artigo 7, §1º que “as partes poderão eleger juízo arbitral para solução de controvérsias relacionadas ao contrato de franquia” não revoga, em absoluto, a regra protetiva da Lei de Arbitragem dirigida aos contratos de adesão. Assim, se o contrato de franquia for celebrado pela técnica adesiva, mantém-se a necessidade de o franqueado-aderente concordar expressamente com a cláusula compromissória, tal como determina a Lei.

3.3.3 A redução da cláusula penal no contrato de franquia

Muito recorrente nos contratos de franquia se mostra a previsão de cláusulas penais. Por meio do ajuste, franqueador e franqueado estipulam multas em face do contratante que descumpre suas obrigações relativa ou absolutamente.⁴⁹⁴ No mais das

contrato de adesão. Cláusula compromissória, estipulada por escrito, em documento anexo (termo), que contou com a concordância expressa do franqueado. Convenção de arbitragem que afasta a jurisdição estatal. Eventual nulidade da cláusula compromissória que deve ser decidida pelo árbitro. Observância Do Princípio Kompetenz-Kompetenz (art. 8º, parágrafo único, da lei federal n.º 9.307/1996)”. (TJRJ, AI nº 0006206-35.2017.8.19.0001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Campista Guarino, julgamento em 17.7.2019, DJE em 18.7.2019); TJRJ, AI nº 0010204-74.2018.8.19.0000, 25ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto, julgamento em 11.04.2018, DJE em 13.4.2018.

⁴⁹³ Em sentido contrário, negando a existência de qualquer vulnerabilidade entre contratantes empresários, e declarando a validade de cláusula compromissória cita-se Acórdão proferido pelo TJSP: ação de rescisão contratual c/c indenização por danos materiais e morais. Contrato de franquia. Existência de cláusula compromissória de arbitragem. Extinção do feito, sem julgamento do mérito. Art. 485, VII, NCPC. Manutenção. Validade da cláusula compromissória. Relação entre empresários. Ausência de vulnerabilidade entre os contratantes. Cláusula clara e bem redigida. Apelação do autor não provida. (TJSP, APL nº 1000284-40.2018.8.26.0590, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, julgamento em 8.5.2019, DJE em 9.5.2019). V., ainda, ação indenizatória. Contrato de franquia. Existência de cláusula compromissória de arbitragem. Extinção do feito, sem julgamento do mérito. Art. 485, VII, NCPC. Manutenção. Validade da cláusula compromissória. Relação entre empresários. Ausência de vulnerabilidade entre os contratantes. Cláusula clara e bem redigida. Apelação dos autores não provida. (TJSP, APL nº 1106272-36.2016.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, julgamento em 8.5.2019, DJE em 9.5.2019).

⁴⁹⁴ Segundo a tradicional doutrina de BEVILAQUA, Clóvis, configura a cláusula penal “um pacto acessório, em que se estipulam penas ou multas, contra aquele que deixar de cumprir o ato ou fato a que se obrigou, ou apenas a retardar”. (BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. IV, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958, p. 52). Sobre o tema, v., ainda: DE MENDONÇA, J. X. Carvalho, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. IV, 1ª parte, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, 6ª ed., pp. 361 e ss.

vezes, a cobrança dos valores relativos à pena contratual ocorre no bojo das demandas resolutórias propostas pela parte vítima do inadimplemento.

A origem romanística do instituto levou a doutrina tradicional ao reconhecimento de que a cláusula exerceria, ao lado da função ressarcitória, papel eminentemente punitivo, configurando pena pelo inadimplemento.⁴⁹⁵ Contemporaneamente, contudo, o Professor Pinto Monteiro defende a existência de duas funções apartadas de que se podem revestir as cláusulas penais, rejeitando, assim, a combinação de papéis.⁴⁹⁶ De acordo com o doutrinador, a cláusula penal pode exercer: *i)* função de pré-liquidação de perdas e danos *ou ii)* função coercitiva ou compulsória.⁴⁹⁷ Esta última – explica o jurista – não se confunde com uma índole punitiva que já se atribuíra ao instituto, tendo em vista que a cláusula penal não busca impor um castigo ao devedor, mas sim compeli-lo ao adimplemento.⁴⁹⁸

Tradicionalmente – e de acordo com a tipologia trazida pelo Código Civil brasileiro –, as cláusulas penais se dividem em duas espécies: *i)* compensatória ou *ii)* moratória. Muito embora, na prática, a distinção entre as duas possa se mostrar tortuosa, é com certa tranquilidade que a doutrina aponta que a primeira se refere à hipótese de inadimplemento absoluto, enquanto que a segunda vincula-se ao inadimplemento relativo.⁴⁹⁹ Nesse sentido, a doutrina especializada afirma que “a delimitação da espécie de cláusula penal ajustada pelas partes requer a avaliação da medida em que o

⁴⁹⁵ Nesse sentido, cf. a lição de VARELA, Antunes: “a cláusula penal extravasa, quando assim seja, do prosaico pensamento da reparação ou retribuição que anima o instituto da responsabilidade civil, para se aproximar da zona cominatória, repressiva ou punitiva, onde pontifica o direito criminal.” (VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2000, v. II, p. 140).

⁴⁹⁶ Assim, em rejeição à tese da dupla função, afirma-se que a cláusula penal ou bem servirá à liquidação antecipada do dano ou bem atuará com o escopo de compelir o devedor ao cumprimento. Nesse sentido, cf. a lição de PINTO MONTEIRO, Antônio: “Trata-se de conceitos opostos, impossíveis de combinar e de fazer convergir num *tertius genus*, que seria a indenização sancionatória”. (Antônio Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 650).

⁴⁹⁷ “há duas funções que ela está especialmente apta a desempenhar: a função indenizatória e a função compulsória”. (PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004, p. 168).

⁴⁹⁸ MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 647.

⁴⁹⁹ “É fácil deduzir se a cláusula penal foi estipulada em razão da inexecução ou da mora do devedor. De fato, quando a pena, cujo montante é igual, por maioria de razão, quando superior ao valor do principal, terá quase sempre sido estipulada em razão da inexecução; se a taxa é mínima em relação à obrigação principal, certamente tê-lo-á sido em razão da simples mora do credor”. (CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XI, 9ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 315).

inadimplemento a que se vincula a multa afeta o atingimento do programa obrigacional conforme delineado pelas partes”.⁵⁰⁰

É dizer: se a cláusula estiver atrelada a inadimplemento que gere a extinção do vínculo obrigacional em razão da frustração do interesse do credor ou da impossibilidade de cumprimento da prestação – inadimplemento absoluto –, estar-se-á diante de cláusula penal compensatória. De outro giro, se a cláusula penal se vincular a inadimplemento relativo (mora), que mantém hígido o vínculo obrigacional, deverá ser qualificada como moratória.⁵⁰¹

A doutrina majoritária aparta, a partir da análise funcional, as duas categorias de cláusula penal previstas pelo legislador. Nessa linha, tem-se que a cláusula penal compensatória usualmente exerce função de *pré-fixação das perdas e danos*.⁵⁰² De outro turno, pode-se dizer que a cláusula penal moratória exerce, no comum dos casos, função *coercitiva*.

Nesse sentido, a lição de Gustavo Tepedino a respeito da cláusula penal compensatória: “ao contrário da cláusula penal moratória, destinada a reforçar a possibilidade do cumprimento da obrigação, sua finalidade [da cláusula compensatória] é a de facilitar o credor com a pré-liquidação das perdas e danos (...) há que se apartar a natureza jurídica da cláusula penal moratória ou *stricto sensu*, com função coercitiva,

⁵⁰⁰ ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional*, dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2014, p. 157.

⁵⁰¹ A distinção entre mora e inadimplemento absoluto é trazida na clássica lição de ALVIM, Agostinho: “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber. Haverá mora no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo ou na forma convencionados, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento”. (ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980, 3ª ed., p. 7).

⁵⁰² “Sua função é pré-liquidar danos. Insiste-se em considerá-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal é accidental. A melhor prova de que não atua essencialmente como arma coercitiva é que, por vezes, sua função é diminuir o montante da indenização que seria devida numa liquidação de perdas e danos conforme as regras comuns que a presidem. Ademais, o valor estipulado pelas partes para o eventual ressarcimento pode ser reduzido pelo juiz, em algumas situações, e não se permite que exceda o da obrigação principal. Com estas restrições e outras já introduzidas em lei, a cláusula penal amortece o efeito da intimidação que a maioria lhe atribui. É, em verdade, uma convenção sobre perdas e danos”. (Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 159).

predisposta justamente para levar o devedor a satisfazer a obrigação, da cláusula penal compensatória, cuja finalidade é simplesmente indenizar pelo dano já sofrido”.⁵⁰³

Dessa maneira, a cobrança da cláusula penal compensatória tem lugar quando se tornar impossível a execução da obrigação ou quando o cumprimento desta se revelar inútil para satisfazer os interesses do credor. Torna-se, portanto, uma *alternativa* a benefício do credor, que, diante do inadimplemento absoluto, poderá exigir a multa pré-fixada na convenção penal ou, se preferir, cobrar reparação pelo prejuízo que deverá provar ter sofrido. Justamente por exercer a função de prefixação de perdas e danos, a execução da cláusula penal compensatória não poderá ser cumulada com pedido indenizatório genérico,⁵⁰⁴ sob pena de gerar enriquecimento sem causa do credor, que seria duplamente indenizado.⁵⁰⁵

A pena compensatória, assim, atua como mecanismo de gestão de riscos do contrato, uma vez que previne discussões acerca das consequências econômicas do inadimplemento absoluto. Isto é, ao preferir se valer da cláusula penal, o contratante prejudicado pelo incumprimento da obrigação abre mão de cobrar indenização pelas perdas e danos,⁵⁰⁶ razão pela qual a pena consiste em faculdade a benefício do credor, nos termos do artigo 410 do Código Civil.⁵⁰⁷ O que não se admite, contudo, é o pleito

⁵⁰³ TEPEDINO, Gustavo. Notas Sobre A Cláusula Penal Compensatória, *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, p. 2.

⁵⁰⁴ “A solução fina com a lógica e justiça: se o credor reclama o cumprimento da cláusula compensatória, ficou indenizado suficientemente, recebeu o todo o devido. E se recebeu todo o devido, não há, evidentemente, perdas e danos para reclamados. A exigência simultânea da obrigação e das perdas e danos pelo descumprimento da obrigação vulneraria não só os cânones da lógica, como as imposições de justiça: representaria excesso intolerável” (NONATO, Orosimbo, Curso de Obrigações, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 371).

⁵⁰⁵ Nesse sentido é a lição de Gustavo Tepedino: “se há cláusula penal compensatória, não há perdas e danos. Pagando a multa o devedor exonera-se das perdas e danos.” (TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da Crise Econômica na Execução dos Contratos, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 4ª ed., p. 105). Cf. também a lição de BEVILÁQUA, Clovis: “Em compensação, embora o prejuízo sofrido exceda ao montante da pena, nada mais poderá reclamar o credor, pois somente a si mesmo deve imputar ter mal calculado ou mal previsto os factos contra os quais, aliás, entendeu se premunir, estipulando a cláusula penal” *Direito das Obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1931, 3ª ed., p. 79).

⁵⁰⁶ “Chamados cláusula de fixação antecipada do montante da indemnização àquela em que as partes, ao estipulá-la, visam, tão-só, liquidar antecipadamente, de modo *ne varietur*, o dano futuro. Pretendem as partes, desta forma, evitar os litígios, as despesas e demoras que uma avaliação judicial da indemnização sempre acarretará, à qual é inerente, por outro lado, uma certa álea. Ao mesmo tempo que o credor se furta ao encargo de ter de provar a extensão do prejuízo efetivo, o devedor previne-se quanto a uma indemnização avultada, superior às suas expectativas” (PINTO MONTEIRO, António. Cláusula Penal e Indemnização. PINTO MONTEIRO, António. Cláusula Penal e Indenização. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 602-603).

⁵⁰⁷ Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

cumulativo do credor visando ao pagamento da multa e, ainda, da indenização por perdas e danos.

De outro turno, a cláusula penal moratória vincula-se às hipóteses em que ainda haverá interesse útil do credor no cumprimento da obrigação. Assim, a referida espécie penal “não exclui o cumprimento – espontâneo ou forçado – da obrigação principal”.⁵⁰⁸ Por tal razão, o artigo 411 do Código Civil permite ao credor exigir, cumulativamente, o pagamento da multa convencional concomitantemente com a execução da obrigação principal, justamente porque a cláusula penal moratória, a princípio, exerceria função, senão punitiva,⁵⁰⁹ ao menos coercitiva, vez que se destinaria apenas a reforçar a possibilidade do cumprimento da obrigação, de modo a compelir o devedor a cumprir a prestação nos exatos termos em que pactuada.

Contudo, tem-se vislumbrado a possibilidade de a cláusula penal moratória exercer dupla função, diferentemente da compensatória, que, justamente por se ligar à hipótese de inadimplemento absoluto – isto é, quando se tornar impossível a prestação ou não subsistir interesse útil do credor – assume função precípua de pré-fixação de perdas e danos. A pena moratória, ao revés, poderá desempenhar tanto o papel de prefixar perdas e danos quanto função coercitiva.⁵¹⁰

Isso porque, é de se notar, da mora também podem advir perdas e danos, que serão pré-liquidados pela convenção penal. Assim, da multa moratória se poderá extrair *in concreto* a função de pré-liquidação dos danos decorrentes da mora. Em suma, o credor, prejudicado pela mora do devedor, terá a faculdade de indenizar-se dos prejuízos

⁵⁰⁸ Gustavo Tepedino, *Efeitos da Crise Econômica na Execução dos Contratos*, cit., p.105. Ver, no mesmo sentido, TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Código Civil Comentado. Cit., p. 396.

⁵⁰⁹ Atribuindo caráter punitivo ao instituto, cf. lição de GOMES, Orlando. “Há que se distinguir a cláusula compensatória da cláusula moratória, entendendo-se que é da segunda espécie quando visa a punir o retardamento na execução ou o inadimplemento de determinada obrigação. Neste caso, o pedido do credor pode ser cumulativo”. (GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 17ª ed., p. 191). ”.

⁵¹⁰ “Aludidas perspectivas, embora aparentemente contraditórias revelam, ao revés, que a cláusula penal moratória pode assumir, de acordo com o panorama delineado pelas partes, distintas funções. Observa-se, na prática, que a multa moratória pode se referir ao ressarcimento de danos, quando, por exemplo, se consubstancia em prestação a ser oferecida por terceiros (que nenhum efeito coercitivo exerce no devedor) ou a prestação seja evidentemente destinada a suprir os prejuízos decorrentes da mora (...) Por outro lado, a cláusula penal moratória assume vertente puramente coercitiva nos casos em que sua estipulação revela a intenção das partes de impor sanções ao devedor moroso para estimulá-lo a efetuar a prestação, como nos casos em que os percentuais ajustados se afiguram móveis e crescentes, ou se provisiona multa diária”. (ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Cláusulas penais: critérios de distinção na perspectiva civil-constitucional*, dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2014, pp. 112-113).

dela decorrentes sem a necessidade da quantificação detalhada das perdas e danos advindos do inadimplemento relativo. Vale-se, nesse ponto, da mesma consideração feita a respeito da cláusula penal compensatória: uma vez exercida a função da pré-liquidação dos danos, não poderá o credor a quem beneficia a cláusula (mesmo que moratória) exigir indenização suplementar, sob pena de lhe gerar enriquecimento sem causa.

Realizado o breve (porém necessário) incursu teórico na dogmática das penas convencionais, cumpre investigar se e de que maneira o juízo de vulnerabilidade poderá influenciar a interpretação-aplicação de um especial mecanismo de intervenção, qual seja: *a redução equitativa da cláusula penal*, prevista no artigo 413 do Código Civil, que dispõe: “a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

O expresso apelo da Lei à *equidade* vai ao encontro do que se tem estudado ao longo deste trabalho: a necessidade de se averiguar *in concreto* a incidência de fatores vulnerantes que autorizem o intérprete a intervir no conteúdo do contrato.⁵¹¹ Em nenhum outro mecanismo interventivo tal imperativo foi deixado tão às claras pelo legislador. Veja-se: o raciocínio é autorizado pela própria literalidade do artigo (!), que se vale do advérbio de modo “equitativamente”, a significar um mecanismo de “correção da lei em atenção às particularidades do caso concreto em tudo que a lei se revele insuficiente em seu caráter universal, então se apresentando como moderação do direito estrito em consideração às circunstâncias particulares”.⁵¹²

O dispositivo legal traz uma duplicidade de fundamentos de redução da multa, regidas pelo princípio da equidade:⁵¹³ i) redução em razão do cumprimento parcial da obrigação e ii) redução em razão da excessividade manifesta da multa convencional,

⁵¹¹ Como nota PINTO MONTEIRO, Antônio: “a cláusula penal é fruto da liberdade contratual; a sua raiz é a autonomia privada e, todavia, a autonomia privada, como sabemos hoje, tem limites vários, por razões várias. Por razões de proteção do contraente débil, por razões de solidariedade social, por razões de justiça material, há os limites da boa-fé, da ordem pública, dos bons costumes, da proibição do abuso do direito”. (PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004, p. 167).

⁵¹² MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 60.

⁵¹³ “A primeira consideração a ser feita é que o art. 413 contém uma *duplicidade* de hipóteses, referindo, porém, *um mesmo critério* – a equidade – para apanhá-las”. (MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 61).

considerando-se a natureza e a finalidade do negócio. Os requisitos para a ativação do mecanismo interventivo por ambos os fundamentos deverão ser interpretados à luz da vulnerabilidade contratual.

Assim, em relação aos contratos de franquia, investiga-se a interação do referido instrumento com cada um dos fatores vulnerantes que incidem nas relações entre franqueado e franqueador, quais sejam: a adesividade e a dependência contratual. Note-se, contudo, que a incidência e a relevância de cada fator na interpretação dos requisitos para a redução equitativa da pena variarão de acordo com o fundamento adotado para a redução e com o polo contratual apenado, conforme se desenvolverá a seguir.⁵¹⁴

Inicia-se a análise com a primeira hipótese de ativação do mecanismo interventivo ora estudado: o cumprimento parcial da obrigação, que adota o fundamento da equidade no sentido de proporcionalidade.⁵¹⁵ Nesta sede, poderia parecer à primeira vista que a vulnerabilidade contratual não exerceria qualquer interferência na análise. Afinal, dir-se-ia, sob um prisma puramente matemático, que a obrigação ou fora parcialmente cumprida – e por essa razão o devedor faria jus à redução equitativa da multa – ou, ao revés, que não teria havido adimplemento parcial, de modo que o contratante faltoso não poderia se beneficiar, ao menos por esse argumento, da redução legal prevista.

Apesar de aparentemente lógico, o raciocínio peca justamente por não descer às minúcias da complexidade de que contemporaneamente se reveste o direito das obrigações. A avaliação do cumprimento parcial da obrigação não se submete a um critério tão somente matemático.⁵¹⁶ A proporcionalidade – diz-se – é *axiológica*, a levar

⁵¹⁴ Para os fins desta análise – ressalta-se – desimporta a natureza da pena (se moratória ou compensatória).

⁵¹⁵ “Portanto, a redução proporcional da pena, no caso de ter havido incumprimento parcial, fundava-se, ainda, na vontade das partes. Ora, essa posição era a do Código Civil brasileiro anterior, assim como foi a do Código Português antigo, de 1867, e como foi em França, até 1975, ou seja, a cláusula penal não era suscetível de ser revista, a pena não era suscetível de ser reduzida, salvo no caso de ter havido cumprimento parcial, caso em que haveria redução proporcional”. (PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004, p. 173).

⁵¹⁶ Em crítica ao juízo de proporcionalidade em descompasso com o juízo de razoabilidade, cf.: “Quando um pouco apressadamente se critica a jurisprudência dos Tribunais Superiores, afirmando que aquilo que é proporcional nem sempre é razoável, ou se evocam aspectos exclusivamente estruturais, sem dar a devida atenção às funções de tais noções, ou, ainda, se recorre ao sentido vulgar de ambas as expressões (é proporcional a lei de talião, ainda que não seja razoável), ignora-se que aquilo que é proporcional, em termos exclusivamente matemáticos, se afigura contrário aos valores do ordenamento, e é portanto antijurídico”. (TEPEDINO, Gustavo. La ragionevolezza nell’esperienza brasiliana. *Rassegna di diritto*

em conta “a importância, maior ou menor, do que foi prestado, à vista do efetivo interesse denotado pela concreta economia contratual, a tipicidade do negócio e a utilidade para o credor da prestação em parte cumprida, bem como da função econômico-social do negócio, considerada ainda a peculiar racionalidade do agente econômico e a busca eficiente de eficiência do sistema que carece de coerência e de previsibilidade”.⁵¹⁷

Há dois requisitos para que a redução proporcional da primeira parte do artigo 413 seja possível: *i)* o fato de a obrigação poder ser cumprida em partes; *ii)* a efetiva satisfação (ainda que parcial) do interesse do credor considerando-se o sinalagma contratual. Por evidente, não há de se falar na influência da vulnerabilidade contratual em relação ao primeiro requisito. Trata-se de critério a ser verificado à revelia da análise da dinâmica contratual e dos fatores vulnerantes incidentes na posição ocupada por cada uma das partes.

Na verificação do segundo requisito, no entanto, o intérprete não poderá se furtar de observar a ingerência da vulnerabilidade contratual. O raciocínio é análogo ao desenvolvido a respeito da (in)utilidade da prestação (v. item 3.1.1, *supra*). Por coerência, torna-se imperioso o reconhecimento de que também nesse ponto o juízo de vulnerabilidade vai influenciar a avaliação da utilidade ou não do cumprimento parcial para o credor. Ao se admitir que nem todo cumprimento parcelado poderá gerar o abatimento da pena – adotando-se como critério o interesse útil do credor –, infere-se que a satisfação de tal interesse deve ser medida pelo intérprete à luz do juízo de vulnerabilidade.

Dessa maneira, a vulnerabilidade contratual será de grande valia ao intérprete para averiguar *in concreto* se determinado cumprimento parcial pode ou não ser caracterizado como suficiente a reduzir a pena aplicada. O advento de vulnerabilidade na posição contratual apenas permitirá ao julgador se aproximar da solução pela

civile, v. 2, 2017, p. 660 – tradução livre). No original: “Quando un po’ frettolosamente si critica la giurisprudenza dei Tribunali Superiori, affermando che quel che è proporzionale non sempre è ragionevole, ovvero si evocano aspetti esclusivamente strutturali, senza porre la dovuta attenzione alla funzione di tali nozioni; o, ancora, si ricorre al senso volgare di entrambe le espressioni (è proporzionale la legge del taglione, sebbene non sia ragionevole), si ignora che ciò che è proporzionale, in termini esclusivamente matematici, appare contrario ai valori dell’ordinamento, ed è pertanto antigiusdittico”.

⁵¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In. *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 62.

redução da multa. De outro turno, a não-incidência de fatores vulnerantes no polo apenado dificultará a interferência no valor previsto no ajuste.

Avalia-se, então, de que maneira cada fator vulnerante se relaciona com a redução da multa fundada no cumprimento parcial da obrigação nos contratos de franquia, levando-se em consideração o polo contratual ao qual se dirige a aplicação da pena, isto é, se ao franqueado ou ao franqueador.

Em primeiro lugar, na hipótese em que a multa é aplicada ao franqueado inadimplente que busca reduzi-la sob o argumento de que teria cumprido parcialmente a obrigação, o intérprete deverá – neste aspecto da avaliação da proporcionalidade da multa convencional sob a ótica da vulnerabilidade contratual – verificar se houve a possibilidade de o franqueado influenciar na formação do conteúdo do contrato ou, ao menos, na estipulação do valor da pena. Não tendo havido, estar-se-á diante de um contrato de franquia adesivo, no qual se verifica a incidência do fator vulnerante *impossibilidade de o franqueado influenciar na formação do conteúdo do contrato*.⁵¹⁸

Assim, em um contrato de franquia em que a cláusula penal fora unilateralmente estabelecida pelo franqueador, não pode passar como irrelevante o fato de o franqueado não ter podido influir na determinação do valor da multa. Ao avaliar o preenchimento do requisito *satisfação do interesse útil do credor*, deverá o intérprete, por essa razão, inclinar sua interpretação a respeito do parcial cumprimento pelo franqueado na direção apta a promover a redução da pena. Em outras palavras, o julgador deverá olhar com maior deferência o pleito de redução do franqueado e com maior rigor eventual argumento defensivo do franqueador no sentido de que seu interesse útil não fora satisfeito pelo cumprimento parcial da obrigação pelo franqueado a fim de obstar a redução da pena aplicada.

Em pleito reconvenicional julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Corte reduziu equitativamente a multa cobrada da franqueada de uma rede de comércio de móveis pelo fundamento de que houve cumprimento parcial, já que o contrato fora celebrado pelo prazo de 4 anos e cumprido pelos primeiros dois. Assim,

⁵¹⁸ A incidência do fator vulnerante, ressalte-se, deve ser averiguada *in concreto*. Isso porque, conforme já explicado, nem todo (o) contrato de franquia será adesivo. Isto é, haverá casos em que o contrato de franquia será celebrado em condições paritárias de negociabilidade e, ainda, casos em que, apesar de ter sido em maior parte celebrado adesivamente, o aspecto em que incide a cláusula penal – ou ela própria – foram objeto de negociação pelos contratantes.

decidiu o colegiado que a multa deveria ser reduzida à metade, isto é, de R\$ 50.000,00 para R\$ 25.000,00.⁵¹⁹⁻⁵²⁰ Na hipótese não foi suscitado o argumento de que o cumprimento parcial não teria satisfeito o credor. Caso houvesse, a vulnerabilidade contratual poderia servir de vetor interpretativo para que os magistrados permitissem a conclusão de que o cumprimento parcial fora o suficiente para que o franqueador visse seu direito atendido, ainda que em parte.

Nesses casos – em que a multa é aplicada ao franqueado inadimplente que busca reduzi-la pelo fundamento do cumprimento parcial – a dependência contratual, outro fator vulnerante que incide nas relações entre franqueador e franqueado, não se mostrará relevante para fins de redução da pena. Isso porque caso a multa se refira à obrigação para cujo cumprimento total e satisfativo o franqueado dependesse do franqueador, estar-se-á diante de uma das seguintes hipóteses: ou *i)* o franqueador deixou de cooperar, o que ocasionou o inadimplemento por parte do franqueado ou *ii)* o franqueador cooperou devidamente e o franqueado inadimpliu por fato atribuível a si próprio.

No primeiro caso, em verdade, a incidência desse fator vulnerante no aspecto obrigacional concreto poderá acabar por impedir *tout court* a ativação da cláusula penal.

⁵¹⁹ Franquia. Venda de móveis. Ação de rescisão contratual. Alegação dos franqueados de que a ré, franqueadora, teria cometido sonegação fiscal e descumprido obrigações contratuais. Violações não comprovadas. Sonegação fiscal que teria sido supostamente cometida pela fabricante do mobiliário e não pela franqueadora. Ainda que irregularidade fiscal tenha sido cometida, o que se admite por hipótese, o comportamento adotado pelos autores na execução do contrato, por dois anos, foi condescendente com o ato ilícito por eles alegado. Não há qualquer prova nos autos de que a suposta falta tenha sido comunicada à franqueadora que, assim, não pôde adotar eventualmente medidas cabíveis e continuaram os autores a requisitar mobiliário do mesmo fabricante, sem que a franqueadora, neste tocante, tivesse atuado. Este comportamento indica *surrectio* e não poderiam os autores, agora, decorridos dois anos do contrato, apresentar como causa do rompimento do negócio jurídico a suposta sonegação fiscal. Rompimento antecipado do contrato de franquia sem justa causa. Franqueados que devem ser condenados ao pagamento proporcional da multa prevista no contrato, reduzida pela metade com fundamento no art. 413 do CCP. Ação improcedente e reconvenção parcialmente procedente. Recurso parcialmente provido. (TJSP, APL nº 4002375-57.2013.8.26.0451, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Alexandre Marcondes, julgamento em 25.6.2019, DJe em 25.6.2019).

⁵²⁰ Em outro caso, o TJSP também reduziu a pena em razão de cumprimento parcial: “Considerando-se que o contrato de franquia foi firmado em 14 de novembro de 2013 com vigência até 18 de novembro de 2018, e que a intenção de encerramento e rescisão do contrato externou-se em 30 de maio de 2015 (fl. 126), um ano e seis meses depois do início das atividades, restando ainda 42 meses para seu término, é de se ver que a cláusula 12.5 (fl. 66) que estipula multa de 2 (duas) vezes a taxa de franquia (R\$ 25.000,00) se mostra desproporcional e excessiva, devendo ser mitigada. Assim, o valor de R\$ 25.000,00 que corresponde a taxa de franquia contratual, mostra-se razoável para o caso concreto, afastando-se a incidência da taxa dobrada”. (TJSP, APL nº 1105781-63.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, julgamento em 6.2.2019, DJe em 6.2.2019).

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afastando a incidência da pena convencional:

todavia, no caso em exame, o que se verifica é que ao longo de um ano a unidade franqueada sequer chegou a ser implantada, de forma que incidência da cláusula 26ª do contrato, no caso da rescisão se torna totalmente abusiva e desproporcional, evidenciada, ainda, a *existência de culpa da franqueadora* no tocante à implantação da unidade franqueada. (...) Neste diapasão, a defesa e documentos juntados pela franqueadora, não são capazes de infirmar ou afastar as alegações da exordial, evidenciando-se assim, não só as dificuldades dos franqueados na implantação da unidade franqueada como também a falha da franqueadora na assistência aos franqueados. (...) Portanto, o direito perseguido pela franqueada, no tocante à rescisão do contrato e inaplicabilidade da cláusula 26ª deve ser reconhecido.⁵²¹

Já no segundo caso, a incidência do fator vulnerante não poderá servir de argumento para a redução da multa, tendo em vista que o franqueador cumpriu com o seu dever de assistência. Desse modo, ainda que haja dependência contratual, o franqueado não poderá se furtar, à luz desse fator, do pagamento da multa avençada. Já no segundo caso, faltarão à cláusula penal o principal pressuposto para sua incidência: o inadimplemento do franqueado, afastado em razão do verdadeiro estrangulamento econômico de que é vítima. Assim, a multa não deverá ser de todo aplicada, uma vez que não houve inadimplemento do franqueado, mas sim do franqueador, que deixou de cooperar de forma satisfativa para que o franqueado pudesse cumprir com a sua parte do acordo.

Tome-se como exemplo o caso de um franqueado-aderente que, por má gestão de sua franquia, acabe por encerrar as atividades da loja em momento anterior ao termo do contrato. Diante da situação, o franqueador aplica-lhe a multa compensatória no

⁵²¹ Recurso da Franqueada – Apelantes que não são beneficiárias da gratuidade de justiça – Insuficiência do preparo – Determinação para recolhimento da complementação do preparo, sob pena de deserção – Prazo transcorrido in albis – Recurso declarado deserto – Recurso não conhecido. RECURSO – Franquia "CASA X" – 1. Inaplicabilidade Do CDC – Franqueado e franqueador que são empresários, presumindo-se tenham conhecimento da ética empresarial que o consumidor protegido pela Lei nº 8.078/90 não possui – Inexistência de hipossuficiência em contratos assinados entre empresários – 2. DISTRATO – hipótese em que o negócio firmado entre as partes sequer chegou a ser implementado – Existência de dúvidas quanto à própria viabilidade do negócio – Pedido de distrato da franqueada – Ocorrência de diversas dificuldades enfrentadas pelas partes para se encontrar um ponto comercial que se adequasse às exigências, prazos e estimativa de valores da franqueadora – Laudo pericial – Índícios apontados de dificuldades de implantação da unidade franqueada – Prazo concedido à nova franqueada em dobro daquele concedido à apelada – Cláusula penal afastada – Mitigação do princípio do pacta sunt servanda – Cláusula que dispõe sobre a retenção da taxa de franquia – Abusividade caracterizada – Recurso improvido. Dispositivo: não conheceram o recurso da franqueada e negaram provimento ao recurso da franqueadora. (TJSP, APL nº 1004621-97.2017.8.26.0011, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, julgamento em 24.6.2019, DJe em 25.6.2019).

valor de duzentos mil reais. Diga-se que o franqueado, apesar de não ter cumprido os cinco anos previstos no contrato, exerceu diligentemente seus deveres durante quatro anos.

Tendo em vista o cumprimento parcial, caberá ao julgador reduzir a multa equitativamente, tomando por conta, sobretudo, o fato de que o franqueado não pôde influenciar na determinação de seu valor quando da celebração do contrato. De outro modo, ainda nesse exemplo, eventual dependência contratual do franqueado em nada poderá influenciar no controle do valor da multa, já que, apesar de dependente, não restou configurada nenhuma falta do franqueador.

Por evidente, a vulnerabilidade contratual não configura o fundamento para a redução da pena, função exercida pelo cumprimento parcial da obrigação – hipótese prevista na primeira parte do artigo 413 do Código Civil. A vulnerabilidade, como se tem frisado à exaustão, atuará como vetor interpretativo, a contribuir para o intérprete no dever de fundamentação que lhe é imposto pelo ordenamento.⁵²²

Conclui-se, assim, a análise da interação que os fatores vulnerantes terão nos casos em que o franqueado inadimplente busca a redução da cláusula penal ao argumento de que teria cumprido parcialmente a obrigação. Passo adiante, examina-se a influência de tais fatores na hipótese na qual a multa é aplicada (não já ao franqueado, mas) ao franqueador, que busca reduzi-la pelo mesmo argumento.

Nesse caso, diferentemente do anterior, releva para o juízo de vulnerabilidade o fator vulnerante da dependência contratual. Isso porque, ao buscar a redução da multa, o franqueador deverá comprovar que o cumprimento parcial satisfaz o interesse útil do franqueado. Ocorre que, conforme já assinalado quando do estudo da resolução contratual (v. item 3.1, *supra*), se a obrigação parcialmente cumprida se referir a aspecto da relação em que o franqueado se mostre dependente, a incidência do fator vulnerante facilitará a comprovação, por parte do franqueado, de que seu interesse útil não fora

⁵²² “A exigência de fundamentação das decisões constitui, como se sabe, o principal limite à discricionariedade judicial. A superação do método subsuntivo reforçou a imposição da motivação como instrumento de controle à aplicação do sistema em sua unidade, abertura e mobilidade. Nesse contexto, tal dever não pode se revelar mera ilustração *a posteriori* de decisão já tomada”. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Reflexões Metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. In. *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50).

satisfeito. *Mutatis mutandis*, fica enfraquecido o argumento de que a mera execução parcial foi suficiente para satisfazer (ainda que parcialmente) o franqueado.

Já o fator vulnerante da adesividade contratual não importará a essa análise, considerando-se que nos contratos de franquia adesivos é o próprio franqueador que atua como predisponente, cabendo ao franqueado – este sim, nesta medida, vulnerável – aceitar os termos *in bloclo*.

Retome-se o exemplo da franquia de padaria, em que o franqueador fica encarregado de entregar insumos ao franqueado todos os dias pela manhã. Diga-se que, em vez de entregar os cem quilogramas de farinha acordados, o franqueador entrega apenas trinta. Diante do inadimplemento, o franqueado aplica-lhe multa no valor inicialmente previsto de cinquenta mil reais. Nesse contexto, o franqueador, ao argumento de que cumprira 30% do ajustado, busca ter a pena reduzida.

Nesses casos, o julgador deverá observar se o cumprimento de um percentual da obrigação afigura-se idônea a satisfazer o interesse do franqueado. Considerando-se que, nesse aspecto da relação, o franqueado mostra-se em indubitável dependência perante o franqueador – tendo em vista que, sem a farinha, não consegue executar a sua parte da avença – o intérprete deverá adotar postura mais rigorosa em relação ao pleito do franqueador.

Ou seja, deverá ser mais deferente ao argumento do franqueado no sentido de que o cumprimento parcial não lhe satisfaz, a conduzir à manutenção da multa tal como inicialmente estipulada. Afinal, conforme já ressaltado, a proporcionalidade trazida pelo dispositivo não se limita a um aspecto puramente matemático, devendo o intérprete avaliar, no sinalagma contratual, a efetividade do cumprimento fragmentário da prestação.

Encerra-se, assim, a análise da influência da vulnerabilidade contratual na redução equitativa da cláusula penal em razão do cumprimento parcial da obrigação, primeira hipótese trazida pelo artigo 413 do Código Civil. Passo adiante, examina-se de que maneira o juízo de vulnerabilidade poderá influenciar a segunda hipótese de

redução da pena prevista no dispositivo legal: “se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.⁵²³

Com efeito, o intérprete também deverá considerar a vulnerabilidade contratual como vetor interpretativo aplicável aos pressupostos da medida. Diferentemente do previsto na primeira parte do artigo 413, o mecanismo de redução ora analisado fundamenta-se na equidade tomada não como proporcionalidade, mas como razoabilidade. Nas palavras da doutrina, “trata-se de um juízo de moderação a ser proferido sobre a regra derivada da *lex privata*, isto é, do contrato”.⁵²⁴

A redução com fundamento na razoabilidade volta-se à pena *manifestamente excessiva*, cuja exorbitância seja objetivamente extraível do contexto da contratação.⁵²⁵ Nesse sentido, excessivo é aquilo que salta aos olhos, o que foge à experiência comum, considerando-se a função concreta adotada pela cláusula penal – se a de coagir o devedor ao cumprimento ou a de prefixar perdas e danos. Com efeito, o excesso da

⁵²³ Os antecedentes históricos do dispositivo na civilística internacional são bem demonstrados por PINTO MONTEIRO, Antônio: “(...) o BGB consagrou, no parágrafo 343, a possibilidade de redução de penas quando elas forem manifestamente excessivas ou, de acordo com a lei alemã, quando forem desproporcionalmente elevadas. Foi o primeiro passo que se deu nesse campo. Vieram depois, entre outros, o Código Italiano, em 1942, no art. 1384, o Código das Obrigações suíço, no art. 163,3, e o Código Civil Português de 1966, no artigo 812, permitir, expressamente, a redução de penas quando elas forem manifestamente excessivas; em França, apenas em 1975, no termo de uma querela, muito viva, muito intensa, Vieram depois, entre outros, o Código Italiano, em 1942, no art. 1384, o Código das Obrigações suíço, no art. 163,3, e o Código Civil Português de 1966, no artigo 812, permitir, expressamente, a redução de penas quando elas forem manifestamente excessivas; em França, apenas em 1975, no termo de uma querela, muito viva, muito intensa, veio permitir-se, finalmente, através de uma alteração legislativa ao art. 1152º do Code Civil, a redução da cláusula penal quando ela for manifestamente excessiva, assim como veio, finalmente, também no Brasil, o Código Civil Brasileiro, no artigo 413, estabelecer o mesmo princípio: A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Esta é a novidade que o artigo 413 do novo Código Civil introduz no Direito Brasileiro, pelo menos a nível de Código Civil, evidentemente. E é uma novidade que vem no bom caminho, de acordo com outros passos dados, como já vos disse, na Alemanha, em 1896, em França, em 1975, em Portugal em 1966, em Itália em 1942 etc”. (PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004, pp. 173-174).

⁵²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A dupla face do princípio da equidade na redução da cláusula penal. In: *Direito Civil e Processo: estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 65.

⁵²⁵ Para apurarmos se ela é manifestamente excessiva, temos que atender a vários fatores, a várias circunstâncias, às particularidades do caso concreto, ao interesse das partes, à natureza do contrato, à finalidade da pena, se é uma cláusula penal indenizatória, se é uma cláusula penal compulsória, à boa ou má-fé das partes, ao grau de culpa do devedor etc. Aliás, também aqui o vosso 413 foi feliz, quando disse, na parte final: ...tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio - tendo em vista a natureza do negócio, tendo em vista a finalidade do negócio, a finalidade da pena, o grau de culpa das partes etc. Há, aqui, uma série de fatores a ter em consideração para apurar se a pena é ou não manifestamente excessiva, e qual é o critério que deve nortear o juiz nessa redução”. (PINTO MONTEIRO, Antônio. Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 26, 2004, pp. 176-177).

multa deverá ser averiguado a partir de parâmetros distintos a depender da função exercida pela cláusula penal.⁵²⁶

Nesse sentido, em hipótese de cláusula penal compensatória aplicada em face de franqueada inadimplente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo promoveu a redução valendo-se do parâmetro do valor que, na ausência de multa convencional, seria efetivamente devido à franqueadora a título de perdas e danos. Constatando que a multa equivaleria ao dobro do dano, a Corte utilizou a prerrogativa do artigo 413 para minorá-la.⁵²⁷

Assim, parâmetros como o valor da taxa de franquia,⁵²⁸ o investimento inicial do franqueado e o valor dos *royalties* poderão ser adotados pelo intérprete a fim de

⁵²⁶ Nesse sentido, v. CONTRATO DE FRANQUIA – "SEGURALTA" – RESCISÃO CONTRATUAL 1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Inaplicabilidade – Não há hipossuficiência em contratos assinados entre empresários, presumindo-se ciência e experiência daquele que assume a responsabilidade de administrar uma unidade franqueada, a par da assistência técnica e administrativa a ser prestada pela franqueadora – Precedentes do STJ – 2. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – Hipótese de descumprimento contratual pelas franqueadoras – Concorrência desleal – Sentença de procedência – Incontroverso o descumprimento contratual – 3. CLÁUSULA PENAL – Cláusula de não concorrência – Validade – Expressa pactuação – Precedentes jurisprudenciais – 4. MITIGAÇÃO E REDUÇÃO – Possibilidade – Valor excessivo (art. 413, CC) – Precedente do STJ – Multa reduzida de R\$ 150.000,00 para R\$ 45.000,00 – Recurso provido em parte. Dispositivo: deram parcial provimento ao recurso. (TJSP, APL nº 1031191-11.2016.8.26.0576, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, julgamento em 8.4.2019, DJe em 8.4.2019)

⁵²⁷ "Franchising". Ação, promovida pela franqueadora contra a franqueada, a pedir rescisão do contrato, com pedidos cumulados de cobrança de multa contratual, taxa de franquia e "royalties" em aberto. Ação julgada inteiramente procedente em primeira instância. Apelação da ré. Incontroversa a anuência da autora à cessão de cotas do capital social operada na sociedade franqueada, tinha aquela direito, todavia, ao recebimento de taxa de transferência, na forma de disposição contratual específica. O não pagamento dessa taxa é causa suficiente para afirmar-se a procedência do pedido de rescisão por culpa da franqueada, confirmada, no ponto, a decisão de primeiro grau. Aplicação, em Direito Comercial, das disposições contratuais tal como escritas pelas partes. Neste campo do Direito, não se deve demonizar a regra "pacta sunt servanda". Ao contrário, a autonomia privada e o respeito aos contratos, em sistema capitalista, possibilitam o fluxo de relações econômicas e a própria existência de diferenciais competitivos. A boa-fé objetiva, no comércio, "tem feição própria, dizendo respeito à confiança no contrato, não podendo levar a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema." (PAULA FORGIONI). Sentença que se confirma também no tocante à condenação da franqueada no pagamento dos "royalties" em aberto. Em que pese a obrigatoriedade dos contratos comerciais, quanto à multa pactuada, a jurisprudência das Câmaras de Direito Empresarial deste Tribunal, reduzem-na, quando excessiva, por equidade. Art. 413 do Código Civil. Redução a quantia que corresponde aproximadamente ao dobro das verbas devidas pela franqueada à franqueadora, mediante analógica aplicação do dispositivo do art. 940 do mesmo Código. Sentença em parte reformada. Apelação parcialmente provida. (TJSP, APL nº 1048738-66.2018.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Cesar Ciampolini, julgamento em 10.4.2019, DJe em 12.4.2019).

⁵²⁸ Nesse sentido, v. "Rescisão de contrato – Franquia "Lavasecco" – 1. Justiça gratuita – Pessoa jurídica – Possibilidade de concessão – Demonstração da impossibilidade de custeio do processo sem prejuízo da manutenção das suas atividades – Benefício concedido – 2. Cláusula Penal – Cumulação – Possibilidade – Cláusulas com natureza distintas – Contrato firmado por partes capazes, sem vício e coação – 3. Cláusula Penal – Redução – Possibilidade – Valor excessivo (art. 413, CC) – Precedente do STJ – Multa reduzida para R\$ 40.000,00 (valor da taxa inicial de franquia) – 4. Correção Monetária – Taxa Selic – Inaplicabilidade – Ausência de previsão contratação – Correção pela Tabela Prática do TJSP – 5. Juros

averiguar a razoabilidade da pena convencional. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que minorou cláusula penal compensatória no valor de R\$ 400.000,00 aplicada pelo franqueador ao franqueado para adequá-la ao valor cobrado a título de taxa de franquia fixada na quantia de R\$ 199.000,00.⁵²⁹⁻⁵³⁰

Em caso ainda mais intrigante, a Corte paulista reduziu multa aplicada à franqueadora por algumas de suas franqueadas. Nos termos do contrato, a pena compensatória deveria corresponder a dez vezes o valor da média mensal de compras dos produtos efetuados pela franqueadas nos 12 meses anteriores à resolução da avença. Ocorre que tal valor atingia o patamar de R\$ 6.200.000,00. A Corte, atestando a indiscutível excessividade da quantia, reduziu a pena em sede de Apelação para R\$ 75.000,00, correspondente a três vezes o valor da taxa de franquia.⁵³¹

De Mora – Juros de mora contados da citação – Sentença mantida – 6. Sucumbência – Hipótese em que a apelante busca o afastamento da sucumbência recíproca – Sentença mantida – 7. Honorários Advocatícios – Base de cálculo – Provento econômico – Aplicação do artigo 85, § 2º do CPC – Precedente do STJ – Sentença de acerto – Recurso dos franqueados provido em parte – Recurso da franqueadora não provido. Dispositivo: defere-se o pedido de justiça gratuita aos franqueados e dá-se parcial provimento ao seu recurso; nega-se provimento ao recurso da franqueadora”. (TJSP, APL nº 11082988-33.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, julgamento em 24.6.2019, DJe em 26.6.2019).

⁵²⁹ Apelação. Franquia. Ação declaratória c/c indenizatória com pedido liminar. Franquia. Sentença de parcial procedência. Rescisão de contrato de franchising. Juntada extemporânea de documento não atendeu os requisitos do art. 435/CPC, motivo pelo qual foi indeferida. Afastada a preliminar de anulação das decisões do MM. juízo de primeira instância sob alegação de insuficiência de fundamentação. Risco do negócio não pode ser transferido à franqueadora. Ausência de comprovação de culpa por parte da apelada. Não houve irregularidades atinentes à COF, tampouco descumprimentos contratuais pela franqueadora. Cláusula penal fixada em parâmetro excessivo. Redução equitativa da multa na Inteligência do art. 413/CC. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido. (TJSP, APL nº 1102206-47.2015.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Azuma Nishi, julgamento em 03.07.2019, DJe em 5.7.2019).

⁵³⁰ Em hipótese análoga, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento a Apelação que buscava a redução da multa aplicada a franqueado inadimplente pelo fundamento de que o a pena já era condizente com o valor a taxa de franquia: “Franquia - Ação de cobrança – Cerceamento de defesa inocorrente – Cláusula de eleição de foro – Validade - Decreto de parcial procedência – Descumprimento de deveres contratuais dos franqueados demonstrado - Cobrança de valores atinentes a ‘royalties’, fundo de “marketing” e inscrição em convenção nacional – Inadimplência incontroversa – Multa de 10% pelo atraso – Cabimento - Multa contratual no valor da taxa de franquia devida – Sentença mantida – Apelo desprovido”. (TJSP, APL nº 1052808-21.2017.8.26.0114, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Fontes Barbosa, julgamento em 24.6.2019, DJe em 24.6.2019).

⁵³¹ CONTRATO – Franquia – Produtos de limpeza – Desconstituição do contrato de franquia para contrato de distribuição (art. 710 a 720 o CC) – Inaplicabilidade – Contrato de franquia regular – Incidência da Lei nº 8.955/94 – Aplicação do prazo de 30 dias para aviso prévio da rescisão do contrato sem justa causa – Recurso das autoras improvido. CONTRATO – Franquia – Produtos de limpeza – Notificação extrajudicial – Notificação realizada à pessoa que representava todas as franqueadas perante a franqueadora, sem ressalva – Notificação regular e válida – Teoria da aparência – Sentença de acerto – Recurso das autoras improvido. CLÁUSULA DE BARREIRA – Vedações por dois anos, aos franqueados e cônjuges ou companheiros, à exploração do mesmo ramo de atividade – Contratação regular – Validade – Cláusula de barreira limitada no tempo – Precedentes do STJ – Recurso da requerida provido. CLÁUSULA PENAL – Imposição de multa correspondente a R\$ 6.200.000,00 – Valor excessivo –

Ainda, tais parâmetros deverão ser analisados – retomando-se a parte final do artigo 413 – à luz da natureza e da finalidade do negócio. Significa dizer que se faz imprescindível a compreensão das características do contrato e da dinâmica relacional em que se insere. Nessa perspectiva, deve-se verificar de que maneira a incidência de fatores vulnerantes afetam o programa econômico do contrato.

Faz-se importante para o juízo de vulnerabilidade, nessa hipótese de redução, a incidência do fator vulnerante *impossibilidade de o franqueado influenciar na formação conteúdo do contrato*. Assim, apenas se o contrato não foi formado após processo negociatório no qual ambas as partes puderam ajustar suas expectativas econômicas, deve o intérprete adotar postura de deferência ao pleito pela redução da pena, tendo em vista a presunção (relativa) de que o valor estipulado beneficia tão somente o franqueador-predisponente. Caberá a este, nesses casos, a fim de afastar a redução, demonstrar eventuais ganhos contratuais que o franqueado obteve com a previsão da multa no patamar alegadamente excessivo. Do contrário, deverá o julgador proceder à diminuição equitativa da pena.

Evidentemente, essa hipótese de redução refere-se tão somente às multas aplicadas ao franqueado-aderente, tendo em vista que, nesses casos, ao franqueador não caberá o argumento de que as multas por ele próprio formuladas encontram-se em valor excessivo, sob pena de incorrer em *venire contra factum proprium*, violando a boa-fé objetiva. Investiga-se, portanto, a atuação do mecanismo quando suscitada pelo franqueado.

Importante observar que, ainda que tenham sido celebrados aditivos contratuais com a recorrente previsão da multa, se, na formulação dos complementos for percebida a incidência do fator vulnerante, não será suficiente para impedir a redução o argumento de que o franqueado teria periodicamente concordado com o valor atribuído à pena. Isso porque, em nenhuma das ocasiões, tivera a oportunidade real de discutir o valor da multa.

Abusividade evidenciada na cominação – Rescisão sem justa causa – Multa mitigada – Inteligência do art. 413 do CC/02 – Redução da cláusula penal para valor correspondente a três vezes a taxa de franquia (R\$ 75.000,00) – Apelação das autoras parcialmente provido. Dispositivo: deram parcial provimento ao recurso das autoras, e integral provimento ao recurso da requerida. (TJSP, APL nº 1014608-18.2016.8.26.0004, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, julgamento em 29.4.2019, DJe em 2.5.2019).

A tese contrária foi esposada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em caso em que a franqueadora da rede de lavadora de carros *Dry Wash* buscava a aplicação de multa de R\$ 26.000,00 reais a uma de suas franqueadas, a Corte paulista, valendo-se da qualificação do contrato de franquia como um contrato empresarial (v. item 1.3, *supra*), aduziu que

a franquia é legítimo contrato empresarial, firmado entre iguais com vistas ao lucro e, por isso mesmo, nele devem ser especialmente prestigiadas a livre iniciativa e a autonomia privada. Daí porque, no caso concreto, em que o contrato vigorou por bem mais de uma década, sendo renovado sucessivas vezes, é impossível reconhecer, hoje, que a multa originalmente estipulada era manifestamente excessiva. Os apelantes concordaram com essa multa quando assinaram o contrato e confirmaram essa concordância a cada renovação dele. A cláusula penal, pois, deve ser mantida tal como acordada pelas partes contratantes⁵³²

Em relação à dependência contratual, afirma-se também nesta hipótese que, se a multa incide em obrigação para cujo cumprimento se faz imprescindível a cooperação do franqueador, das duas uma: ou bem o franqueador cooperou, de modo que a dependência contratual será irrelevante para o inadimplemento do franqueado ou bem o franqueador não cooperou, de modo que a faltará à cláusula penal o principal pressuposto para sua incidência: o inadimplemento do franqueado, de modo que a aplicação da cláusula penal deverá ser de todo afastada pelo intérprete.

Por fim, não se poderia concluir esse item sem observar que, assim como ressalvado a respeito de outros mecanismos interventivos, a vulnerabilidade contratual jamais atuará como causa bastante para a redução da equitativa da cláusula penal. Em verdade, servirá apenas como vetor interpretativo dos critérios já apresentados pelo legislador – natureza e finalidade do negócio. À luz do juízo de vulnerabilidade, portanto, poderá o intérprete se aproximar ou se afastar da interferência no conteúdo do

⁵³² “Franquia. Resolução do contrato por inadimplemento. Preliminar de carência de ação afastada. Exceção de contrato não cumprido rejeitada. Exclusividade do uso da marca pelos franqueados não violada pelo oferecimento ao público de produtos e cursos pela franqueadora. Fato pretérito superado por sucessivas renovações contratuais. Prestação de contas sobre o fundo de 'marketing', publicidade ou propaganda deve ser objeto de demanda própria (arts. 550 e ss. do CPC). Corte de crédito para aquisição de insumos com base em cláusula contratual não se confunde com proibição de compra. Questão envolvendo a prestação de outros serviços pelo franqueado já superada pela sentença, que rejeitou o pedido indenizatório formulado com base nessa causa de pedir. Cláusula penal compensatória mantida, tal como contratada, sem redução equitativa, em homenagem à autonomia da vontade típica dos contratos empresariais. Sentença mantida. Recurso não provido”. (TJSP, APL nº 1065230-36.2018.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Gilson Delgado Miranda, julgamento em 23.08.2019, DJe em 23.8.2019).

contrato, a depender, como visto, da incidência de fatores vulnerantes no aspecto contratual analisado.

O que se diz fica evidente na Apelação Cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em ação ajuizada pela franqueadora da rede M. Officer, loja de vestuário, visando à rescisão do contrato em razão de reiterada falta de pagamento de valores relativos ao fornecimento de mercadoria. Em razão do inadimplemento da franqueada-Ré, a Corte a condenou ao pagamento da multa convencionada em R\$ 200.000,00,⁵³³ deixando de reduzi-la ainda que a franqueada se mostrasse vulnerável em determinados aspectos do contrato. Portanto, frisa-se que não é a vulnerabilidade contratual fundamento para a redução da cláusula penal, atuando o instituto apenas como *vetor interpretativo* do referido mecanismo interventivo.

⁵³³ Processual. Alegado cerceamento probatório em razão do julgamento antecipado. Inocorrência. Ausência de matéria fática devidamente delineada a justificar atividade probatória. Acusações genéricas feitas pelos réus de descumprimento contratual sem um mínimo de especificidade. Apelantes que adiantam que não teriam como produzir prova a respeito. Nulidade afastada. Apelação não provida nesse particular. Franquia. Demanda resolutória por inadimplemento da franqueada. Falta de pagamento de valores relativos ao fornecimento de mercadorias. Infração incontroversa. Franqueada ademais que na vigência do contrato descaracterizou a unidade, abandonando a atividade-fim do contrato e passando a atuar no comércio de produtos de concorrentes da franqueadora. Justa causa para a resolução reconhecida. Multa compensatória prevista no contrato devida por inteiro. Ação principal procedente. Descumprimento atribuído pelos réus à franqueadora não demonstrado e sequer devidamente justificado, ante o caráter genérico das acusações. Reconvenção para a cobrança da mesma multa pela franqueada improcedente. Sentença integralmente confirmada. Apelação dos réus desprovida. (TJSP, APL nº 1030671-58.2015.8.26.0100, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Fabio Tabosa, julgamento em 28.6.2019, DJe em 28.6.2019).

CONCLUSÃO

Não preciso do fim para chegar
Manoel de Barros.

O trabalho que se encerra se propôs a investigar de que maneira a vulnerabilidade contratual influencia o manejo de mecanismos interventivos nos litígios envolvendo contratos de franquia. Percorrida a trajetória proposta, já é hora de expor as principais conclusões que se permitiram alcançar, sem, contudo, deixar de apontar que o presente estudo se propõe a fornecer uma singela contribuição ao intérprete que opera o direito dos contratos e, mais especificamente, os contratos de franquia. Por essa razão, os resultados atingidos não se pretendem traduzir em um fim. Buscou-se, em verdade, iluminar timidamente o início de um longo caminho que possivelmente poderá vir a ser percorrido por aqueles que se dedicam à contratualística contemporânea. Diante do exposto, valem as palavras de Manoel de Barros, adiantadas em epígrafe: “não preciso do fim para chegar”. Eis as conclusões.

1. A autonomia privada, conceituada como o respaldo jurídico para que as partes pudessem se autorregular – em geral por meio da celebração de contratos – da maneira que bem entendessem, adquire contornos renovados diante da legalidade constitucional contemporânea. Se o modelo liberal era pautado no individualismo, a colocar as instituições a serviço dos interesses particulares, o mesmo não se pode dizer dos ordenamentos jurídicos frutos do século XX, especialmente os inaugurados no segundo pós-guerra, marcados por Constituições embebidas no espírito de promoção da solidariedade social.

2. No Brasil, a lógica eminentemente humanista inaugurada pela promulgação da Constituição de 1988 promoveu proveitosa revolução nos conceitos-base do direito privado pátrio. Nesse cenário, a autonomia privada passa a ser entendida não apenas como o poder reconhecido pelo ordenamento estatal a um indivíduo de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente adotados, mas como um potencial instrumento funcionalizado à promoção dos valores constitucionais. Não se trata, portanto, de um vetor vazio, mas de um meio para que os fins solidarísticos da Carta Maior sejam alcançados.

3. Nessa perspectiva, a vulnerabilidade desponta como categoria jurídica cuja necessidade de exame atento se torna inafastável. À proteção da parte que ocupa posição contratual vulnerável não caberá opor uma pretensa tutela da autonomia privada, artificialmente utilizada como argumento de sustentação de um pacto dissonante aos valores da legalidade constitucional. Assim, verificada uma situação de vulnerabilidade contratual na dinâmica da relação in concreto, a pura manutenção do contrato, longe de traduzir respeito à autonomia privada, revela, ao revés, deferência a uma injustiça contratual que não pode ser tolerada.

4. A liberdade de contratar sofre diversas limitações já antepostas pelo ordenamento, pois há hipóteses em que tal liberdade se mostrará meramente teórica, sob pena de gerar prejuízos ao contratante mais débil. Contudo, não deve o intérprete se satisfazer com a observação desses limites antepostos pela legislação. Para além, torna-se necessário, na dinâmica das contratações contemporâneas, a investigação de limitações que incidam in concreto. É dizer: a factualidade – a dinâmica de cada relação contratual – impõe, em muitos casos, à liberdade de contratar outras limitações que não aquelas legalmente estabelecidas e evidenciadas.

5. As limitações ao poder negocial e à liberdade de contratar observadas in concreto são elementos estruturantes da vulnerabilidade contratual. Vulnerável, portanto, é aquele cuja autonomia se percebe, em determinado contexto contratual, diminuída, apequenada, limitada ou prejudicada, pelo tolhimento ou limitação de seu poder negocial, traduzido na liberdade de contratar em quaisquer de seus aspectos – liberdade de contratar em sentido estrito (escolha do contratante), possibilidade de escolher com quem contrata e possibilidade de determinar o conteúdo do contrato – seja na formação do vínculo seja no decorrer da relação.

6. A diferença fundamental entre os perfis patrimonial e existencial da vulnerabilidade reside no fundamento e no momento de sua verificação. Enquanto a vulnerabilidade existencial configura-se dado extraível das características intrínsecas da pessoa dita vulnerável, a patrimonial (em particular, a contratual) tem a ver com a restrição da autonomia privada do contratante vulnerado, devendo ser extraída, quando não de uma presunção legal, do programa contratual avaliado.

7. Não se deve tomar a vulnerabilidade contratual como categoria análoga à vulnerabilidade existencial. Ainda que fatores extrapatrimoniais possam interferir nas relações patrimoniais, os perfis da vulnerabilidade não se devem confundir. Vincular a aferição da vulnerabilidade somente a aspectos subjetivos do contratante acabaria por impor ao intérprete a impossível tarefa de perquirir, eventualmente, as fragilidades pessoais da parte que influenciem a execução do contrato. Sob essa concepção, correr-se-ia o risco de, a um só tempo, i) gerar indesejável presunção de vulnerabilidade em favor de determinado contratante ou, de forma igualmente prejudicial, ii) afastar a possibilidade de averiguação in concreto de uma vulnerabilidade que vá de encontro àquela indevidamente pré-concebida pelo intérprete.

8. A vulnerabilidade contratual não se deduz de um dado apriorístico do sujeito contratante, pois não se extrai da simples constatação de suas características subjetivas. Por tal raciocínio não se conclui que os aspectos subjetivos da parte sejam irrelevantes à caracterização da vulnerabilidade. A rigor, a vulnerabilidade decorre justamente da interação entre tais características e a posição contratual ocupada pelo contratante que as detém.

9. O fato de a vulnerabilidade contratual tratar de conceito visceralmente vinculado ao programa acordado pelas partes não nega, de maneira alguma, sua permeabilidade às características subjetivas da pessoa do contratante. O que não se admite é a percepção da figura como um dado subjetivo apriorístico completamente desconectado da posição assumida pela parte dita vulnerável, desconsiderando-se o programa contratual em sua completude.

10. Não obstante a compreensão de que a avaliação da vulnerabilidade contratual deve levar em consideração a posição ocupada pela parte na relação concretamente percebida, não se ignora que, em alguns casos, também poderá ser extraída da lei, como ocorre com a figura do consumidor. Não se trata, contudo, da constatação legal de uma característica imanente ao sujeito contratante, mas de uma presunção, neste caso absoluta, que antecipa o juízo de vulnerabilidade para momento anterior à formação da relação concreta. No mais das vezes, contudo, a vulnerabilidade contratual será extraída, conforme adiantado, de uma limitação do poder negocial traduzido na liberdade de

contratar do sujeito, fator que só se poderá identificar na dinâmica da relação contratual in concreto.

11. A vulnerabilidade contratual consiste na síntese ponderativa dos fatores vulnerantes objetivamente averiguados in concreto.

12. A ponderação com o programa contratual revela-se de inegável importância para que se possa verificar o grau de eventual vulnerabilidade que recaia sobre determinado polo contratante. Assim, permite-se o concluir que um mesmo fator vulnerante está apto a gerar, em programas contratuais distintos, vulnerabilidades em graus diferentes.

13. A vulnerabilidade contratual atua, no Direito contemporâneo, como fundamento de ativação ou como vetor interpretativo dos mecanismos interventivos mais diversos, manejados pelo intérprete diante de relações em que se verifique situação de vulnerabilidade a recair sobre a posição relacional ocupada por uma das partes.

14. A vulnerabilidade pode se relacionar com a intervenção nos contratos privados de três maneiras distintas. A primeira, por meio da imposição legislativa de presunção absoluta da vulnerabilidade de um dos polos contratantes. A segunda, mediante a constatação de que o legislador, ao regular determinado tipo contratual, adotou como premissa a vulnerabilidade de uma das partes, apesar de não ter imposto ao intérprete que, diante do caso concreto, presuma tal vulnerabilidade de forma absoluta. A terceira, por fim, dá-se quando o legislador não oferece ao intérprete um juízo pré-pronto acerca da vulnerabilidade das partes, não impondo presunção absoluta ou relativa a esse respeito.

15. Salvo a primeira hipótese – de presunção absoluta de vulnerabilidade – ao intérprete não caberá se furtar da investigação in concreto acerca da incidência de fatores vulnerantes constatada objetivamente e ponderada com a unidade do programa contratual. Dessa maneira, atinge-se o rigor metodológico necessário à adequação do manejo dos mecanismos repressivos – de intervenção heterônoma – operados pelo Estado-juiz ou, ainda, por tribunal arbitral.

16. Ainda, caso haja contraposição entre a vulnerabilidade relativamente presumida e a verificada in concreto no que toca a um mesmo aspecto da relação contratual, caberá ao intérprete a realização de juízo de merecimento de tutela a fim de identificar o interesse preponderante à luz da legalidade constitucional.

17. A justificativa para a aceitação de uma categoria autônoma de contratos empresariais, a um só tempo, parte de uma premissa irreal e busca fins incompatíveis com unidade do ordenamento jurídico, em busca de um pretensol isolamento axiológico dos contratos empresariais, regidos por um microssistema impermeável às regras gerais do Código Civil e, ainda, da Constituição. O fato de um contrato ser celebrado entre empresários em nada deve influenciar na dinâmica das vulnerabilidades.

18. Define-se o contrato de franquia como o ajuste pelo qual uma parte – franqueador – cede, mediante contraprestação, a outra – franqueado – uma universalidade de direitos de propriedade industrial e intelectual a fim de que este possa explorar a franquia, baseada em plano de negócio experimentado com êxito pelo primeiro, a quem caberá transferir o know-how reunido e fornecer a devida assistência para o efetivo cumprimento das regras de exploração do empreendimento às quais se submeterá o franqueado.

19. Do íntimo compartilhamento de riscos negociais entre franqueado e franqueador nasce uma relação dinâmica que combina coordenação, domínio e cooperação. O dinamismo do contrato de franquia surge justamente do cotejo dialético em que se colocam os interesses de franqueado e franqueador. Paradoxalmente, a oposição encontra-se temperada pelo premente imperativo de colaboração. Se, à primeira vista, os interesses das partes podem ser tomados como antagônicos, isto é, a partir de obrigações contrapostas, logo se deverá notar que a necessidade de cooperação entre franqueador e franqueado para o atingimento do fim comum faz da relação de franquia uma relação evidentemente complexa.

20. Dentre os fatores vulnerantes apresentados, quais sejam: i) a restrição à liberdade de contratar *stricto sensu*; ii) a restrição à liberdade de escolher o contratante; iii) a restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato e iv) a

dependência contratual, os dois últimos apresentam comum incidência nos contratos de franquia.

21. Uma vez celebrado contrato de franquia que exerça funções eminentemente adesivas, não há razão para negar-lhe a incidência da normativa protetiva destinada ao (franqueado) aderente sobre os aspectos atingidos pela adesividade. Assim, analisando-se funcionalmente a adesividade dos contratos de franquia, indaga-se não apenas quais os seus elementos estruturais identificadores, mas também, e principalmente, se o mecanismo de contratação da *fattispecie* contratual identifica-se funcionalmente com o fim atribuído aos contratos de adesão pelo ordenamento.

22. Apesar de se admitir que a larga maioria dos contratos de franquia seja celebrada pela técnica adesiva, não se mostra adequado qualificá-lo como um contrato de adesão. Isso porque a adesividade revela (não uma qualidade do contrato, mas) uma técnica de contratação, razão pela qual não se pode dizer da essência do contrato, apesar do reconhecimento de que a técnica é amplamente utilizada na prática do franchising.

23. Há importantes especificidades do contrato de franquia que importarão na atenuação dos efeitos do fator vulnerante restrição à possibilidade de o contratante negociar o conteúdo do contrato, tais como o dever de *disclosure*, que minimiza o risco suportado pelo franqueado, o caráter colaborativo que assume o franchising e, por fim, a lucratividade buscada nos empreendimentos franqueados.

24. A avaliação da dependência contratual nos contratos de franquia deve partir da mencionada percepção do franqueado como um contratante, premissa inarredável para uma adequada análise da influência do fator vulnerante ora estudado nessa figura contratual. Em síntese, afasta-se a visão do franqueado como um “empreendedor de segunda categoria”, necessariamente dependente do franqueador, para compreendê-lo como um contratante titular de direitos e deveres livremente assumidos.

25. Não se nega a possibilidade de, in concreto, ser verificada eventual vulnerabilidade do franqueado a partir da incidência da dependência contratual. O que se afasta, contudo, é a concepção segundo a qual tal vulnerabilidade seria aferível abstrata e genericamente, isto é, um dado comum a todo e qualquer contrato de

franquia. Ainda, é de se rejeitar a perspectiva que encara a dependência contratual como fator incidente no contrato como um todo, a conduzir o intérprete à equivocada conclusão de que o franqueado é dependente em todos os aspectos do contrato. Tais compreensões não se alinham ao rigor metodológico com o qual deve ser entendida a vulnerabilidade contratual.

26. A vulnerabilidade no contrato de franquia deve ser averiguada in concreto a partir da análise dos fatores vulnerantes incidentes em cada aspecto contratual, rejeitando-se, por consequência, um protecionismo vazio (genérico e abstrato) dirigido ao franqueado.

27. No franchising, haverá dependência contratual sempre que a posição do franqueado exigir, dentro do programa estabelecido, uma prestação por parte do franqueador sem a qual o franqueado não poderá exercer as suas obrigações. Tão somente nesse(s) aspecto(s) do contrato o intérprete poderá identificar a incidência do referido fator vulnerante. Tome-se como exemplo hipótese em que o franqueador exige que o franqueado adquira sua matéria prima de um fornecedor controlado pela própria companhia franqueadora, sob pena de multa. Nesse caso, havendo o inadimplemento da obrigação de fornecer a matéria prima, o franqueado se encontrará impotente diante da falta do próprio franqueador.

28. Os casos nos quais a relação de franquia é construída de maneira abusiva e desequilibrada em favor do franqueador devem ser compreendidos como patológicos, de modo que a intervenção judicial se fará necessária não como meio para corrigir uma dependência contratual eventualmente identificada na relação, mas para reequilibrar o contrato por completo. Somente nessas hipóteses extremas, se revelará adequada a proteção tout court do franqueado. Nos demais, em que houver mera dependência contratual – usual nos contratos de franquia –, caberá ao intérprete, uma vez ponderado o fator vulnerante com a unidade do programa contratual, valer-se de instrumentos para tutelar a posição de vulnerabilidade averiguada in concreto tão somente no aspecto (e na medida) em que se revelar vulnerável.

29. A cada sorte de mecanismo de intervenção poderão importar fatores vulnerantes distintos, justamente porque a vulnerabilidade contratual, isto é, tomando-se

em conta o aspecto contratual em que está baseada a controvérsia. Em relação ao contrato de franquia, por vezes, apenas o fator da adesividade contratual irá interagir com determinadas formas de interferência. Por outro lado, haverá casos em que apenas a dependência contratual será chamada a depor. Por fim, para alguns mecanismos poderão importar ambos os fatores vulnerantes.

30. No que toca ao mecanismo interventivo da resolução contratual, a análise tanto da (im)possibilidade do cumprimento da prestação quanto de sua (in)utilidade e, consequentemente, da modalidade de inadimplemento presente no caso – absoluto ou relativo – obedecem a um juízo ponderativo a ser realizado in concreto. Justamente nesse ponto liga-se o juízo de vulnerabilidade. Atuando como vetor interpretativo, a vulnerabilidade agirá como parâmetro para que o intérprete avalie a presença ou ausência dos requisitos para a caracterização do inadimplemento como absoluto. É dizer: a averiguação de vulnerabilidade em determinada contratação permitirá ao intérprete a aproximação ou o afastamento do remédio resolutivo, a depender de qual dos polos contratantes, in concreto, revelar posição de vulnerabilidade.

31. Em relação à perda do interesse útil pelo credor, a percepção de que o contratante que a alega se encontra em posição de vulnerabilidade contratual autorizará ao intérprete conceder maior deferência à alegação, cabendo, inclusive – em casos de vulnerabilidade em maior grau – partir de presunção contrária, invertendo o ônus da prova. A possibilidade de inversão ocorrerá em casos em que o programa contratual não revelar a assunção de riscos pelo contratante vulnerável visando à obtenção de determinada vantagem econômica. Isso porque o grau de vulnerabilidade será determinado a partir da síntese ponderativa entre os fatores vulnerantes que incidem in concreto e o programa contratual unitariamente considerado.

32. Tendo em vista que o contrato de franquia revela ajuste por meio do qual o franqueado – ainda que, em certos aspectos, vulnerável – busca auferir lucro, não se deve presumir que o inadimplemento do franqueador gere a perda de seu interesse útil na contratação. Contudo, deverá o julgador adotar postura de maior deferência caso tal perda seja alegada pelo franqueado.

33. No que diz respeito à impossibilidade da prestação, como visto, o intérprete não pode se abster de uma avaliação *in concreto* idônea a verificar se o cumprimento da obrigação exigiria do devedor um extraordinário e irrazoável esforço, considerando-se o programa contratual no qual se inserem as partes. Nesse contexto, o juízo de vulnerabilidade deve atuar justamente nessa avaliação, auxiliando o intérprete na compreensão da (im)possibilidade da prestação, a autorizar (ou não) a resolução do contrato.

34. Quanto à resolução e à revisão contratual por onerosidade excessiva, a identificação de uma posição vulnerável poderá influenciar na avaliação de três dos cinco requisitos apontados pela doutrina para a aplicação dos institutos nos contratos de franquia, a saber: a excessiva onerosidade da prestação; a imprevisibilidade do evento e a não inserção do evento na álea ordinária do contrato.

35. Admitindo-se que a excessiva onerosidade trata de requisito cuja caracterização se opera mediante a observação dinâmica das prestações, a considerar o programa contratual em sua unidade, a incidência de fatores vulnerantes nas posições ocupadas por cada contratante exercerá considerável influência na avaliação do preenchimento do requisito.

36. Nos contratos de franquia, o fator vulnerante *dependência contratual* interfere sobremaneira na interpretação da excessiva onerosidade. Uma vez que o franqueado está adstrito à execução do plano de negócio fornecido pelo franqueador, submetendo-se aos ditames que lhe são impostos na condução do seu empreendimento, eventual onerosidade que lhe recaia poderá mais facilmente ser caracterizada como excessiva se vinculada a um aspecto contratual em que haja dependência.

37. A imprevisibilidade deve ser verificada objetivamente e a partir de uma avaliação *in concreto*, isto é, considerando-se as peculiaridades da relação contratual analisada. Dessa forma, a vulnerabilidade contratual permitirá ao intérprete se aproximar da qualificação do evento como imprevisível para *aquela* contratante concretamente considerado, mediante a compreensão da posição por ele ocupada no programa contratual.

38. A interpretação dos riscos assumidos pelas partes no contrato mostra-se permeável ao juízo de vulnerabilidade conduzido a respeito de cada posição contratual concretamente considerada. Isto é, o intérprete, ao avaliar se determinada álea se encontra ou não alocada no programa contratual, não pode se furtar de considerar os fatores vulnerantes eventualmente incidentes em cada polo da relação. Dessa forma, a identificação *in concreto* de vulnerabilidade contratual permitirá ao intérprete se aproximar da qualificação do evento como extravagante à álea ordinária do contrato. Por outro lado, tratando-se de posição em que não se verifica concretamente a incidência de fatores vulnerantes, tornar-se-á mais dificultosa a caracterização do evento como alheio aos riscos assumidos pelo contratante.

39. Nos contratos de franquia, o intérprete ao observar estes dois últimos requisitos para a caracterização da onerosidade excessiva a permitir a resolução ou a revisão do contrato, deverá, à luz da vulnerabilidade contratual, considerar a incidência do fator vulnerante da *dependência contratual*.

40. Não se conclui que a aplicação dos mecanismos de resolução e revisão contratual estará autorizada sempre que for identificada vulnerabilidade de uma das partes. Isso porque a vulnerabilidade serve tão somente como ferramenta interpretativa dos requisitos legais imprescindíveis para a aplicação dos institutos.

41. À luz da dinâmica das vulnerabilidades exposta ao longo deste trabalho, o fator vulnerante que importa ao juízo de merecimento de tutela da cláusula de eleição de foro nos contratos de franquia refere-se à *impossibilidade de o franqueado determinar o conteúdo do contrato*. O segundo fator vulnerante comumente encontrado nos contratos de franquia – a *dependência contratual* – não terá maiores influências no juízo de merecimento de tutela das cláusulas de eleição de foro. A relevância do papel da vulnerabilidade como vetor interpretativo dependerá do aspecto contratual em análise. Não importa, no que toca ao juízo de merecimento de tutela da eleição de foro, a contingência de o franqueado depender do franqueador para realizar suas obrigações.

42. Mostra-se adequada a conclusão trazida pelos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as cláusulas de eleição de foro inserida nos contratos de franquia são, a princípio, válidas. O fator vulnerante que incide nesse aspecto da contratação consiste tão somente na impossibilidade de o aderente franqueado contribuir

para a formação do conteúdo contratual, isto é, na adesividade do ajuste. Como visto, tal fator dá causa apenas à nulidade das cláusulas que retirem do aderente direitos resultantes da natureza do negócio, categoria na qual não se insere a eleição de foro. Assim, a incidência do fator vulnerante não será razão bastante para a invalidação da cláusula.

43. Não obstante o reconhecimento de que a vulnerabilidade contratual não dará causa diretamente à invalidação da cláusula de eleição de foro nos contratos de franquia, faz-se possível, em certos casos, a declaração de nulidade, cujo fundamento residirá na violação ao princípio do acesso à justiça. Em termos práticos, a compreensão de que a cláusula de eleição de foro não é inválida nos contratos de franquia impõe ao franqueado-aderente o ônus de provar que o deslocamento de competência impede o exercício de seu direito fundamental de demandar perante o Poder Judiciário. A análise a respeito da violação ao acesso à justiça será realizada não em termos objetivos à luz do programa contratual, mas subjetivamente, por meio da avaliação da viabilidade – técnica, financeira, etc. – de o franqueado se fazer representar no foro contratualmente eleito.

44. Nessas hipóteses, faz sentido afirmar que a vulnerabilidade atuará como vetor interpretativo na ponderação que realizada entre a garantia de acesso à justiça e o princípio da obrigatoriedade dos pactos. Assim, no que toca ao rigor adotado pelo intérprete para a constatação da violação do acesso à justiça provocado pela cláusula de eleição de foro, convém imaginar ilustrativamente uma escala avaliativa que vai do menor ao maior rigor a ser empenhado. No primeiro degrau – de menor rigor – encontram-se os contratos adesivos celebrados sem fins lucrativos, tais como contratos que visam à satisfação de um direito fundamental. Nesses casos, o argumento de violação ao acesso à justiça deverá ser mais facilmente aceito pelo intérprete. No segundo degrau situam-se os contratos adesivos com fins de empreendimento. Nesses casos, ainda será possível o afastamento das cláusulas de eleição de foro, mas será necessária a demonstração inequívoca da hipossuficiência que implique violação ao acesso à justiça. Por fim, os casos em que o intérprete deverá enxergar com maior rigor referem-se aos contratos paritários. Apenas excepcionalmente – diante de uma violação teratológica de acesso à justiça – será possível o afastamento da cláusula de eleição de foro.

45. Embora à luz de rigor probatório amortecido pela vulnerabilidade, ao franqueado-aderente caberá se desincumbir do ônus de demonstrar a hipossuficiência satisfatoriamente, não bastando a mera alegação de que, por ser o contrato adesivo, deve ser afastada a cláusula de eleição de foro. Não se livrando desse ônus, a cláusula deverá ser considerada plenamente válida e eficaz a produzir seus efeitos. Em termos processuais, significa que o juízo deverá declinar de sua competência em favor do juízo do foro eleito.

46. Em relação ao juízo de merecimento de tutela das cláusulas compromissórias nos contratos de franquia, a vulnerabilidade contratual atuará também como vetor interpretativo, mostrando-se de maior relevância ao intérprete o fator vulnerante diretamente relacionado com a inserção do ajuste arbitral no contrato. Dessa forma, ganha relevância a identificação *in concreto* da (im)possibilidade de o contratante contribuir para a formação do conteúdo da avença.

47. O fato de a nova Lei da Franquia ter reconhecido em seu artigo 7, §1º que “as partes poderão eleger juízo arbitral para solução de controvérsias relacionadas ao contrato de franquia” não revoga, em absoluto, a regra protetiva da Lei de Arbitragem dirigida aos contratos de adesão. Assim, se o contrato de franquia for celebrado pela técnica adesiva, mantém-se a necessidade de o franqueado-aderente concordar expressamente com a cláusula compromissória, tal como determina a Lei.

48. Se comprovado que o contrato de franquia fora celebrado adesivamente, não haverá razão para afastar a incidência do artigo 4º, §2º da Lei 9.307/06, que traz consigo uma pré-ponderação legislativa que tomou por base a vulnerabilidade do aderente. Nos termos da Lei, portanto, para que seja válida a cláusula arbitral em contratos de franquia adesivos, faz-se necessário *i)* que o franqueado-aderente tome a iniciativa de instituir a arbitragem ou *ii)* que o franqueado-aderente concorde expressamente com a cláusula por meio de documento escrito em anexo ou em negrito com a assinatura ou visto aposto especialmente para a cláusula.

49. No que diz respeito ao mecanismo interventivo da redução da cláusula penal, verifica-se que artigo 413 do Código Civil traz uma duplicidade de fundamentos de redução da multa, regidas pelo princípio da equidade: *i)* redução em razão do cumprimento parcial da obrigação e *ii)* redução em razão da excessividade manifesta da

multa convencionada, considerando-se a natureza e a finalidade do negócio. Tais requisitos deverão ser interpretados à luz da vulnerabilidade contratual.

50. O Código estabelece requisitos para que a redução proporcional da primeira parte do artigo 413 – redução pelo cumprimento parcial da obrigação – seja possível: *i)* o fato de a obrigação poder ser cumprida em partes; *ii)* a efetiva satisfação (ainda que parcial) do interesse do credor considerando-se o sinalagma contratual. Não há de se falar na influência da vulnerabilidade contratual em relação ao primeiro requisito. Trata-se de critério a ser verificado à revelia da análise da dinâmica contratual e dos fatores vulnerantes incidentes na posição ocupada por cada uma das partes.

51. Na verificação do segundo requisito, torna-se imperioso o reconhecimento de que também nesse ponto o juízo de vulnerabilidade vai influenciar a avaliação da utilidade ou não do cumprimento parcial para o credor. Ao se admitir que nem todo cumprimento parcelado poderá gerar o abatimento da pena – adotando-se como critério o interesse útil do credor –, infere-se que a satisfação de tal interesse deve ser medida pelo intérprete à luz do juízo de vulnerabilidade. A vulnerabilidade contratual será de grande valia ao intérprete para averiguar *in concreto* se determinado cumprimento parcial pode ou não ser caracterizado como suficiente a reduzir a pena aplicada. O advento de vulnerabilidade na posição contratual apenas permitirá ao julgador se aproximar da solução pela redução da multa. De outro turno, a não-incidência de fatores vulnerantes no polo apenas dificultará a interferência no valor previsto no ajuste.

52. A vulnerabilidade contratual jamais atuará como causa bastante para a redução da equitativa da cláusula penal. Servirá apenas como vetor interpretativo dos critérios já apresentados pelo legislador – natureza e finalidade do negócio. À luz do juízo de vulnerabilidade, portanto, poderá o intérprete se aproximar ou se afastar da interferência no conteúdo do contrato, a depender, como visto, da incidência de fatores vulnerantes no aspecto contratual analisado.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. A lei da franquia empresarial (n. 8.955, de 15.12.1994). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 84, v. 722, dez. 1995, pp. 25-39.
- ALBUQUERQUE, Bruno Caraciolo Ferreira. Notas sobre o contrato de franquia. *Revista Direito em (Dis)Curso*, Londrina, v.5, n. 2, jul.-dez. 2012, pp. 110-113.
- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Liberdade de contratar e livre iniciativa. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, jul. 2003, pp. 73-88.
- ALMEIDA, Vitor Luís. O contrato de franquia. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, a. 3, n. 4, 2014, pp. 2349-2447.
- ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, n. 20, out.-dez. 1996, pp. 25-70.
- AMARAL, Ana Paula Martins. Lex mercatoria e autonomia da vontade. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Faculdade de Direito de Bauru*, Bauru, n. 34, abr.-jul. 2002, pp. 85-91.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 102, abr.-jun. 1989, pp. 207-230.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito Civil: introdução*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 7, n. 27, jul. 2006, pp. 279-292.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 87, v. 750, abr. 1998, pp. 113-120.
- BALLALAI, Augusto Luppi. A vontade como elemento primordial no direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 8, n. 32, out. 2007, pp. 21-31.
- BASTOS, Ricardo da Silva. Uma nova visão dos contratos: a autonomia privada. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, 2001, v. 30, pp. 369-374.

BATISTA, Neimar; AMORIM, Ana Rosa Tenório de. A vulnerabilidade no direito privado: do conceito às aplicações. *Revista Tuiuti: Ciência e Cultura*, dossiê FACJUR, Curitiba, n. 57, c. 5, pp. 68-101.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1978.

BIANA, Higor da Silva; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Apontamentos sobre a arbitragem no contrato de franquia. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, mar. 2017, pp. 125 - 154.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BITTENCOURT, José Ozório de Souza. O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor. *Revista da EMERJ*, v. 7, n. 25, 2004, pp. 248-265.

BORGES, Luis Roberto. *A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo*. Tese (Mestrado). Curso de Direito, Universidade de Marília, São Paulo, 2010.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. *Direito e Democracia*, Canoas, vol. 1, n. 1, 1º sem. 2000, pp. 95-112.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autonomia privada e vontade: considerações históricas sobre a formação dos motivos no Código Civil brasileiro. *II Congresso Internacional de Direitos Fundamentais do Curso de Direito da UNOESC*. Santa Catarina, 2012, pp. 129- 141.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. As obrigações contratuais civis e mercantis e o projeto de código comercial. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, a. 1, n. 1, 2015, pp. 849-887.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Liberdade contratual e sua funcionalização: orientação metodológica e linguagem utilizadas pela Comissão Elaboradora do Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.38, jan.-jun. 2010, pp. 103-121.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n. 19, jul. 2004, pp. 83-129.

CAENAGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução por Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.); MORAES, Maria Celina Bodin de; CARDOSO, Vladimir Mucury (Co-autor). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 315-256.

CAMPOS, Diogo Leite de. Autonomia Contratual e contrato a favor e terceiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul. 1982, pp. 93-106.

CARPENA, Heloisa. Afinal, quem é consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, RJ, v. 5, n. 19, jul. 2004, p. 29-48.

CARPENA, Heloisa. Exercício abusivo de direitos e suas manifestações no direito civil e no direito do trabalho. In: TEPEDINO, Gustavo; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana; DELGADO, Gabriela Neves (coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CARVALHO, David Accioly. *A intervenção do Estado nas relações contratuais privadas: uma abordagem crítica*. Tese (Mestrado). Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Ceará, 2015.

CARVALHOSA, Modesto Sousa Barros. Controle externo do Poder Judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 43, jun. 1994, pp. 42-45.

CHERTO, Marcelo. O franchising e o contrato. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 30, dez. 1989, pp. 6-13.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, v.3. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Alexander Seixas da. A incidência da pós-eficácia das obrigações no direito contratual. In: *XXII Encontro Nacional do Conpedi*, Curitiba, 2013, pp. 391-410.

COMPARATO, Fábio Konder. Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio? *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 72, n. 253, jan. 1976, pp. 7-14.

CORDEIRO, António Menezes. *Estudos de Direito Civil*, v. 1. Coimbra: Almedina, 1994.

CORDEIRO, António Menezes. *Teoria geral de direito civil*, v. 1. 2ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 1987.

CORDEIRO, António Menezes. *Direito das obrigações*, v. 1. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

CORDEIRO, António Menezes. Do contrato de franquia: autonomia privada versus tipicidade negocial. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a. 48, v. 1, abr. 1988, pp. 63-84.

CORREIA, Oscar Dias. Liberdade Contratual e concorrência. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, 2º sem. 2000, pp. 12-22.

CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. *O contrato de franquia: uma análise de sua dinâmica jurídica sob a ótica da boa-fé objetiva*. Tese (Mestrado). Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Atlântida, 1975

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1980.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha. *A revisão judicial dos contratos e a evolução do direito contratual*. Tese (Mestrado). Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 8, n. 32, out.-dez. 2007, pp. 171-200.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v.1. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, v.4. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 3: direito das coisas. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. As relações entre o franqueador e o franqueado e o código de defesa do consumidor. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, abr. 2007, pp. 1-12.

EICHIN-AMARAL, Pedro. Savoir-faire sob a ótica do direito francês. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, RJ, v. 8, n. 32, out.-dez. 2007, pp. 195-207.

FABRO, Roni Edson e Reckziegel, Janaína. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. In: Autumn 2014 / *UNOESC International Legal Seminars / Brazil - Germany*, Santa Catarina, 2014.

FABRO, Roni Edson e RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e / ou autonomia privada? *VI Mostra universitária*. Joaçaba: Editora Unoesc, v. 1, 2015.

FACHIN, Luiz Edson e BREKAILO, Uiara Andressa. Apontamentos sobre aspectos da reforma no Código Civil Alemão na perspectiva de um novo arquétipo contratual. In: GONÇALVES, Fernando (Coord.). *Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 20 anos*. Brasília: STJ, 2009. pp. 141-184.

FERREIRA, Carla Froener. A Evolução da Autonomia da Vontade sob o prisma do Direito Civil-Constitucional. *Revista Novatio Iuris*, Porto Alegre, v. 5, n.1, jan.-mar. 2013, pp. 24-28.

FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. Cláusula compromissória patológica e contrato de franquia: a aplicabilidade do princípio da Kompetenz-Kompetenz. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 13, a. 4, out.-dez. 2017, pp. 545 - 573.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, v. 4: contratos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GARBI, Carlos Alberto. *A intervenção judicial no contrato em face do Princípio da Integridade da Prestação e da Cláusula Geral da Boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GARCEZ NETO, Martinho. *Obrigações e contratos: doutrina e prática*. Rio de Janeiro, RJ: Borsoi, 1969.

GARRUÇO, Elisabete. O contrato de franquia. *Revisores & Empresas*, Lisboa, a.8, n. 34, jul.-set.2006, pp. 40-49.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, jan. 1998, pp. 35-55.

GOMES, Josiane Araújo; PAIVA, Heloísa Assis de. *A revisão das cláusulas dos contratos comerciais internacionais, em face dos princípios da autonomia da vontade e do equilíbrio contratual, no âmbito do MERCOSUL*. Pesquisa resultante do Programa de Bolsa Institucional de Iniciação Científica (CNPq/UFU), Uberlândia, Projeto n. F, 2009.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. As cláusulas abusivas e o poder de integração do juiz. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n.22, jan.-jun. 2002, pp. 183-202.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Aspectos dos contratos de leasing, franquia e factoring. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 41, out. 1999, pp. 30-44.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

GOMES, Orlando. *Direito Privado* (novos aspectos). Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v.3: contratos e atos unilaterais. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Dúvidas frequentes na eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos: uma análise da autonomia da vontade e da teoria geral dos contratos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 23, jul.-set. 2005, pp. 259-270.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, jan. 2001, pp. 73-82.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 11, n.43, jul. 2010, pp. 33-75.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, v. 99, mai.-jun. 2015, pp. 101-123.

LAGES, Leandro Cardoso. A nulidade de cláusula de eleição de foro e cláusula arbitral em contratos de franquia: o princípio da proteção ao contratante dependente em colisão com o princípio da vinculação aos contratos. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018, pp. 1-24.

LAINA, Roberto G. La. A cláusula compromissória e a autonomia negocial. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, a. 11, n. 43, out.-dez. 2014, pp. 129-154.

LAUDANNA, Raquel de Moraes. Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual: implicações com a utilização de valores constitucionais. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1, jan.-jun. 2012, pp. 45-80.

LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Org.). *Direito & Justiça Social*. 1ª ed. .São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, pp. 159-171.

LOMEU, Leandro Soares. A nova roupagem da autonomia privada e a relação de fiança locatícia: uma análise doutrinária e jurisprudencial a partir dos novos princípios contratuais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, jul. 2009, pp. 33-50.

LOVATO NETO, Renato. Contratos de consumo no direito brasileiro: regras gerais, interpretação e abusividade. *Revista Electrónica de Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, n. 2, out. 2013, pp. 2-21.

LOVECE, Graciela. Cláusulas abusivas en el Código Civil y Comercial. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 25, v. 103, jan.-fev. 2016, pp. 155-168.

MAILLART, Adriana da Silva e SANCHES, Samyra Dal Farra Naspolini. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 1, jan.-jun. 2011, pp. 9-34.

MARIANI, Irineu. Franchising em tópicos. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 26, n. 75, set. 1999, pp. 101-119.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O princípio da vulnerabilidade e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na proteção do Consumidor-Empresa. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 5, jul.-dez. 2009, pp. 105-123.

MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, jul.-set. 2015, pp. 2-12.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *AJURIS*, Porto Alegre, v.19, n. 56, nov. 1992, pp. 56-86.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 139, jul.-set. 1998, pp. 5-22.

MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 867, jan. 2008, pp. 11-51.

MATTOS NETO, Antonio José de. Novos contratos nominados: “leasing” e “franchising”. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Amapá, n. 5, mai.-ago. 1995, pp. 32-41.

MAZEAUD, Henri. *Lecciones de derecho civil*, v.1, p.2: obligaciones: el contrato, la promesa unilateral. Trad. de Alcala Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1969.

MAZEAUD, Denis. Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 60, n. 4, jul.-ago. 2014, pp. 800-849.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEZZASOMA, Lorenzo, Disciplina del contratto, tutela del contraente debole e valori costituzionali. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, out.-dez. 2015, pp. 95-127.

MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 16, v. 62, abr.-jun. 2007, pp. 259-267.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte Geral*, t. III. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983.

MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 19, 2º sem. 2000, pp. 246-268.

MONTEIRO, António Pinto. Do regime jurídico dos contratos de distribuição comercial. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 22, jan.-jun. 2002, pp. 33-50.

MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de Distribuição Comercial*. Coimbra: Almedina, 2002.

MONTEIRO, António Pinto. Contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais. *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n. 3, 2001, pp. 131 - 163.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Reflexões Metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rumos cruzados do Direito Civil pós-1988 e do Constitucionalismo de hoje. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião imobiliária urbana independente de metragem mínima: uma concretização da função social da propriedade. In: *Rumos Contemporâneos do Direito Civil: estudos em perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 427-428). Na mesma linha, cf. a lição de ROPPO, Enzo: “não se preocupa que o contrato seja objetivamente justo ou equitativo (...), mas preocupa-se, sobretudo, que ele seja cumprido regularmente”. (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, vol. 21, 2016.

MONTEIRO, Marina Stella de Barros. A autonomia privada nos contratos em massa e sua conformação pelo princípio da boa-fé objetiva. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*, São Paulo, v. 3, n. 9, jan.-mar. 2011, pp. 153-173.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*, v. 5: direito da obrigações, 2ª pt. 41ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v.4: direito das obrigações, 2ª pt. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

MORAES NETO, Deraldo Dias de. Contrato de franchising. *Bahia Forense*, Salvador, n. 32, jan. 1990, pp. 17-31.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, jan. 2005, pp. 95-119.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez. 2013, pp. 1 - 24.

MOTA, Maurício Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial & de empresa*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEHME, Jorge Elias. Autonomia da Vontade e seus limites à luz do novo código civil. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2007, pp. 131-136.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 12ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

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

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, n. 20, out.-dez. 1996, pp. 88-111.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. O conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 16, n. 64, out.-dez. 2007, pp. 80-108.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Tutela do consumidor na perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 24, v. 101, set.-out. 2015, pp. 103-136.

OLIVA, Milena Donato; RENTERÍA, Pablo. Autonomia privada e direitos reais: redimensionamento dos princípios da taxatividade e da tipicidade no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016, pp. 1-19.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Direito Civil: obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Sara Vieira de. O contrato de franchising: o conteúdo essencial do contrato de franchising, os desvios ao seu molde típico e a dependência económica do franquiado. Tese (Mestrado). Curso de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014.

ONÇA, Luciane da Silva; BARRETO, Wanderlei de Paula. Autonomia da vontade privada e extinção dos contratos. *Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, v. III, 2010, pp. 159-193.

PAES, Paulo Roberto Tavares. *Obrigações e contratos mercantis*. Rio de Janeiro: Forense, 1999

PENTEADO JUNIOR, Cassio M. C. O relativismo da autonomia da vontade e a intervenção estatal nos contratos. *Revista CEJ*, Brasília, n. 23, out. - dez. 2003, pp. 66-72.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Da franquia de empresa (franchising). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 73, 1997, pp. 251-278.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Isabella Cristina Ribeiro. Vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor: distinções significativas. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 17, n. 399, set. 2013, pp. 64-65.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016, pp. 127-157.

PERES, Tatiana Bonatti (Org.). *Temas relevantes de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Contratos de Adesão. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 1, 1904, pp. 3-43.

PINTO, Henrique Alves. A vulnerabilidade do consumidor e a ótica subjetiva do intérprete. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 26, v. 110, mar.-abr. 2017, pp. 43-77.

POTHIER, Robert Joseph; TELLES, José Homem Correa. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc*, t. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906.

REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 104, v. 956, jun. 2015, pp. 89-115.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. *Revista de Direito Privado - RDPRIV*, São Paulo, a. 15, v. 60, out. - dez. 2014, pp. 85-97.

REQUIÃO, Rubens. Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 67, v. 513, jul. 1978, pp. 41-62.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A “economia do contrato” como categoria jurídica. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 35, 2º sem. 2008, pp. 69-82.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Direito dos contratos e regulação de mercado. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 22, 1º sem. 2002, pp. 203-223.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *O contrato de franquia (franchising): noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais de regime*. Coimbra: Almedina, 2001.

RIBEIRO, Maria de Fátima. O contrato de franquia (franchising). *Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, v. 19, t. 1, 2005, pp. 77-127.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Contrato de franquia (franchising): o recurso à desconsideração da personalidade jurídica! para tutela dos interesses do franquiador. *Cadernos de Direito Privado*, Lisboa, n. 35, jul.-set.2011, pp. 22-40.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução da 3ª ed. francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia, 1937.

RIPERT, Georges. *Traité de Droit Civil: d'après le traité de planiol*, t. 2. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1957.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*, v. 3. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 163, jul.-set. 2004, pp. 113-130.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A revisão judicial dos contratos na jurisprudência atual. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 36, n. 131, out. 2016, pp. 161-170.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A revisão judicial dos contratos de consumo no Brasil. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; SILVA, Heraldo de Oliveira. *I Congresso Luso-brasileiro de Direito*. Lisboa: Almedina, 2013.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Revista Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 1, mar. 2017, pp. 155-188.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SAD, Maria Fernanda Bussamra. *O contrato de franquia e o abuso do poder econômico: fixação de preço de revenda*. Artigo Científico. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu LLC do INSPER, São Paulo, 2016.

SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution a l'etude de allemand*. Paris: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence, 1929.

SANTOS, António Marques dos. Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado em Portugal e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 23, 2º sem. 2002, pp. 81-151.

SANTOS, Douglas Henrique Marin. O contrato de franquia e a indenização de clientela no Brasil e em Portugal. *Direito em Debate - Revista do Departamento de ciências jurídicas e sociais da UNIJUÍ*, Ijuí, a. 24, n. 43, jan.-jun. 2015, pp. 98-110

SANTOS, Juliana Cardoso dos. *Da autonomia da vontade nos contratos de consumo*. Artigo Científico. Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SANTOS, Teresa Moura dos. Tutela do consumidor entre os contratos de adesão e as práticas comerciais desleais. *Revista Electrónica de Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, n. 1, fev. 2016, pp. 2-53.

SCAFF, Fernando Campos. As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 91, 1996, pp. 141-159.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Contrato de franquia empresarial (franchising). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, 1999, pp. 57-70.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. L'autonomia privata come fonte normativa e come canone di interpretazione del contratto. *Incontro Sul Tema*, Carela, 2015, pp. 1-9.

SILVA, Américo Luís Martins da. A franquia e as infrações da ordem econômica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 97, v. 358, n. 253, nov.-dez. 2001, pp. 3-10.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.); MORAES, Maria Celina Bodin de; CARDOSO, Vladimir Mucury (Co-autor). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 135-162.

SILVA, Guilherme Coutinho. Entre galáxias e o código: redes contratuais e os contornos do princípio da relatividade. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. pp 1 -14.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Autonomia privada e usos negociais empresariais. In: *Conversa sobre Autonomia Privada*. Cadernos do IEC. Canela, 2015. v. 6. pp. 21-33.

SILVA, Rodney Malveira da. A nova ordem dos princípios de Direito Contratual. *Revista Acadêmica do Curso de Direito da Libertas Faculdades Integradas*, Minas Gerais, v. 1, 2011, pp. 1-27.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Lei e jurisprudência sobre consumo e trabalho na sociedade contemporânea. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 22, v. 86, mar.-abr. 2013, pp. 13-45.

SILVEIRA, Newton. O contrato de franchise e a transferência de tecnologia. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 30, dez. 1989, pp. 20-25.

SILVEIRA, Newton. O contrato de franchising. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Novos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

SIMÃO Filho, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas, 1998.

STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade. Considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção moderna da teoria contratual. *Em tempo*, Marília, v. 8, set. 2009, pp. 55 - 68.

TAFARO, Sebastian. A dívida e a proteção da parte mais fraca do contrato. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 13, 2º sem. 1992, pp. 19-63.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Arbitragem e autonomia privada: notas para um debate. *Encontro Promovido pelo Instituto de Estudos Culturalistas*, Canela, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. 1ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 395-405.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *Revista de Estudos Jurídicos da PUC-PR*, v. 4, n. 1, ago. 1997, pp. 101-114.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 377, 2005, pp. 241-242.

TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil e proteção das vulnerabilidades. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, jan -mar. 2016, pp. 6-8.

TEPEDINO, Gustavo. *Soluções práticas de direito: pareceres*, v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Renovar. Rio de Janeiro: 2009.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A discricionariedade judicial na metodologia civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, v. 60, n.3, set.-dez. 2015, pp. 367-382.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 90, v. 790, ago. 2001, pp. 11-44.

TIBURCIO, Carmen. Cláusulas compromissórias em contratos de adesão. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, a. 11, v. 44, out.-dez. 2010, pp. 3-17.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 876, out. 2008, pp. 11-28.

VALLADÃO, Haroldo. Autonomia da vontade no direito internacional privado: contratos e transações internacionais. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 1, jul. 1982, pp. 77-92.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 1.7ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

VASCONCELOS, Fernando A.; MAIA, Maurilio Casas. A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Hernan Benjamin. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, a. 25, v. 103, jan.-fev. 2016, pp. 243-271.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no código civil brasileiro e no código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 90, v. 791, set. 2001, pp. 31-64.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: obrigações e contratos*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983.

WALD, Arnoldo. Do contrato de adesão no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 17, n. 66, abr.-jun. 1980, pp. 257-266.

WERNER, José Guilherme Vasi. Adesão, abusividade e vulnerabilidade: uma vinculação necessária? In: LEAL, Fernando (org.). *Direito Privado em perspectiva: teoria, dogmática e economia*. São Paulo: Malheiros, 2016.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 14, out.-dez. 2017, pp. 75-98.