

FERNANDA HILZENDEGER MARCON

**CLÁUSULA DE RESILIÇÃO CONTRATUAL
ANTE A CONCORDATA DO FRANQUEADO:
Análise de sua Legalidade e Legitimidade**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina como requisito para a
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Eduardo de Mello e Souza

Florianópolis (SC), setembro de 1997.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**CLÁUSULA DE RESILIÇÃO CONTRATUAL
ANTE A CONCORDATA DO FRANQUEADO:
*Análise de sua Legalidade e Legitimidade***

ALUNA: FERNANDA HILZENDEGER MARCON
PROF. ORIENTADOR: EDUARDO DE MELLO E SOUZA

FLORIANÓPOLIS (SC), SETEMBRO, 1997.

Agradecimentos especiais àqueles que, decisivamente, colaboraram para a concretização desta monografia:

Aos meus pais e irmãos, pelos esforços dispendidos em prol da excelência de minha formação profissional;

Ao meu orientador, Professor Eduardo, pelo profissionalismo e dedicação com que coordenou esta atividade de pesquisa;

Aos amigos que, de alguma forma, dispuseram-se a ler o presente trabalho, criticando-o e, assim, colaborando para seu aperfeiçoamento; e

Àquele que acompanhou, desde o início, o desenvolvimento desta monografia, opinando criteriosamente sobre sua estrutura e seu conteúdo, Marcos Andrey de Sousa.

Dedico esta monografia aos meus pais, Antônio e Maria Goretti, e a Marcos Andrey, pelo amor, dedicação e compreensão que por eles me foram destinados.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	viii
CAPÍTULO I - O Sistema de <i>Franchising</i>.....	01
I.1. Esboço Histórico.....	01
I.2. Conceito.....	05
I.2.1. A Conceituação Legal.....	08
I.2.2. A Formulação de um Conceito.....	08
I.3. Natureza Jurídica	09
I.4. Classificações	11
I.5. Elementos do Sistema de <i>Franchising</i>	16
I.6. Vantagens e Desvantagens do <i>Franchising</i>	18
I.7. Cláusulas Contratuais.....	21
I.8. Considerações sobre a Lei nº 8955, de 15 de dezembro de 1994	23
CAPÍTULO II - Aspectos Destacados do Instituto da Concordata.....	25
II.1. Esboço Histórico.....	26
II.1.1. A Evolução do Direito Concursal no Brasil.....	30
II.2. Função Social do Instituto da Concordata	35
II.3. Conceito	37
II.4. Natureza Jurídica	39

II.5. O Processo e a Substituição das Partes.....	41
II.6. Natureza e Efeitos da Sentença Concessiva da Concordata	44
II.7. Efeitos da Concordata sobre os Contratos Bilaterais do Concor- datário	45
CAPÍTULO III - Análise da Cláusula Resilitória Condicionada ao Deferimento da Concordata do Franqueado	48
III.1. A Caracterização do Contrato de Adesão	49
III.2. As Novas Tendências da Teoria Contratual	50
III.3. O Código de Defesa do Consumidor.....	54
III.4. A Aplicabilidade dos Princípios do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos em Geral	55
III.5. A Abusividade da Cláusula Resilitória Condicionada ao Deferimento da Concordata do Franqueado	57
III.6. A Relação Econômica entre Franqueador e Franqueado	59
III.7. O Conflito entre a Ordem Pública e as Disposições de Caráter Privado	61
III.8. O Controle Judicial da Cláusula de Resilição Contratual Condicionada ao Deferimento da Concordata do Franqueado.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71

INTRODUÇÃO

O momento econômico-social pelo qual passa o país enseja sérias preocupações não só ao empresariado brasileiro, mas também a toda a classe trabalhadora, que, diante dos baixos níveis de crescimento econômico a que se tem presenciado nos últimos anos, tem seus empregos ameaçados pelo fechamento das empresas. Além disso, no núcleo da espiral que se apresenta, surge também o Estado como grande prejudicado, em virtude do decréscimo de suas receitas tributárias.

A instituição da nova moeda, o real, em 1994, fator de tênue estabilidade econômica, induziu a um reaquecimento descompassado das relações econômicas, fato que fomentou o investimento no aperfeiçoamento e criação de novas empresas, sob a expectativa de recuperação a curto prazo do capital empregado, diante de um crescimento econômico acelerado.

Sob este prisma, tem-se destacado, nas últimas décadas, o *franchising*, pelas inúmeras vantagens que esta espécie de sistema traz tanto às partes contratantes — franqueado e franqueador — quanto ao próprio público consumidor.

O reaquecimento econômico verificado no início do Plano Real, entretanto, ensejou situação anacrônica, o que levou o governo, receoso de que o crescimento acelerado pudesse vir a causar desequilíbrios institucionais, como a retomada dos altos índices inflacionários até então vividos, a adotar drásticas medidas de desaceleração econômica, no intuito de manter um desenvolvimento sustentável. A partir desse momento, deu-se início ao processo recessivo, que prossegue, com um ou outro ajuste, até os presentes dias.

Diante desse quadro desolador, tem-se recorrido com muita frequência ao instituto da concordata, cuja finalidade específica volta-se à recuperação do devedor infeliz e de boa fé. As estatísticas demonstram que, desde a instituição do Plano Real (1994), os pedidos de concordata cresceram em proporção assustadora. Tenta-se, a todo custo, evitar a falência, cujas conseqüências sociais e econômicas são muito mais traumáticas do que as da concordata.

Ocorre que, se por um lado a estabilidade financeira induz o Estado a atuar de forma mais firme junto ao mercado, evitando arroubos econômicos que induzam a uma situação de desequilíbrio, por outro, as possibilidades comerciais se multiplicam, mormente no tocante ao *franchising*.

Há, contudo, que se atentar para as práticas comerciais, nas quais tem-se verificado a adoção de cláusulas resilitórias condicionadas ao deferimento da concordata do franqueado, fazendo-se necessária uma análise mais aprofundada acerca do tema, uma vez que mencionados dispositivos inviabilizam a recuperação do devedor.

Neste sentido, buscar-se-á, no presente trabalho, demonstrar a abusividade da cláusula resilitória condicionada ao deferimento da concordata do franqueado, evidenciando-se sua ilegalidade e ilegitimidade. Para tanto, serão apresentadas, no primeiro capítulo, a estrutura fundamental, principais características e conseqüências do sistema de *franchising* — fatores essenciais à compreensão da tese ora defendida —, saliente-se, sem a preocupação de esgotamento das teorias referentes a este sistema. Após, no segundo capítulo, destacar-se-ão elementos do instituto da concordata, denotadores de seu caráter social e de sua função econômica. E finalmente, no terceiro capítulo, já estabelecidos com clareza os conceitos de *franchising* e de concordata, bem como seus elementos essenciais, dar-se-á cabo à análise da cláusula resilitória, com base na doutrina, jurisprudência e legislação vigentes.

Será utilizado o método indutivo de abordagem; o método de procedimento comparativo, entre os sistemas adotados em diversos países; e ainda, as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

CAPÍTULO I

O SISTEMA DE FRANCHISING¹

I.1. Esboço Histórico.

As práticas comerciais que originaram o sistema hoje conhecido por *franchising* iniciaram-se no final do século XIX, nos Estados Unidos da América, frente ao peculiar quadro sócio-econômico que houvera sido formado naquela região, logo após a chamada Guerra de Secessão (1861-1865).

À época, os Estados do Norte dos E.U.A., cujos níveis de industrialização e desenvolvimento econômico garantiram-lhes a vitória na guerra civil travada com os Estados do Sul dos E.U.A., fundamentalmente agrícola e escravagista, necessitavam expandir seus negócios, impondo aos demais suas políticas econômica e social. Contudo, fragilizados pelos investimentos financeiros empregados na guerra, não dispunham os industriais daquela região de muitos

¹ Inicialmente, para que se estabeleça o rigor terminológico, em respeito à fiel compreensão do tema aqui tratado, imperiosa se faz a distinção entre os termos *franchising* — como originalmente concebido — e sua tradução *franquia comercial*. Aquele possui conteúdo mais amplo, abrangendo de forma genérica todo o sistema criado a partir da relação estabelecida entre franqueador e franqueado. Já o termo *franquia comercial* é expressão do direito que o franqueador concede aos franqueados, bem como a unidade comercial, estabelecimento ou ponto de venda, que em virtude de convenção entre as partes são operados por estes últimos.

recursos para a consecução de seus objetivos. Então, necessitou-se da elaboração de práticas comerciais capazes de atender aos anseios de industriais e comerciantes, qual seja a conquista de novos mercados consumidores a baixos custos.

Surgem a partir de então as primeiras linhas delineadoras do *franchising*, o qual em princípio muito se assemelhava ao atual contrato de distribuição de mercadorias.

Trazem os compêndios doutrinários, como sendo a primeira experiência vitoriosa no que diz respeito às práticas comerciais referentes a este novo sistema, cuja finalidade primordial seria “*expandir a rede de distribuição de produtos e serviços em diferentes zonas geográficas com reduzidos custos, a fim de propiciar ao industrial, ao comerciante e ao prestador de serviços maior participação no mercado e maior rentabilidade*”², aquela empreendida pela Singer Sewing Machine Company norte-americana, em 1860. Posteriormente, já em 1898 e 1899, aventuraram-se a General Motors e a Coca-Cola, seguidas, em 1955, pelos irmãos Dick e Maurice McDonald, criadores da rede de lanchonetes McDonald’s. A partir de então, assumiu o *franchising* caráter internacional, chegando até mesmo a ser utilizado em países como a Rússia e a China.

Saliente-se por oportuno, que o sistema de *franchising* ganhou grande impulso após o advento da II Guerra Mundial — período em que passou a ser empregado nos moldes em que é concebido atualmente. Este desenvolvimento deveu-se à necessidade premente, existente em países como os Estados Unidos da

² LOBO, Jorge. *Contrato de “Franchising”*, p. 1.

América, de recolocação no mercado de trabalho de ex-combatentes e daqueles que haviam sido desapossados de suas terras em virtude das batalhas travadas. O *franchising* vinha então ao encontro dos interesses perpetrados, pois unia os ideais de autonomia privada, presentes nas sociedades capitalistas emergentes, às metas de expansão de atividades industriais e comerciais e utilização moderada de recursos financeiros.

Hoje, pode-se dizer que sob a égide da chamada “globalização”, cujos objetivos voltam-se ao incentivo do intercâmbio financeiro e cultural entre países pertencentes a um mesmo bloco econômico ou, em uma segunda etapa, entre diferentes blocos, o *franchising* traz em seus fundamentos práticas comerciais capazes de viabilizar, econômica e culturalmente, a internacionalização de propriedades e técnicas industriais, satisfazendo assim os fins acima descritos.

A adaptação a que se acaba de referir fica evidenciada nos dados trazidos pelo Professor ADALBERTO SIMÃO FILHO³ :

“Finalmente, consoante recente levantamento efetuado pelo Departamento do Comércio dos Estados Unidos, denominado Franchising in the economy, nos anos de 1985 a 1987, constatou-se que 342 empresas americanas se instalaram em diversos países da Europa, América do Sul e Central, Oriente e África com 30.188 empresas franqueadas em funcionamento. Este número subiu, em apenas um ano, para 354 empresas franqueadoras com um total de 31.626 unidades franqueadas em atividades. Como se percebe, a tendência do comércio através do sistema de franchising é tão só de crescimento nas diversas localidades do mundo onde seja praticado. (...)”

No Brasil, o *franchising* vem sendo utilizado há décadas, com

³ In *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 19.

sucesso especial entre pequenas e médias empresas, que com pequenos investimentos⁴ obtêm o direito ao uso de marcas, produtos ou serviços já com grande aceitação pelo público consumidor. O *boom* deste sistema, que figura dentre os setores de maior crescimento em nossa economia nos últimos anos, fazendo com que o Brasil ocupe hoje a posição de quarto maior franqueador do mundo (perdendo somente para os EUA, Japão e França) , culminou na criação da Associação Brasileira de Franchising (ABF), em 1987, com o fim específico de fomentar o desenvolvimento desta espécie de atividade comercial.

Segundo dados colhidos pela ABF no IV Censo Brasileiro do *Franchising*⁵, o Brasil dispõe, atualmente, de aproximadamente 800 (oitocentas) empresas franqueadoras e 27.000 (vinte e sete mil) franqueadas, apresentando um crescimento médio do setor superior a 20% (vinte por cento) ao ano. E ainda, o faturamento anual destas empresas gira em torno de US\$ 10.000.000.000,00 (dez bilhões de dólares), o que representa 10% (dez por cento) do PIB Brasileiro. Sem contar aumento do nível de empregos proporcionado pela inserção destas empresas na economia nacional.

Sem sombra de dúvida, frente aos números acima apresentados, há que se dar maior importância ao estudo do sistema de *franchising*, bem como à análise das consequências sócio-econômicas resultantes de sua atuação em face das

⁴ Segundo dados obtidos junto à Associação Brasileira de *Franchising*, Seção do Rio de Janeiro, por ocasião da realização do IV Censo Brasileiro do *Franchising*, 44% (quarenta e quatro por cento) das franquias oferecidas atualmente no Brasil exigem investimentos iniciais inferiores a US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares).

⁵ Os dados apresentados neste parágrafo foram disponibilizados aos usuários da *Internet*, pelo endereço “<http://www.franchising.com.br/index.htm#1>”.

necessidades de mercado e de sua extinção, por força de determinações unilaterais, em prejuízo do franqueado, do público consumidor e da própria economia nacional.

I.2. Conceito.

As práticas comerciais insurgidas desde o século XIX em torno do que se logrou chamar de *franchising*, aliadas à exigüidade de legislação pertinente ao assunto, culminaram na elaboração de diferentes conceitos acerca do tema — variáveis em relação ao tempo e ao espaço.

O estudo das diferentes acepções apresentadas por autores nacionais mostrou-se, sob esta perspectiva, bastante elucidativo. A utilização de métodos comparativos propiciou a seleção dos principais elementos do *franchising*, suas características e conseqüências jurídicas, culminando na formulação de um conceito próprio acerca do sistema.

Dentre os conceitos estudados nota-se, por vezes, o enfoque sobre atuação das partes contratantes, com a conseqüente negação de qualquer vínculo de subordinação existente entre franqueadores e franqueados⁶. De outra forma, há autores que optam por enfatizar o caráter financeiro da franquia empresarial, ressaltando em suas definições as contra-prestações exigidas pela disponibilização do uso da marca ou serviço⁷, ou ainda a responsabilidade pelo custeio da expansão

⁶ MARTINS, Fran. *Contratos Comerciais*, p. 486.

⁷ ABRÃO, Nelson. *Da Franquia Comercial*, p. 10.

do sistema⁸. Também há os que, como WALDÍRIO BULGARELLI⁹ e MARIA HELENA DINIZ¹⁰, destacam a vigência espacial do contrato, apontando a exclusividade a que, regra geral, tem direito o franqueador.

Merece destaque, pela minuciosa descrição oferecida, o conceito elaborado pelo Professor ADALBERTO SIMÃO FILHO¹¹, segundo o qual:

“(...) franchising é um sistema que visa a distribuição de produtos, mercadorias ou serviços em zona previamente delimitada, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato(s) mercantil(is) celebrado(s) por comerciantes autônomos e independentes, embuídos de espírito de colaboração estrita e recíproca, pelo qual, mediante recebimento de preço inicial apenas e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado, o franqueador lhe cederá, autorizará ou licenciará para uso comercial, propriedade incorpórea constituída de marcas, insígnias, título de estabelecimento, know-how, métodos de trabalho, patentes, fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente no comércio específico.

Outra importante colaboração para a formação de um conceito de *franchising* é apresentada por JORGE LOBO¹² ao afirmar que além da assistência técnica devida pelo franqueador ao franqueado, o contrato poderá também abranger a elaboração do projeto para 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*).

Alguns autores e entidades estrangeiros são também mencionados por

⁸ BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis*, p. 484.

⁹ Idem.

¹⁰ In *Tratado dos Contratos*, v. 4, p. 39.

¹¹ In *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 35.

¹² In *Contratos de Franchising*, p. 26.

doutrinadores pátrios, trazendo no bojo de suas definições variáveis como o controle exercido pelo franqueador sobre os negócios do franqueado¹³ e a caracterização do *franchising* como um método de colaboração entre as empresas contratantes.

No âmbito do Direito Comparado, vale também destacar a definição elaborada pela CORTE DE APELAÇÃO DE PARIS, a qual afirmou ser o *franchising* um método de colaboração entre duas ou várias empresas comerciais, uma franqueante, outra franqueada, onde a primeira, proprietária de um nome de uma razão social conhecida, de sinais, símbolos, marcas de fábrica, comercial ou de serviço, bem como de *know-how* particular, põe à disposição de uma outra o direito de utilizar, mediante um *royalt* ou uma entrada percebida, um conjunto de produtos ou de serviços, originais e específicos, para explorá-los obrigatória e totalmente segundo técnicas comerciais experimentadas, postas em uso e periodicamente recicladas, de uma forma exclusiva, a fim de conseguir um melhor impacto no mercado e obter um acelerado desenvolvimento da atividade comercial das empresas contratadas; este contrato pode supor uma ajuda industrial, comercial ou financeira, permitindo a integração da atividade comercial do franqueante com respeito ao franqueado iniciado em uma técnica original e *know-how* fora do comum, permitindo a manutenção da imagem da marca, do serviço ou do produto vendido e o desenvolvimento da clientela a menor custo e com maior rentabilidade das partes que conservam juridicamente uma independência total¹⁴.

¹³ ZANELLI *apud* SIMÃO FILHO, Adalberto, ob. cit., p. 27

¹⁴ *Apud* SIMÃO FILHO, Adalberto, ob. cit., p. 30.

II.2.1. A Conceituação Legal.

No Brasil, como em poucos países, os *contratos de franquia empresarial* encontram-se regulados pela Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que traz em seu artigo 2º a seguinte definição:

“Art. 2º. Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso da 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.”

II.2.2. A Formulação de um Conceito.

Finalmente, a partir dos conceitos acima expostos, podemos considerar ser o *franchising* um sistema de colaboração pelo qual uma empresa (franqueadora) disponibiliza a outra empresa (franqueada) o uso de sua propriedade material e imaterial, já conhecida pelo público consumidor, mediante o pagamento de uma remuneração, oferecendo a esta última assistência técnica e financeira garantidora da distribuição padronizada de produtos e serviços, com o fim de estabelecer uma rede de comercialização entre empresas independentes, capaz de garantir o desenvolvimento acelerado das mesmas.

I.3. Natureza Jurídica.

Conforme pode-se depreender dos conceitos apresentados no item anterior, divergem os autores quanto à natureza jurídica do *franchising*, por vezes considerando-o: (a) um contrato de trabalho; (b) um contrato atípico; (c) um contrato preliminar ou normativo; (d) um contrato de concessão comercial; (e) um contrato de cooperação entre empresas; (f) um contrato de licença comercial; (g) um contrato de distribuição; (h) um contrato de adesão; (i) um contrato de propriedade industrial; (j) um contrato de prestação de serviços; (l) um contrato de compra e venda; ou (m) um contrato de cessão de direitos.

Parece, entretanto, equivocado o entendimento que atribui à franquia a natureza de contrato de trabalho, pois as práticas comerciais e a própria legislação pertinente, no caso do Brasil, revelam a total independência existente entre franqueado e franqueador. Inexiste, nesta relação, o elemento caracterizador daquela espécie de contrato, qual seja o vínculo de subordinação entre as partes.

Outrossim, mostra-se também indevida sua caracterização como um contrato atípico, em face do advento da Lei nº 8.955/94 — reguladora dos contratos de franquia comercial em nosso país.

No mais, adota-se o entendimento que atribui ao *franchising* a qualificação de um sistema misto, associativo de características específicas dos contratos de compra e venda mercantil, de propriedade industrial, normativo, de concessão e licença comercial, de distribuição e de prestação de serviços, dando

ênfase ainda — por interesse específico da tese ora defendida — aos elementos identificadores dos contratos de adesão e de cooperação entre empresas.

É certo que contratos de franquia comercial são pré-formulados pela empresa que disponibiliza o uso de suas propriedades material e imaterial (franqueadora), deixando ao usuário destes bens (franqueado) apenas a faculdade de aderir ou não àquele instrumento. Inexiste, na formação desta espécie de contrato, a fase inicial de discussão e elaboração conjunta das disposições contratuais, capazes de expressar fielmente a vontade de ambas as partes. O que se quer combater, portanto, deixando clara sua natureza adesiva, é a abusividade de cláusulas advindas desta imposição unilateral à parte mais fraca da relação contratual.

Opta-se também por classificar o *franchising* como um contrato de cooperação entre empresas, por voltar-se, através do encontro de interesses havido entre franqueador e franqueado, à conquista do desenvolvimento acelerado das partes contratantes. Trata-se, sob este aspecto, de dar ênfase ao caráter finalístico desse sistema e às conseqüências sócio-econômicas de sua implantação. Também aqui, quer-se chamar atenção acerca da responsabilidade de ambas as contratantes sobre o sucesso das atividades empreendidas pela outra e sobre o retorno de seus investimentos.

I.4. Classificações.

Pela observação das relações contratuais originadas da implantação e desenvolvimento dos sistemas de *franchising* atualmente conhecidos, podemos inicialmente classificá-los em dois gêneros, quais sejam o *product trade mark franchising* (ou franquia de produto e marca registrada) e o *business format franchising*.

O chamado *product trade mark franchising* pode ser entendido como o sistema pelo qual o franqueador, mediante o pagamento de uma remuneração, disponibiliza o uso de sua marca simplesmente para que o franqueado revenda os produtos por ele produzidos, por preço superior ao de aquisição. Nesse caso, não são oferecidos ao franqueado quaisquer serviços ou suporte adicional para o desenvolvimento de suas atividades, não havendo também a imposição de fórmulas ou métodos de comercialização por parte do franqueador. Conforme pode-se verificar, aqui o *franchising* muito se aproxima do contrato de distribuição, diferenciando-se deste apenas pelo fato de utilizar-se o franqueado de fatores como o nome do estabelecimento comercial pertencente ao seu franqueador, o que não ocorre naquela outra espécie de contrato.

O segundo gênero apresentado — *business format franchising* —, com maior aceitabilidade entre industriais e comerciantes, traduz um sistema em que o franqueador não só disponibiliza o uso de sua marca, mas também de suas técnicas industriais e/ou métodos de administração e comercialização, impondo ao

franqueado normas de padronização de produção e distribuição de seus produtos ou serviços. Sob este prisma, percebe-se a ingerência direta do franqueador sobre os negócios do franqueado, através da supervisão constantemente realizada. Interessante citar, neste sentido, aspectos apresentados por DANIEL A. BERNARD¹⁵, em sua obra *Franchising: Avalie este Investimento*, quanto ao gênero *business format franchising*:

“(a) a cessão do uso de marca registrada (nome comercial, marca de serviço, logotipo; (b) um plano de marketing, elaborado pelo franqueador, que fica responsável pela assistência técnica ao franqueado; (c) o pagamento de uma remuneração ao franqueador, sob a forma de uma taxa inicial e/ou pagamento contínuo de royalties; (d) o direito de o franqueador rescindir unilateralmente o contrato, independentemente do prazo de duração oficialmente estipulado.”

Quanto às espécies pelas quais se apresenta, pode-se classificar o *franchising*, com base nos autores estudados e, em especial, adotando entedimento semelhante ao apresentado por MARIA HELENA DINIZ¹⁶, da seguinte maneira:

a) Franquia de Serviços: nesta espécie de sistema o franqueado oferece ao consumidor final uma prestação de serviços originalmente criada e desenvolvida pelo franqueador, respeitando a padronização que lhe é imposta em decorrência da fama da marca utilizada.

ADALBERTO SIMÃO FILHO¹⁷ salienta, quanto a esta espécie de *franchising*, a importância na escolha do franqueado, e que, “também, ao consumidor é necessário informar que o prestador de serviço é tão-só franqueado e

¹⁵ Apud LOBO, Jorge. *Contrato de “Franchising”*, p. 28.

¹⁶ In *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, v. 4, p. 43.

¹⁷ In *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, pp. 45-46.

independente da pessoa, ou grupo de pessoas, que tornaram os serviços famosos, para que tenha faculdade de não contratá-lo caso entenda que não poderá receber o mesmo serviço que o franqueador prestaria”.

b) Franquia Comercial: sob este título agrupam-se duas das classificações apresentadas por autores estudados, quais sejam a chamada franquia de produção e a franquia de distribuição.

Nos sistemas configurados sob a égide da franquia comercial os bens produzidos pelo franqueador (franquia de produção), ou por terceiros fabricantes licenciados (franquia de distribuição), são repassados aos franqueados para que sejam comercializados junto ao público consumidor, nos mercados locais. Volta-se ao desenvolvimento de uma rede de lojas de produtos idênticos, sob um mesmo símbolo, como é o caso das franquias de produtos automobilísticos, perfumarias, postos de gasolina, e outros, sendo as mais utilizadas espécies de *franchising*.

c) Franquia industrial: nela o franqueador, além da disponibilização do uso de sua marca, cede ao franqueado fórmulas, métodos e tecnologia de fabricação de seus produtos, exigindo sigilo quanto aos mesmos. O processo de fabricação, que deverá obedecer aos padrões já formatados, será acompanhado pelo franqueador, que oferecerá assistência técnica e administrativa ao franqueado, desde a implantação física do estabelecimento até a venda dos produtos que possuam sua marca.

Apresentadas as espécies de *franchising*, imperioso trazer ao

presente trabalho algumas das formas pelas quais se manifesta este sistema, que podem interessar ao desenvolvimento da tese defendida:

a) Franquias Unitárias e Múltiplas:

A chamada franquia unitária consiste no sistema tradicional, em que uma empresa (franqueadora) disponibiliza, diretamente, à outra (franqueada), o uso de suas propriedades material e imaterial, mediante o pagamento de uma remuneração.

Acontece que, em decorrência da internacionalização das atividades comerciais e da necessidade de se atingir áreas geográficas de distribuição cada vez maiores, passou-se a adotar sistemas de franquias múltiplas, dentre os quais encontramos a *master* franquia e a franquia de desenvolvimento de área. Tais sistemas caracterizam-se pelo estabelecimento de vários contratos de franquia, entre partes diversas, ligados por um elo de continuidade. Neste sentido, o detentor de uma marca ou patente disponibiliza seu uso a alguém (franqueado), que, por sua vez, nos limites deste primeiro contrato, outorgará tais direitos a terceiros, e assim por diante, continuamente.

Na *master* franquia, bastante utilizada nos dias atuais, o franqueador contrata outrem, para que este subfranqueie a terceiros, denominados subfranqueados, o uso de suas propriedades material e imaterial, respeitando sempre os padrões impostos pelo “pacote” de franquia que adquiriram. O intermediário assume, assim, dupla posição em relação aos contratos estabelecidos; considera-se-o

franqueado em relação ao franqueador principal (ou master franqueador), enquanto, no que tange à relação firmada com o subfranqueado, assume a condição de franqueador.

Quanto aos seus fundamentos e objetivos, vale lembrar o ensinamento de FERNANDO JOSÉ FERNANDES¹⁸:

“A master franquia é o meio de alavancagem de um sistema de franquia, simultaneamente em paralelo, em vários mercados, mediante associação para exploração de uma área cuja ocupação demanda recursos que não estejam diretamente disponíveis pelo franqueador, não importante seu tamanho ou que implique uma dispersão indesejada de esforços do franqueador, se ocupada pela forma convencional de franquia unitária.”

Outra modalidade de franquia múltipla é apresentada através da chamada franquia de desenvolvimento de área. Neste caso, como acontece na master franquia, o franqueador contrata outrem para que este coordene a instalação de diversos pontos de venda em determinada área geográfica. Entretanto, diferencia-se daquela modalidade, porque aqui o franqueado ficará responsável pela instalação e desenvolvimento dos pontos escolhidos, que serão posteriormente franqueados.

b) Franquias de Multimarcas:

Neste caso, o franqueado detém mais de um pacote de franquias, comercializando produtos e/ou serviços de diferentes marcas em um mesmo estabelecimento comercial, em consonância com os acordos firmados com os franqueadores.

¹⁸ Apud JORGE LOBO, 1994, p. 29.

c) Franquias de Reversão:

Dá-se nas hipóteses em que o franqueado já detém um estabelecimento comercial, onde há algum tempo vinha desenvolvendo suas atividades, à época da realização do contrato de franquia. Neste caso, efetua no mesmo as alterações exigidas pelo franqueador para a padronização da distribuição dos produtos fabricados ou adquiridos sob o sistema de *franchising*.

A prática revela ser esta modalidade pouco utilizada. O que ocorre, na maioria das vezes, é a constituição de uma empresa para o fim específico de aquisição de um pacote de franquia. Até porque, muitas vantagens são apresentadas neste sentido, como a minimização dos riscos inerentes ao início de uma atividade comercial comum.

I.5. Elementos do Sistema de *Franchising*.

Três são os elementos caracterizadores de um sistema de *franchising*:

(a) a existência de um contrato escrito; (b) a presença de partes, franqueador e franqueado, ligadas à função comercial; e (c) objeto investido do caráter de comerciabilidade.

A existência de um contrato escrito justifica-se pela complexidade de que se reveste o *franchising* (conforme já exposto no item I.3 deste capítulo). Tanto é verdade, que a recente legislação publicada no Brasil (Lei nº 8.955/94) determina,

em seu art. 7º, que “o contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado por 2 (duas) testemunhas”.

O Professor ADALBERTO SIMÃO FILHO¹⁹ noticia a existência de contratos preliminares à realização do que seria o contrato principal de franquia comercial, denominados *pré-franchise*. Sua finalidade estaria voltada à avaliação da capacidade administrativa e operacional do interessado na franquia, assim como, de sua parte, de todos os fatores integrantes do pacote a ser adquirido. Sua vigência encontrar-se-ia, desta forma, limitada no tempo, sendo que após o decurso do prazo estipulado o contrato definitivo seria finalmente assinado.

Tratando-se a franquia de um contrato comercial, há que se admitir que as partes contratantes devam ser empresas comerciais, individuais ou coletivas, já existentes em tempos anteriores à assinatura daquele instrumento ou constituídas especificamente para este fim.

Neste sentido e considerando os fins a que se destina o sistema aqui estudado é que se afirma que seu objeto, ou seja, os produtos ou serviços sobre os quais se voltam os interesses de franqueados e franqueadores, deverão dispor do caráter de comercialidade. Traduz-se a comercialidade pelo devido registro dos mencionados produtos ou serviços no órgão competente²⁰, somada ao poder que detém o franqueador de cedê-los a terceiros, para que estes os distribuam regularmente ao consumidor final.

¹⁹ In *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*, p. 59-60.

²⁰ No Brasil, o INPI - Instituto Nacional de Propriedade Intelectual.

I.6. Vantagens e Desvantagens do *Franchising*.

Conforme ficou claro até aqui, a implantação de sistemas de *franchising* tem como escopo o desenvolvimento acelerado das empresas cooperadoras, através da expansão da rede de distribuição de seus produtos e serviços, cuja principal vantagem é a **minimização de seu custo de instalação**.

Contudo, a despeito do aspecto genérico acima apresentado, mostra-se conveniente a individualização de algumas vantagens e desvantagens experimentadas pelas partes, bem como pelo público consumidor.

Ao franqueador aproveitam as vantagens da rápida expansão da rede de comercialização de seus produtos, com a conquista de novos mercados consumidores; do alcance da notoriedade de sua marca, já conhecida, mas que pela implantação do sistema passa a atingir um número muito maior de pessoas; do aumento no volume de compras a serem efetuadas para o suprimento das necessidades de seus franqueados, que resulta também no aumento de seu poder de barganha junto aos seus fornecedores; da ausência de relação empregatícia entre as partes contratantes ou mesmo entre os custos de expansão comercial e/ou industrial; e genericamente, da redução dos custos inerentes à operação do *franchising*, inversamente proporcionais ao crescimento da rede de comercialização, em decorrência do rateio efetuado entre franqueador e franqueados. Ainda neste

sentido, ROBERTO CINTRA LEITE²¹ enumera mais quatro vantagens, que merecem destaque: (1) maior motivação; (2) melhor publicidade; (3) menores responsabilidades; e (4) melhores representantes.

Outrossim, em correspondência às vantagens aproveitadas pelo franqueador, beneficia-se o franqueado do prestígio da rede, o que agilizará a formação e crescimento do aviamento da empresa adquirente do “pacote” de *franchising*; da pré-formatação do negócio iniciado, cuja operacionalização já foi devidamente testada pelo franqueador, fazendo com que diminuam os riscos inerentes à iniciação de uma atividade comercial; das assistências técnica, de produção e administração do negócio, e, por vezes, financeira oferecidas pelo franqueador. Além destas vantagens, JORGE LOBO²² apresenta: (1) a existência de um plano de negócios; (2) menores custos de instalação; (3) economia de escala; (4) maior crédito; (5) maior lucratividade; (6) pesquisa e desenvolvimento; e (7) a independência do negócio.

Em contrapartida aos benefícios acima mencionados, observam-se algumas desvantagens trazidas pelo sistema, como resultantes diretas da relação franqueador-franqueado.

Durante o funcionamento do *franchising* poderá o franqueador ser prejudicado pela indisciplina do franqueado, que refletirá negativamente em face do conhecimento de sua marca; ou por problemas de inadequação deste à formatação imposta pelo negócio, com perdas em relação à produção final e ao retorno

²¹ *Apud* LOBO, Jorge. *Contrato de “Franchising”*, p. 35.

²² *Ob. cit.*, p. 35-36.

financeiro programado; ou ainda pela atitude desidiosa do franqueado, que desmotivado pela eventual baixa rentabilidade de seu negócio, passe a agir em detrimento dos padrões estabelecidos, prejudicando não só os interesses do *franqueador*, mas também das demais unidades franqueadas. Vale destacar também alguns fatores trazidos por JORGE LOBO²³, como: (1) perda parcial do controle; (2) maior custo de supervisão; (3) maiores custos de formatação; (4) perda de sigilo; e (5) risco de desistência.

Quanto ao franqueado, destaque-se a perda parcial de sua autonomia empresarial, em decorrência da formatação e supervisão exercidas pelo franqueador sobre a atividade comercial e/ou industrial desenvolvida; o controle deste último, em alguns casos, até mesmo sobre a contabilidade e operações financeiras efetuadas pelo franqueado; a obrigatoriedade da aquisição de produtos somente dos fornecedores indicados pelo franqueador, o que por vezes encarece os custos de produção e distribuição; o **DESAMPARO NA INSOLVABILIDADE**, uma vez que na maioria dos casos os contratos de franquia comercial trazem consigo cláusula de rescisão em caso de concordata do franqueado — tema da presente pesquisa e que será melhor desenvolvido no Capítulo III. No mesmo rol, menciona ainda JORGE LOBO²⁴: (1) a obrigatoriedade quanto ao pagamento da taxa de franquia; (2) a localização forçada; e (3) a imposição de restrições à cessão do sistema.

Por fim, há que serem consideradas vantagens oferecidas ao público

²³ Ob. cit., 1994, p. 35.

²⁴ Ob. cit., 1994, 36.

consumidor por meio da expansão das redes de franquia, tais como o aumento das opções de consumo, com garantia da padronização da qualidade e dos preços praticados pelas diversas unidades de um mesmo sistema, dentre outras facilidades geradas pelo conhecimento da marca e da excelência dos serviços e produtos distribuídos.

Por outro lado, a adoção do sistema de *franchising*, aliada à acelerada expansão de unidades franqueadas e à ausência da devida publicidade no que tange à relação contratual firmada entre franqueador e franqueado, poderá ocasionar a confusão do consumidor quanto à responsabilização por eventuais danos sofridos em decorrência da aquisição dos produtos e serviços oferecidos pela rede.

I.7. Cláusulas Contratuais.

Diante da exigüidade de legislação pertinente ao *franchising*, vê-se que a elaboração dos contratos formadores deste sistema ocorre com base nas práticas comerciais verificadas nos locais em que se instalarão as unidades franqueadas, portanto, variáveis no tempo e no espaço. Todavia, a despeito da anomia verificada, as cláusulas contratuais estabelecidas encontram, sempre, limite nos princípios gerais de direito vigentes no ordenamento jurídico em que se inserem.

Ainda que não seja possível a adoção de um contrato *standart* de

franquia, porque variáveis os interesses das partes e as contingências sócio-econômicas do momento de sua realização, trazem os autores algumas cláusulas indispensáveis ao sucesso do negócio empreendido, quais sejam: (1) que determine o prazo, suficiente à garantia do retorno do capital investido e do lucro previsto; (2) o preço de aquisição do “pacote” de franquia; (3) os tipos de prestação devidas pelo franqueado; (4) a cessão de direitos (*know-how*, marcas, insígneas, patentes, métodos e sistemas, etc.) por parte do franqueador; (5) a exclusividade territorial e de provisionamento conferida ao franqueado, dentre outras.

Conforme orientação fornecida pelo CEAF - Centro de Estudos Avançados de *Franchising*²⁵, na realização de um contrato de franquia empresarial

“o candidato (a franqueado) deve a princípio aceitar as seguintes cláusulas contratuais: (a) normas operacionais que vão definir e manter o padrão da rede; (b) limitação do uso da marca e da publicidade local, também para proteção da própria rede; (c) prazos de contrato para previsão múltipla de expectativas; (d) taxas de remuneração de acordo com o potencial de resultado da franquia; (e) multas e outras cláusulas penais que protegerão o franqueador e a rede; (f) aprovação prévia do franqueador na transferência da franquia. Entretanto, o candidato não deve aceitar os seguintes tipos de cláusulas ou sua ausência: (a) não definição de território, ou pelo menos de prioridade de abertura de novas unidades numa determinada região; (b) imposição de cotas de compra de mercadorias ou insumos; (c) não definição das obrigações do franqueador; (d) não definição das condições para repassar a franquia ou mesmo para rescindir o contrato.”

A disposição destas e de outras cláusulas contratuais haverá, contudo, que observar o princípio da equidade, de onde devem estar claras todas as condições e conseqüências advindas da assinatura do instrumento em que se inserem. Neste sentido, defendemos, para as hipóteses de abusividade ocorridas no Brasil, a

²⁵ *Apud* LOBO, Jorge, ob. cit., pp. 36-37.

aplicação dos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor, além de outros, com o fim de se impedir a vigência de tais previsões.

I.8. Considerações sobre a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.

Até o início do ano de 1995, os contratos de franquia vinham sendo firmados, no Brasil, com base nas práticas comerciais locais, época esta em que entrou em vigor a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, trazendo em seu bojo a definição do que seria uma franquia empresarial.

Ao contrário do que se poderia esperar, limitou-se o legislador a instituir normas gerais, referentes ao período pré-contratual, em nada dispendo acerca do conteúdo desta espécie de contrato ou, sequer, do combate à adoção de cláusulas abusivas.

A inovação trazida, neste sentido, configurou-se na exigência do fornecimento do que chamou de Circular de Oferta de Franquia, conforme o disposto em seus artigos 3º e 4º. Tal documento deverá conter uma série de informações referentes ao negócio oferecido e à própria pessoa do franqueador, capazes de dar conhecimento ao franqueado acerca do sistema que passará a integrar. Percebe-se, então, a preocupação do legislador em preservar a transparência do negócio e a boa-fé pela qual deverão se pautar as partes contratantes.

No mais, decepciona o legislador, deixando margem à livre atuação das partes, evidentemente desiguais economicamente. Perdeu-se, com certeza, a oportunidade de se combater a instituição de cláusulas como aquela que determina a rescisão contratual imediata diante do deferimento da concordata do franqueado.

CAPÍTULO II

ASPECTOS DESTACADOS DO INSTITUTO DA CONCORDATA

Toda empresa, durante o desenvolvimento de suas atividades, assume riscos inerentes às práticas comerciais por ela empreendidas. Percalços que podem ser trazidos pela implementação de planos de estabilização econômica, pautados em políticas de restrição ao crédito, ou em desastres ocasionados por fenômenos naturais, como por exemplo uma inundação derivada de um forte temporal, ou ainda, dentre tantas outras hipóteses de força maior ou caso fortuito, pela concorrência desleal a que dão cabo empresários inescrupulosos. Enfim, como já ensinava, em 1932, o professor S. SOARES DE FARIA²:

“O commerciante tem suas tempestades como o oceano: os acontecimentos do mundo, os movimentos da politica, a guerra, a paz, a escassez, a propria abundancia, originam perturbações imprevistas, produzem commoções subitas no commercio e juntam as mais sabias combinações. Quasi sempre o commerciante, enganado por sua confiança, victima por sua vez, de muitas outras quebras, é obrigado a seu pezar a faltar a compromissos que estava muito longe de não querer cumprir.”

Em meio a essa realidade é que se consagrou o instituto da concordata como o meio jurídico capaz de afastar daquele comerciante honesto e de

²In *Da Concordata Preventiva da Fallencia*, pp. 14-15.

boa-fé, que se vê surpreendido pelas agruras da atividade que desenvolve, a má fama que, no dizer daquele ilustre doutrinador, “*não abandona o fallido, qualquer que seja a sua attitude, acompanha-o sempre, como a sombra ao corpo*”²⁷.

As tendências apresentadas pelo Direito Concursal demonstram, com absoluta clareza, a crescente preocupação em se conferir ao devedor honesto e de boa-fé tratamento jurídico diferenciado daquele destinado ao devedor de má-fé. O instituto da concordata assume, por assim dizendo, posição importante no espectro das relações comerciais, como meio jurídico voltado à recuperação de empresas economicamente viáveis, que atingidas por crises financeiras encontram-se, momentaneamente, em estado de insolvabilidade.

II.1. Esboço Histórico.

No que tange à narração da evolução histórica do Direito Concursal, traz o saudoso professor NELSON ABRÃO²⁸ excelente dimensionamento temporal, o qual, por questões didáticas e por respeito à obra do autor, adotar-se-á neste estudo.

Situa aquele autor, a evolução dos procedimentos concursais em quatro períodos distintos: (1) desde o período romano, no qual se tem notícia, pela primeira vez, da adoção de procedimentos concursais, até o advento da I Guerra

²⁷ Ob. cit., p. 17.

²⁸ In *Curso de Direito Falimentar*, pp. 13-27.

Mundial; (2) período compreendido entre a I e a II Guerras Mundiais; (3) período compreendido entre a II Guerra Mundial e o advento da Lei francesa nº 85-98, de 1985; e (4) após o início da vigência de referida lei.

O primeiro período da evolução do Direito Concursal, iniciado na Roma Antiga, apresentava procedimentos dirigidos não contra o patrimônio, mas contra a própria pessoa do devedor. Tais atos possuíam caráter meramente punitivo, infligindo-lhe nota de infâmia que o acompanhava mesmo após sua morte, não se destinando em momento algum à recomposição do patrimônio dos credores.

Durante a Idade Média evoluíram os procedimentos no sentido de que a execução já não mais se voltava contra a pessoa do devedor, mas contra seu patrimônio. Adotou-se, nas Cidades Italianas Medievais, sistemas de expropriação dos bens do devedor, dando origem aos procedimentos concursais propriamente ditos.

Nesta fase, o instituto da concordata surge pela primeira vez, nos moldes em que hoje o concebemos, em meio aos clamores sociais para que se destinasse aos devedores honestos e de boa fé, desgraçados por percalços econômicos, tratamento jurídico diferente daquele conferido a devedores inescrupulosos, que por ato próprio de má fé haviam deixado de cumprir obrigações assumidas.

Há, contudo, quanto à análise do surgimento e da evolução do instituto da concordata, quem afirme ter ele se originado em institutos pertencentes

ao *jus civile* romano, quais sejam o *pactum ut minus salvatur* — benefício concedido aos herdeiros de devedor insolvente, que, desejando expurgar a nota de infâmia que acompanharia a memória do morto, negociam com seus credores a remissão parcial ou dilação dos prazos de pagamento da dívida existente — e o instituto das *inducioe quinquennales* — consubstanciado na dilação do prazo para o pagamento das dívidas assumidas, concedido pelo imperador. Cabe, entretanto, mencionar a oposição oferecida por alguns doutrinadores quanto à enumeração dessas origens, apresentada sob o argumento de que tais institutos, pertencentes ao direito civil, em nada influenciaram na formação de nosso Direito Falimentar.

O instituto da concordata suspensiva passa, a partir do século XV — com a expansão mercantilista e o incremento das relações comerciais — a ser adotado em vários países da Europa, verificando-se sua sistematização já nas Ordenanças Francesas de 1673, e posteriormente no Código Francês de 1807. Quanto à concordata preventiva, foi a mesma apresentada pela primeira vez na Bélgica, somente em 1887.

O segundo momento histórico, compreendido entre a I e a II Guerras Mundiais, trouxe importantes mudanças com relação ao concurso de credores. A crise sócio-econômica originada no período pós-guerra apontava para a necessidade de conservação das empresas, como principal forma de manutenção dos níveis de emprego e de arrecadação tributária — fator imprescindível à reconstrução dos Estados. Neste contexto, ganhavam ênfase os procedimentos concursais, e em especial o instituto da concordata, à época estigmatizado pelo controle privado de

seus benefícios. Estavam em jogo, entretanto, apenas os interesses de credores e devedores, possuindo os primeiros poder de decisão acerca da oportunidade e conveniência da concessão da concordata.

Expondo as características pertinentes aos períodos acima descritos, NELSON ABRÃO²⁹ afirma que *“enfocando exclusivamente a relação devedor-credores, os procedimentos concursais em suas duas primeiras fases históricas não poderiam deixar de ter uma conotação liquidatária e solutória, como concepção finalística, e processual, como metodológica”*.

Após o advento da II Guerra Mundial (terceiro período histórico), verificou-se a intensificação da necessidade de conservação e viabilização financeira de empresas em crise. Período este também caracterizado pela maior ingerência do Estado na economia e pela insurgência do chamado Direito Econômico.

Em 1965, o Direito Concursal foi, definitivamente, marcado pela divulgação de pesquisa desenvolvida pela Inspeção-Geral de Finanças da França, através da qual foram apresentados dois princípios básicos de sua atuação: *“I - a empresa viável, em crise, deve ser preservada; a inviável liquidada; II - é necessário separar a sorte da empresa em relação a seus dirigentes, punindo as faltas deste e assegurando a salvaguarda daquela”*³⁰. Dava-se ênfase cada vez maior ao caráter público do Direito Concursal.

²⁹ In *Curso de Direito Falimentar*, p. 23-24.

³⁰ *Apud* NELSON ABRÃO, ob. cit., p. 24.

A quarta e última fase, inicia-se com o advento da Lei francesa nº 85-98, de 25 de janeiro de 1985. A partir de então, segundo as prescrições contidas nesta legislação³¹, o princípio da preservação da empresa é levado às últimas conseqüências, abandonando o Direito Concursal sua ótica privada, para adotar, definitivamente, um posicionamento arraigado na ordem pública.

Nestes últimos dois períodos evolutivos, o Direito Concursal vem se caracterizando pelo emprego dos métodos governativo e administrativo de recuperação de empresas. Neles, ao contrário do que se verificava nos métodos de mercado (de conotação liquidatária e solutória), importam os motivos pelo qual a empresa está em crise, bem como a posição ocupada pela mesma no mercado. Tratam-se pois, de técnicas de reestruturação empresarial, aplicadas por meios judiciais e extrajudiciais.

II.1.1. A Evolução do Direito Concursal no Brasil.

No Brasil, vigeram até os dias atuais uma série de diplomas esparsos e sucessivos, sem que tenha ocorrido a sistematização dessa legislação.

As primeiras prescrições referentes ao Direito Falimentar foram apresentadas pelas Ordenações do Reino, vigentes em Portugal, nas quais restava

³¹ Segundo NELSON ABRÃO, ob. cit., p. 25, o art. 1º da mencionada lei francesa assim dispõe: *“É instituído um procedimento de reerguimento judicial destinado a permitir a salvaguarda da empresa, a manutenção da atividade e do emprego e a apuração do passivo. O reerguimento judicial é assegurado segundo um plano estabelecido por decisão de justiça, resultante de um período de observação. Este plano prevê, seja a continuação da empresa, seja sua cessão. Quando nenhuma dessas soluções se mostre possível, procede-se à liquidação judicial.”*

claro o aspecto punitivo das prescrições concernentes ao devedor “quebrado”, às quais se sucedeu a edição do Código Comercial de 1850. Nele, regulava o legislador, além da falência do devedor comerciante, a concessão da concordata suspensiva.

De outra maneira, a concordata preventiva passaria a existir em nosso ordenamento jurídico somente em 1890, através do Decreto nº 917, o qual também instituiu o benefício da moratória e da cessão de bens. Estes últimos, extintos pelo Decreto nº 859, de 1902.

À legislação acima mencionada, seguiu-se a promulgação da Lei nº 2.024, em 1908, e a edição do Decreto nº 5.745, de 1929, os quais mantiveram os institutos das concordatas preventiva e suspensiva, cuja concessão subordinava-se à anuência prévia dos credores que detivessem a maioria dos créditos. Neste sentido, consistia a concordata em uma liberalidade dos credores que, comovidos pela infelicidade do devedor, acordavam em evitar-lhe ou afastar-lhe os efeitos da falência.

Hoje, o assunto encontra-se regulado pelo Decreto-Lei nº 7.661, de 1945. Em conformidade com suas disposições, tem-se na concordata um *favor legal*, cuja possibilidade de deferimento limita-se apenas à verificação do cumprimento dos requisitos constantes em lei³².

³² Duras críticas são dirigidas ao Decreto-lei nº 7.661/45, merecendo destaque consideração trazida por NELSON ABRÃO (ob. cit., p. 32), segundo o qual “no vigente Direito positivo brasileiro é marcante a orientação liquidatária, não se tendo consagrado ainda a tendência recuperadora, mesmo porque, por ocasião da elaboração da lei, não se levou em conta o fenômeno empresa, com todas as suas complexas implicações”³². Pecou a norma ao ignorar estes princípios, em voga desde o final da II Guerra Mundial,

Percebe-se, contudo, que as decisões judiciais proferidas nas últimas décadas vêm procurando adaptar a legislação vigente no país às novas tendências do Direito Concursal, suavizando os rigores legais. Neste sentido, ampliaram-se as possibilidades de concessão dos benefícios da concordata, por se compreender necessária e vantajosa a conservação de empresas que, embora em estado de insolvabilidade, mostrem-se economicamente viáveis. Exemplo disso pode ser visto em majoritário entendimento jurisprudencial, segundo o qual a existência de títulos protestados não impede o deferimento da concordata preventiva³³.

Ainda sob este mesmo aspecto, de adaptação da legislação falimentar de 1945 às atuais contingências econômicas e sociais, vale citar as alterações materiais e processuais promovidas pela legislação superveniente, em especial aquelas introduzidas pela Lei nº 8.131, de 24 de dezembro de 1990. Reflexo direto do quadro de instabilidade econômica que assolou o Brasil na década de 80, impulsionado por altos índices inflacionários e pela adoção de diversos “planos econômicos”, fundados em políticas simplistas de estabilização monetária,

momento em que se deu maior vazão aos interesses públicos prejudicados pelo encerramento das atividades empresariais.

³³ Assim tem-se manifestado o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Concordata preventiva. Nítida tendência jurisprudencial de abrandamento do teor do inciso IV do art. 158 da Lei de Falências, exigente da inexistência de títulos protestados para deferimento do favor legal (TJSP, ADCOAS nº 128.027 e TJSC, JC 38/351) — O preceito, rigoroso — não distinguindo protesto ocasional ou fortuito, ou ainda protestos verificados nas proximidades do ajuizamento do pedido de concordata, de reiteradas e seguidas ocorrências da espécie, estas sim a evidenciarem nítido e contumaz inadimplementos de obrigações comerciais — tem sido abrandado pelo Judiciário, não só em atenção à excepcionalidade do fato, como porque não há interesse social na eclosão de falências. — Despacho agravado que, posto não agrida a lei, choca-se com a tendência da jurisprudência ‘fonte geral e extensa de exegese’ segundo autorizada doutrina. — Imperativo de aplicação da lei por forma de adequá-la às realidades sociais, a que não pode estar indiferente o juiz, como intérprete e aplicador da norma legal e presente a grave conjuntura econômica por que atravessa o país. — Provimento do agravo para decidir-se não ser óbice ao processamento da concordata da agravante a existência de títulos contra ela protestados no período de 60 dias que antecedam ao pedido. Decisão: ‘Por votação unânime, dar provimento ao agravo. Custas de lei’.” (TJSC - Agravo de Instrumento - Blumenau - julg. 6.6.91 - publ. DJ nº 8272, em 14.6.91, p. 14 - Rel. Des. João José Ramos Schaefer)

mencionada lei impôs, dentre outras providências, a correção de todos créditos sujeitos à concordata (cf. alteração do artigo 163, do Decreto-lei nº 7.661/45). Procurava-se, com isso, moralizar tal instituto, impedindo que a crescente desvalorização da moeda, aliada à limitação do índice de correção monetária anteriormente aplicado aos créditos habilitados, service ao locupletamento indevido de comerciantes inescrupulosos, que em prejuízo de interesses coletivos, fabricavam um estado de insolvabilidade para obter, por meio do favor legal, o prolongamento do prazo de pagamento de suas dívidas e a diminuição de seu valor real.

Por fim, é importante ressaltar que tramita junto ao Congresso Nacional o **Anteprojeto de Lei de Recuperação e de Liquidação Judicial de Empresas**³⁴, trazendo, apesar de acanhadas, alterações à legislação vigente capazes de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional destinada a devedores infelizes e de boa fé. Destina a eles, por assim dizendo, os benefícios do instituto da **recuperação da empresa** — em substituição ao atual instituto da concordata —, o qual define como *“um instrumento destinado a sanear a atividade devedora, salvaguardando a manutenção da sua atividade, do emprego de seus trabalhadores e os interesses dos credores, viabilizando, dessa forma, a realização de sua função social, admitida, por isso, a livre negociação dos seus interesses entre as partes envolvidas”* (cf. artigo 10).

Dentre as inovações apresentadas pelo anteprojeto, deve-se destacar a

³⁴ Refere-se aqui ao Substitutivo do Relator, deputado OSVALDO BIOLCHI, consubstanciado na terceira versão preliminar daquele anteprojeto de lei.

dilatação do rol dos beneficiários do instituto — que passará a ser aplicado a todas as pessoas físicas e jurídicas que exerçam atividade econômica em nome próprio e de forma organizada, e não mais simplesmente àqueles que pratiquem habitualmente atos de mercancia — e da legitimação ativa para o requerimento de seus benefícios — que poderá ser realizado pelo próprio devedor, ou, no caso de sua morte, pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros ou inventariante, assim como qualquer dos sócios ou acionistas da sociedade devedora, pelo credor com garantia real ou quirografário (cf. artigo 15) —, além da sujeição de créditos preferenciais ao regime da *recuperação da empresa*.

Vale ressaltar ainda que, ao contrário da concordata, cujos benefícios resumem-se à remissão ou dilação dos prazos de pagamento das dívidas do concordatário, o instituto da *recuperação da empresa* (cf. artigo 14 do anteprojeto ora discutido) traz meios alternativos para a consecução de seus fins, quais sejam a possibilidade de “*transformação, incorporação, fusão ou cessão de quotas ou ações da sociedade*” (inciso I), “*alteração ou substituição do bloco de controle*” (inciso II), “*substituição total ou parcial dos administradores*” (inciso III), “*aumento do capital social*” (inciso IV), “*arrendamento*” (inciso V), “*aumento da carga horária pelos trabalhadores, sem remuneração complementar ou redução temporária de seus salários*” (inciso VI), “*concessão de prazos e condições especiais para pagamento de obrigações vencidas, até o limite de 36 (trinta e seis) meses, prorrogáveis por mais 24 (vinte e quatro) meses*” (inciso VII), “*dação em pagamento*” (inciso VIII), “*constituição de sociedade de credores*” (inciso IX),

“venda parcial dos bens” (inciso X) e concessão de “prazos antecipados e condições especiais de pagamento dos créditos dos fornecedores, prestadores de serviços e financiadores que se obrigarem a continuar operando normalmente com a empresa, durante toda a recuperação” (inciso XI).

Vê-se, portanto, com a adoção de tais medidas, a preocupação do legislador em viabilizar a recuperação e continuidade das atividades empresariais, e espera-se que, com a instituição dessas novas normas, da mesma maneira como vem acontecendo em tantos outros países, o Brasil incorpore, definitivamente, à legislação falimentar a chamada *teoria da empresa*³⁵, adotando técnicas judiciais e extrajudiciais de recuperação e reestruturação destas unidades e combatendo abusos e injustiças originados da conotação liquidatória e solutória presente, atualmente, em nossos procedimentos concursais.

II.2. Função Social do Instituto da Concordata.

O recurso aos benefícios da concordata vem assumindo grande vulto frente ao quadro sócio-econômico mundial, nas últimas décadas.

As “quebras” que se tem verificado não só no Brasil, mas em tantos outros países industrializados, têm preocupado governos e entidades sociais, em

³⁵ É importante salientar que os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais atualmente vigentes no Brasil, reconhecem a aplicabilidade da *teoria da empresa*, em caráter geral, a todas as relações jurídicas decorrentes da atividade empresarial, com exceção das obrigações contidas no artigo 10 de nosso Código Comercial e no que tange ao Direito Falimentar.

virtude dos altos índices de desemprego e marginalidade a que dão origem, bem como à perda de arrecadação tributária. Esta nova abordagem, absorvida pela doutrina jurídica contemporânea, traz à baila o interesse público que se esconde por trás da concessão de uma concordata, capaz de, por si só, sobrepujar os interesses particulares em voga, quais sejam os pertencentes ao credores e ao próprio devedor. Neste sentido, ensina S. SOARES DE FARIA³⁶:

“Obstando a fallencia, com todo o seu cortejo de diminuições patrimoniaes, e os rigores que lhe são inherentes, a concordata preventiva, com offerecer ao devedor meio de subtrahir-se à indignidade, que o sentimento social lhe attribue por ser fallido, e às restricções pessoasas desse estado decorrentes, é tambem vantajosa para os credores e de indiscutivel interesse publico.”

Ainda sob este mesmo prisma, manifesta-se o professor JORGE LOBO³⁷ acerca das novas tendências e implicações sociais a que deve estar voltada a concessão dos benefícios da concordata, senão vejamos:

“A partir de 1978, com a corporate reorganization americana e, mais recentemente, com a Lei francesa nº 84-148, de 01.03.1984, relativa à prevenção e ao regulamento amigável das dificuldades das empresas, e a Lei nº 85-98, de 25.01.1985, relativa à recuperação e à liquidação judiciária das empresas, a lei portuguesa de 1985 e a lei inglesa de 1986, a preocupação maior passou a ser com a sorte da empresa, devido ao interesse público em conservar-se um organismo produtor de riquezas e empregador de mão-de-obra e não mais tanto com os direitos dos credores, embora estes continuem a merecer especial tratamento legal.

A evolução histórica do instituto da falência em verdade demonstra que, hoje, mais do que nunca, há um grande interesse do Estado na permanência das empresas econômica e financeiramente viáveis, o que fez surgir o denominado ‘princípio da conservação da empresa’, segundo o qual ela ‘representa um valor objetivo de organização que deve ser preservada’, pois toda crise da empresa causa um prejuízo à comunidade.”

³⁶ In *Da Concordata Preventiva da Fallencia*, pp. 16-17.

³⁷ In *Direito Concursal*, 1996, p. 6.

Completando ainda, em outro momento, o ilustre doutrinador³⁸ :

“Essa ‘nova filosofia do Direito da insolvência’ e esse ‘novo Direito da empresa em crise’, além de estimularem a criação de procedimentos pré-concursais e pré-falimentares, de natureza extrajudicial e judicial, com vistas a sanear, reorganizar e recuperar a empresa em dificuldades, deixam ao largo teorias e ideologias já superadas e substituem o caráter privatístico e a concepção liberal do Direito concursal clássico por uma revolucionária concepção publicística e social, provocando uma sensível modificação na maneira de encará-lo, entendê-lo e aplicá-lo.”

Conclui-se, portanto, que o instituto da concordata deverá, invariavelmente, voltar-se à concretização de duas funções promordiais, quais sejam: (1) evitar a falência do devedor, com a manutenção de suas atividades comerciais e a conseqüente circulação do crédito, o que termina por ocasionar o benefício dos credores, cujas chances de recebimento da quantia que lhes é devida aumenta substancialmente nas hipóteses de deferimento do favor legal; (2) evitar o desequilíbrio sócio-econômico e a debilitação das atividades comerciais como um todo, que poderão vir a ser ocasionados pela decretação da falência do devedor.

II.3. Conceito.

A formulação do conceito de Concordata, fundada em nossa atual lei falimentar (Decreto-lei nº 7.661/45), apresenta-se, dentre os autores estudados, bastante homogênea. As diferenças verificadas cingem-se, assim, a meros detalhamentos do processo judicial e de suas conseqüências não só jurídicas, mas

³⁸ Ob. cit., p. 8.

também, e principalmente, econômicas e sociais.

Afirma-se, unanimemente, tratar-se o mencionado instituto de uma demanda, cujo objeto é a regularização das relações patrimoniais existentes entre o devedor — pré-insolvente — e seus credores, que se realizará por meio da dilação dos prazos de pagamento e/ou da remissão parcial das dívidas daquele, com o fim específico de evitar-lhe ou suspender-lhe a falência³⁹.

Destaca-se, neste sentido, pelas particularidades apresentadas no que diz respeito às ilações do deferimento da Concordata em face da ordem econômica, o ensinamento apresentado por J. C. SAMPAIO LACERDA⁴⁰, segundo o qual:

“(...) podemos definir a concordata como sendo o ato processual pelo qual o devedor propõe em Juízo melhor forma de pagamento a seus credores, a fim de que, concedida pelo juiz, evite ou suspenda a falência. O instituto da concordata traz vantagens para o devedor porque evita sua ruína, permitindo possa ele permanecer ou voltar a suas atividades como homem de negócio. Por outro lado, também os credores aproveitam-se, pois melhores e maiores percentagens obterão que na falência, sendo preferível, quase sempre, restabelecer o devedor, possibilitando que ele mesmo dirija seus negócios.”

Outra variação constatada, refere-se à distinção entre os institutos da concordata preventiva e da concordata suspensiva. Nesta perspectiva, tem-se as considerações de DARCY BESSONE⁴¹ e JORGE LOBO⁴², para o qual a concordata preventiva constitui-se de um *“um favor ou privilégio legal, em benefício do devedor comerciante honesto e de boa-fé, que preenche determinados*

³⁹ Neste mesmo sentido manifestam-se TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (in *Comentários à Lei de Falências*, p.328), RUBENS RAMALHO (apud LOBO, Jorge. *Direito Concursal*, p. 44), NELSON ABRÃO (in *Curso de Direito Falimentar*, p. 218) e outros.

⁴⁰ in *Manual de Direito Falimentar*, 1996, p. 243.

⁴¹ In *Instituições de Direito Falimentar*, pp. 191-192 e 200.

⁴² Ob. cit., p. 45.

requisitos formais taxativamente previstos em lei e que não pode satisfazer no vencimento obrigação líquida e certa, constante de título que legitime a ação executiva”⁴³.

Além dos conceitos acima apresentados, consentâneos com os dispositivos de nossa lei falimentar, vale citar a definição formulada por LO CASCIO⁴⁴, ilustre doutrinador italiano:

“A concordata preventiva constitui, portanto, um remédio singular que a lei impõe, a fim de que o empreendedor comercial, em face de determinadas condições, possa eliminar a insolvência que a determinou e prover a satisfação de seus credores; permite enfim, que situações particulares de crises empresariais, determinadas por meros fenômenos econômicos, possam ser superados de modo não prejudicial à economia nacional”

Interessante atentar para a conotação macroeconômica atribuída, pelo autor citado, ao instituto da concordata. Esta ótica evidencia a importância da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, cuja finalidade principal traduz-se, senão no crescimento, ao menos na estabilidade da economia nacional. Condizente com as novas tendências do Direito Concursal, LO CASCIO constrói, assim, um conceito fundado em planos de recuperação empresarial, subtraindo-o ao caráter meramente liquidatário a que estão fadados os doutrinadores pátrios.

⁴³ JORGE LOBO, 1996, p. 45.

⁴⁴ Tradução livre do original italiano (In *Il Concordato Preventivo*, p. 3):

“Il concordato preventivo costituisce, dunque, un particolare rimedio che la legge pone affinché l'imprenditore commerciale, in presenza di determinate condizioni, sia in grado di eliminare l'insolvenza determinatasi e provvedere al soddisfacimento delle ragioni creditore; di permettere infine che particolari stati di crisi imprenditoriale, determinate da meri fenomeni economici, possano essere superate in modo non pregiudizievole per l'economia nazionale.”

II.4. Natureza Jurídica.

Divide-se a doutrina, quanto à determinação da natureza jurídica do instituto da concordata, em três distintas correntes⁴⁵, quais sejam: (1) a da teoria contratual, segundo a qual a concordata consiste num acordo firmado entre o devedor e os credores sujeitos aos seus efeitos — estes obrigados pela decisão da maioria, segundo as teorias da *vontade presumida* ou da *representação da minoria pela maioria*; (2) a da teoria processual, que utilizando-se do termo *concordata-sentença* evidencia o fato de estar o instituto sujeito à direção e homologação judicial, dependendo apenas do preenchimento dos pressupostos legais, independentemente da vontade dos credores; (3) a da teoria da obrigação legal, a qual justifica a subordinação dos credores minoritários, sejam ausentes ou dissidentes, aos ditames da concordata em virtude de prescrição contida em lei — é a teoria adotada na Itália, por VIVANTE e SUPINO.

No Brasil, anteriormente ao advento do Decreto-lei nº 7.661/45, muito se discutia acerca da natureza jurídica da concordata, alternando-se as opiniões entre aqueles que lhe atribuíam um caráter contratual e aqueles que vislumbravam no instituto a natureza jurídica processual.

Por certo, a legislação que estava em vigor dava margem a tais discussões, uma vez que se exigia, para a concessão judicial dos benefícios da concordata, a concordância, senão de todos, pelo menos da maioria dos credores do

⁴⁵ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, V. 8, 1962, pp. 332-333.

requerente.

Hoje, tais debates já não têm mais sentido, uma vez que o Decreto-lei nº 7.661/45, afastando a necessidade da concordância dos credores e conferindo ao magistrado o poder-dever de, diante da verificação do cumprimento de todos os requisitos legais por parte do devedor, conceder-lhe os benefícios da concordata, atribuiu a este instituto natureza jurídica exclusivamente processual. Neste sentido, ensina PONTES DE MIRANDA⁴⁶ :

“Preliminarmente, é de advertir-se que a concordata, que hoje se regula no Decreto-lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, arts. 139-186, de concordata só tem o nome. Em vez do negócio jurídico unilateral das indúcias creditórias e do acôrdo extrajudicial, ou judicial, com maior ou menor função do juiz, e da moratória por ato de graça do Príncipe, tem-se, hoje, a concordata ou — melhor — a dilação, que é prestação jurisdicional, pois o Estado atribuiu, em certas circunstâncias, ao devedor, a concordata preventiva ou suspensiva, e ao mesmo tempo assegurou a tutela jurídica. A Justiça, diante do pedido de concordata, presta o que o Estado fizera direito do devedor; e presta-o, porque o Estado também prometera ao devedor a tutela jurídica.

Portanto, conclui-se que, segundo a natureza jurídica da concordata, adotada pelo Direito brasileiro, a concessão ou não deste favor legal depende da análise única e exclusiva do juiz, quanto ao preenchimento dos requisitos legais. Não é dado a terceiros, sejam credores ou não, o poder de suprimir o direito do devedor infeliz e de boa-fé de utilizar-se deste amparo legal, ainda que tal acontecimento decorra de expressa previsão contratual.

⁴⁶ In *Tratado de Direito Privado*, v. 30, p. 22.

II.5. O Processo e a Substituição das Partes.

A teor dos dispositivos contidos no Decreto-lei nº 7.661/45, tem-se na concordata o deferimento de um favor ou privilégio legal, condicionado ao cumprimento de determinados requisitos e realizado por meio de um processo judicial. Em outras palavras, ao devedor pré-insolvente confere a lei o direito de dirigir-se ao Estado para requerer a prestação da tutela jurisdicional, no sentido de obter, mediante a comprovação de sua boa fé e da viabilidade de recuperação de seu negócio, a dilação e/ou remissão parcial de suas dívidas.

Diversamente do que acontecia em tempos remotos, quando à concordata era atribuído o caráter contratual, nos moldes da legislação vigente, tal instituto assumiu conotação estritamente processual. Diante da verificação do preenchimento de todas as exigências legais, ao magistrado é imposto o poder-dever de prestar a tutela requerida.

Faz-se necessário, portanto, um parêntese no pensamento até aqui desenvolvido, para que se rememorem alguns princípios da Teoria Geral do Processo, imprescindíveis à conclusão da tese defendida.

A evolução do que hoje chamamos Direito Processual, e sua relação com o Direito Material, impôs a superação de regimes de autotutela, autocomposição e arbitragem, utilizados hoje somente em caráter excepcional e nos estritos moldes legais, com a adoção do regime jurisdicional. Neste, o Estado detém o monopólio da jurisdição, ou seja, somente a ele cabe dizer o direito no caso

concreto. Neste sentido:

“Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, como uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia e satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui a das partes.”⁴⁷

Uma vez provocada a atuação jurisdicional, não poderão mais as partes, ainda que de comum acordo, atuar em prejuízo de terceiros, pelo fato de que a lide, cuja existência anterior limitava-se à esfera privada de seus interesses, assume, através do processo, conotação evidentemente pública. A proteção aos direitos individuais, a que se dispôs o Estado quando chamou para si o monopólio da jurisdição, atinge a sociedade como um todo, na medida em que limita a livre iniciativa de terceiros ante o direito por ele reconhecido.

No processo de concordata, especificamente, a publicação da sentença que reconhece o estado de insolvabilidade do devedor, deferindo-lhe o favor legal pleiteado, angulariza a relação jurídico-processual, alterando formalmente as relações materiais existentes entre o concordatário e seus credores. Significa dizer que, ocorrida a prestação da tutela jurisdicional, não podem as partes exercer livremente seus direitos creditícios, em respeito ao princípio *pars conditio creditorum* — fundamento último do concurso de credores estabelecido.

TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE⁴⁸ ensina que “a lei

⁴⁷ CINTRA, A. C. de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*, p. 23.

⁴⁸ Ob. cit., 1962, p. 328.

vigente, com a estruturação processual da concordata, submete a magistratura à pesada prova de competência. Dá-lhe atribuições delicadas e poderes amplos, com duplo objetivo: o de resolver, honestamente, o conflito de interesses individuais e o de preservar a empresa mercantil contra a ameaça de sua destruição”. Portanto, caberá ao magistrado, substituindo-se às partes (devedor e credores), velar pelo cumprimento de todos os termos estabelecidos durante o processamento da concordata, afastando a atuação de interesses escusos ao fim maior deste instituto, qual seja, a recuperação da empresa em crise.

II.6. Natureza e Efeitos da Sentença Concessiva da Concordata.

A sentença que concede ao devedor honesto e de boa-fé os benefícios da concordata tem duplo caráter. Em um primeiro momento, trata-se de uma decisão judicial de cunho declaratório, através da qual ocorre o reconhecimento de uma situação de fato já existente, qual seja o estado de insolvabilidade do requerente. Enquanto, em um segundo momento, possui natureza constitutiva, através da qual o Estado-juiz, substituindo-se às partes na fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas, cria uma nova situação jurídica, impondo às partes e a terceiros o cumprimento de determinadas exigências legais.

Ao contrário dos efeitos atribuídos à sentença judicial comum, cuja capacidade vinculativa restringe-se às partes litigantes, na concordata a sentença tem abrangência *erga omnes*, atingindo não só a credores e devedor, mas a toda a

coletividade, que ciente de sua decretação pelas formalidades legalmente impostas, sujeita-se às normas a ela inerentes. Corrobora este entendimento a afirmação do professor DARCY BESSONE⁴⁹, segundo o qual “*a sentença produz efeitos erga omnes. Difere das demais sentenças porque estas, pelo menos de ordinário, somente vinculam as partes litigantes. Aplicam-se a quantos tenham interesse ligado à falência, mesmo quando os interessados sejam estranhos ao processo*”.

Face à abrangência dos efeitos advindos da sentença proferida no processo de concordata, o desvio de suas finalidades ou a desobediência às determinações nele contidas, ainda que por terceiro estranho à relação jurídico-processual, implica em evidente descumprimento a decisão judicial, punível civil e, até mesmo, criminalmente, nos moldes do artigo 359 do Código Penal brasileiro.

II.7. Efeitos da Concordata sobre os Contratos Bilaterais do Concordatário

Por fim, necessárias se fazem algumas considerações acerca da prescrição contida no artigo 165 do Decreto-lei nº 7.661/45, de acordo com o qual os contratos bilaterais firmados pelo devedor, ainda não cumpridos à época da concessão da concordata, não se resolvem diante deste acontecimento. As obrigações anteriormente assumidas pelo concordatário, por assim dizendo, mantêm-se materialmente inalteradas, sofrendo, tão somente, reajustes de ordem formal (conforme já exposto no item II.5).

⁴⁹ *in* Instituições de Direito Falimentar, 1995, pp. 83-84.

A interpretação sistemática das normas vigentes, todavia, acaba permitindo àquele que contratou com o concordatário em período anterior ao deferimento do favor legal, eximir-se do cumprimento de sua obrigação até o momento da satisfação de seu crédito. Assim, utilizam-se os credores do disposto no artigo 1.092 do Código Civil, sob a alegação de que o estado de insolvabilidade do devedor torna duvidoso o cumprimento da obrigação por ele assumida.

É preciso atentar para o fato de que, mesmo havendo o abrandamento da prescrição contida no artigo 165 da lei falimentar, persiste a determinação da continuidade dos contratos bilaterais firmados pelo concordatário, sob a égide do princípio da segurança dos negócios jurídicos. Mantêm-se intactos os interesses dos credores, de verem satisfeitos seus créditos, do concordatário, possibilitando a lei o prosseguimento de suas atividades, e da própria sociedade, que não será prejudicada pelo desfazimento arbitrário de ditos vínculos negociais.

Não há dúvidas de que a adoção de cláusulas de rescisão contratual condicionadas ao deferimento da concordata fere frontalmente o dispositivo legal acima mencionado. Utilizadas em larga escala, tais deliberações costumam ser verificadas especialmente nos chamados *contratos de adesão*, quando a vontade da parte economicamente mais forte é imposta à parte débil da relação contratual, sem que a esta última seja dado discutir a conveniência ou prejudicialidade das condições do negócio⁵⁰.

O controle de referidas cláusulas deve se dar, dentre outros, com

⁵⁰ Este tema será melhor desenvolvido no capítulo III desta monografia.

fundamento nas normas e princípios processuais até aqui exposto, garantindo-se a plena vigência do disposto no artigo 165 do Decreto-lei nº 7.661/45, seja direta ou indiretamente. Na primeira hipótese, porque a rescisão contratual implica no estancamento da relação contratual bilateral firmada entre, *v. g.*, franqueador e franqueado, contrariando o fim maior da concordata, qual seja a continuação da atividade empresarial. Sob outro ponto de vista, no caso específico da franquia empresarial, dá-se a infração indireta daquele dispositivo legal, na medida em que a rescisão deste contrato impedirá o normal desenvolvimento das atividades comerciais do concordatário, impossibilitando-o, por consequência, do cumprimento das obrigações assumidas perante seus credores, extinguindo tais vínculos negociais.

CAPÍTULO III

ANÁLISE DA CLÁUSULA RESILITÓRIA CONDICIONADA AO DEFERIMENTO DA CONCORDATA DO FRANQUEADO

Nos capítulos precedentes foram analisados aspectos do sistema de *franchising* e do instituto da concordata, denotadores de suas características principais e das funções econômico-sociais assumidas por cada um deles na atualidade. Urge agora perquirir acerca da validade e eficácia de cláusula presente em grande parte dos contratos de franquia firmados no Brasil, que determina a resilição dos mesmos quando do deferimento da concordata do franqueado.

Permeia este campo, o estudo das novas tendências da teoria contratualística, surgidas precipuamente no período que se seguiu à II Guerra Mundial, no qual se insere a análise dos chamados *contratos de adesão*, cuja utilização tem tomado grande vulto nas sociedades contemporâneas. É importante lembrar que para este fato histórico muito tem colaborado a evolução tecnológica dos meios de produção e o considerável aumento da demanda por novos bens e serviços, cuja inegável consequência mostra-se através da massificação do consumo, o que inflige às relações comerciais estabelecidas entre empresa e consumidor, e até

mesmo inter-empresariais, imperativos de rapidez e eficiência.

III.1. A Caracterização do Contrato de Adesão.

A inserção do contrato de adesão, definido por MESSINEO como sendo “*aquele em que as cláusulas são dispostas por um dos futuros contratantes de maneira que o outro não possa modificá-las nem possa fazer outra coisa que aceitá-las ou rechaçá-las, o que implica uma limitação da liberdade contratual e a conseqüente imposição do teor do contrato*”⁵¹, dentre as práticas civis e comerciais, sem dúvida alguma, abala os fundamentos contratuais originários das teorias capitalistas liberais dos séculos XVIII e XIX — em especial no que tange à *autonomia da vontade e à liberdade contratual*⁵² —, requerendo a reformulação destes e a análise das possibilidades de controle daquelas realizações negociais.

O contrato de franquia, pela maneira com que vem sendo firmado em diversos países, é uma espécie de contrato de adesão, pois o franqueador, empresa já conhecida do público consumidor e detentora de boa fama, apresenta ao franqueado um instrumento pré-elaborado, retirando-lhe quaisquer possibilidades de discussão no que diz respeito às cláusulas contratuais. Necessário, portanto, que se interpretem os mencionados dispositivos à guisa das contingências sócio-

⁵¹ *Apud* FERNANDES NETO, Guilherme, in *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 60.

⁵² Vale lembrar o ensinamento de ARNOLDO WALD, segundo o qual há que se diferenciar a liberdade de contratar, tida como a faculdade de realização de um contrato, da liberdade contratual, esta sim traduzida como a faculdade de fixação das modalidades do negócio a ser realizado [*apud* DIAS, Carlos Alberto da Costa, *Moderno dirigismo econômico e direito contratual*, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 689, dez/1992, p. 9].

econômicas em que foram firmados, e tendo sempre em vista não só os interesses individuais, mas também, e principalmente, os interesses públicos envolvidos.

III.2. As Novas Tendências da Teoria Contratual.

Para que se compreenda o atual estágio da teoria geral dos contratos, faz-se necessária a retomada do curso da história a partir do advento da Revolução Francesa, de onde emergiram as concepções liberais de liberdade e da autonomia para a fixação de relações intersubjetivas.

O período compreendido entre o acontecimento da Revolução Francesa e as duas Guerras Mundiais, foi marcado, no que tange às relações contratuais, pela auto-regulamentação, dirigida pela autonomia da vontade das partes. O Estado, durante longo período, absteve-se do controle sobre o teor das disposições pactuadas, limitando-se a garantir a efetividade dos contratos. Acreditava-se então, que as partes contratantes — iguais perante a lei — detinham total controle sobre o negócio jurídico que estavam realizando e que, em decorrência da liberdade de que dispunham, as cláusulas estabelecidas traduziam a exata expressão de suas vontades. Ignoravam-se as discussões acerca da justiça ou moralidade dos pactos firmados, pouco importando as diferenças econômicas e sociais existentes entre os contratantes.

As crises perpetradas pelo acontecimento das duas Grandes Guerras,

trouxeram à baila discussões até então esquecidas, evidenciando o descompasso existente entre as diferentes classes sociais e a desigualdade de condições com que se formavam as relações contratuais estabelecidas entre seus integrantes. Com isso, e na tentativa conduzir as economias nacionais a um crescimento gradual, passaram os Estados a adotar maior ingerência sobre o setor privado, enfatizando a subserviência dos interesses particulares em relação a interesses públicos, como a manutenção dos níveis de emprego e de arrecadação fiscal, o respeito ao princípio da boa-fé, etc. A interpretação dos contratos privados, neste sentido, já não mais privilegiava a autonomia da vontade, mas sim a inter-relação dos atores sociais através da atuação do Estado⁵³.

Este novo prisma adotado pela teoria geral dos contratos, é marcado pelo seguinte entendimento:

“A atuação jurídica da vontade privada, quer por intermédio dos contratos quer das manifestações unilaterais de vontade, não se limita à esfera pessoal do signatário, atingindo, outrossim, outros sujeitos do direito. Daí imperar a necessidade de ser firmada interpretação mais consentânea com os interesses maiores da sociedade, que já não se satisfaz singelamente com a autonomia privada que a lei quis preservar no artigo 85 do Código Civil brasileiro. Merece o problema ser considerado sob o prisma dos interesses públicos em jogo, dando-se à norma sentido apropriado a esse enfoque”⁵⁴.

Abandonou-se definitivamente a ótica privada com que vinham sendo interpretadas as manifestações volitivas, infligindo-lhes a obediência à ordem pública vigente, aos interesses da coletividade. E nesse sentido, vê-se nas esferas

⁵³ DIAS, Carlos Alberto da Costa. *Moderno dirigismo econômico e direito contratual*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 686, dez.1992, p. 7-11.

⁵⁴ HENZ, Luiz Antonio Soares. *A vontade na formação dos contratos e nas manifestações unilaterais*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 125, jan/mar.1995, p. 64.

administrativa, legislativa e judicial a adoção de *remédios jurídicos*, preventivos e repressivos, voltados à garantia dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal de 1988), do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), de liberdade, justiça e solidariedade (art. 3º, II), da prevalência do bem comum (art. 3º, IV), da igualdade (art. 5º) e o princípio da proteção da confiança — deduzido do ordenamento constitucional —, dentre outros enumerados pela legislação ordinária.

Em meio à substituição da ideologia dominante em termos de teoria contratual, a qual já não mais se encontra voltada única e exclusivamente à satisfação de interesses particulares, mas à concretização do *bem estar social*, é que se combate veementemente a estipulação de cláusulas abusivas, perpetuadoras de situações de desequilíbrio entre as partes, na medida em que aniquilam a equivalência entre prestação e contra-prestação contratuais. E mais forte se faz tal oposição, quando se está tratando de contratos por adesão, pois nestes, à parte mais frágil da relação contratual são impostas as condições desvantajosas do negócio.

Quanto à extensão da proteção jurídica que se pretende conferir àqueles que aderem a essa espécie de instrumento e que, por esse motivo, vêm-se obrigados a aceitar determinadas estipulações contratuais, vale lembrar o ensinamento de GUILHERME FERNANDES NETO⁵⁵:

“Não há que se falar, nos contratos de adesão, que determinadas cláusulas, ou mesmo todo o seu conteúdo normativo, vinculem desde que haja ‘conhecimento prévio’, haja vista o ‘dever de conhecer usando de diligência ordinária’, ou algo semelhante, pois nos

⁵⁵ In *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*, p. 88.

contratos de adesão, senão instrumentos de monopólio ou oligopólio, e se não for o contrato necessário, mesmo assim utópico é pensar-se que o aderente teve grande oportunidade para rechaçar a contratação em bloco; desta forma, sempre que inserida tal cláusula nas cláusulas contratuais, ao nosso ver, deve ser dado um tratamento idêntico às já elencadas na Schwarzeliste dos projetos de Código de Defesa do Consumidor, ou seja, tida por não escrita”

No Brasil, a discussão acerca da abusividade de algumas cláusulas tipicamente contidas em contratos por adesão já vem sendo travada há algum tempo, adotando nossos Tribunais, majoritariamente, entendimento bastante favorável à parte debilitada da relação contratual. Lançando mão de juízos de justiça e equidade (com fulcro nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil), ou mesmo do Direito Comparado, já anteriormente à vigência da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, decidia-se pela anulação de ditas cláusulas prejudiciais, quando inegável o caráter adesivo do contrato firmado⁵⁶.

⁵⁶ Exemplo deste entendimento doutrinário e jurisprudencial, pode ser vislumbrado nas seguintes decisões: “Civil e processual - contrato de adesão - foro de eleição do domicílio - prevalência deste último - precedentes jurisprudenciais - agravo desprovido. Nos contratos de adesão em consórcios para compra de bens, é ineficaz a cláusula que estipula foro de eleição a benefício da administradora incidindo as regras gerais de competência.” (TJSC - ac. unân. - AI nº 7470, Lages - Rel. Des. Amaral e Silva - julg. 15.12.92 - publ. DJ nº 8658, em 8.1.93, p. 7)

“Civil - consórcio - desistência - direito à correção monetária - juros de mora devidos deste a citação - recurso desprovido - precedentes da Corte e do Superior Tribunal de Justiça já está pacificado: ‘ao participante de consórcio que dele se afasta é devida, quando do encerramento do plano, a devolução das prestações pagas, com correção monetária. A cláusula do contrato de adesão, que exclui a atualização da quantia a ser restituída, é de ser considerada leonina e sem validade; não pode ser tida, outrossim, como cláusula penal, pois esta exige estipulação inequívoca e deve ser proporcional à graveza do inadimplemento contratual. A correção monetária não é um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita’ (REsp n. 4532-RS, JSTJ e TRF, LEX 32, p. 154, Ministro Athos Carneiro)” (TJSC - ac. unân. - AC nº 44605, Florianópolis - Rel. Des. Amaral e Silva - julg. 22.2.94 - publ. DJ nº 8942, em 7.3.94, p. 5)

“Competência - contrato de adesão - foro de eleição - ineficácia da respectiva cláusula quando manifesta a ausência de manifestação de contade da parte aderente e sempre que desta advier desproporcional sacrifício, vedando o acesso à Justiça. Competência - pretensão de restituição de parcelas de consórcio - ação cujo pedido se relaciona com obrigação contratual assumida pela administradora - ajuizamento no foro do local do cumprimento desta - admissibilidade - exegese ampliativa do art. 100, IV, d, do Código de Processo Civil. Recurso conhecido e improvido.” (TJSC - ac. unân - AI nº 8402, Sombrio - Rel. Des. João Martins - julg. 15.3.94 - publ. DJ nº 8959, em 4.4.94, p. 5)

III.3. O Código de Defesa do Consumidor.

A promulgação da Lei nº 8.078, em 11 de setembro de 1990, trouxe ao Direito brasileiro importante avanço no campo da regulamentação das relações obrigacionais privadas em que se vê envolvido o consumidor — *“pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”* (cf. art. 2º) —, reforçando o caráter público da hermenêutica contratual, que até então vinha sendo adotado pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Optou o legislador, no Código de Defesa do Consumidor, pela adoção de uma política econômica intervencionista, consentânea com os princípios consignados na Constituição Federal de 1988, voltada não só à proteção de interesses particulares, mas, sobretudo, ao amparo de interesses supra-individuais, tais como o respeito à dignidade, saúde e segurança, à proteção dos interesses econômicos, a melhoria na qualidade de vida e a harmonia das relações de consumo. Para isso, instituiu medidas administrativas de fiscalização de atividades empresariais, de educação e pesquisa e de fomento ao desenvolvimento econômico, em conformidade com os princípios contidos no artigo 170 da Constituição Federal, reconhecendo expressamente a *“vulnerabilidade de consumidor no mercado de consumo”* (inciso I do artigo 4º).

Em consonância com a ótica pública de que tem se valido a teoria contemporânea, impôs também a lei, limites à atuação das partes, consignando em seu Capítulo VI normas de proteção contratual ao consumidor. Neste sentido, uma

rápida análise de mencionados dispositivos legais permite a compreensão de três orientações fundamentais: (1) busca-se garantir a congnição prévia das condições contratuais, retirando-se a eficácia de estipulações que, em prejuízo do consumidor, desvirtuem a vontade das partes; (2) consideram-se nulas as cláusulas abusivas impostas pelo produtor ou fornecedor de bens e serviços; e (3) dá-se especial atenção aos **contratos de adesão**, determinando o código o atendimento de requisitos formais de validade, direcionados à desobstrução do conhecimento pleno acerca do teor do negócio firmado.

III.4. A Aplicabilidade dos Princípios do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos em Geral.

Embora inovadora, a Lei nº 8.078/90, sob o ponto de vista estritamente legal, tem seu universo de aplicabilidade restrito às relações de consumo, que podem ser definidas como aquelas através das quais uma pessoa, física ou jurídica, adquire a propriedade ou o uso temporário de produto ou serviço como **destinatário final**.

Diante disso, há que se admitir serem inaplicáveis os dispositivos da Lei nº 8.078/90 aos contratos de franquia empresarial, por inexistir, nos termos legais, relação de consumo entre franqueador e franqueado. Este último adquire produtos e serviços oferecidos pelo franqueador não como destinatário final, mas como intermediário. Tais aquisições são marcadas pelo objetivo da obtenção de

lucros, provenientes da atividade empresarial que virá a ser desenvolvida, inserindo-se portanto em uma cadeia de produção que só estará completa na oportunidade da aquisição do produto final da franquia pela clientela do franqueado.

Entretanto, a despeito da não aplicabilidade a que se fez menção, é imperioso observar que os princípios hoje consubstanciados no Código de Defesa do Consumidor já eram defendidos pela doutrina e jurisprudência pátrias, anteriormente à sua promulgação. Buscava-se, à época, restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes com fundamento em princípios e diretrizes constitucionais de igualdade (art. 5º, *caput*), solidariedade (art. 3º, I) e de prevalência do bem comum (art. 3º, IV), além daqueles constantes no artigo 170 da Carta Magna, referentes à conservação da ordem econômica. É importante salientar que, ainda que possuam conteúdo meramente programático, as normas aqui enumeradas atuam, senão positivamente, ao menos no sentido negativo, limitando a livre atuação das partes contratantes.

A inexistência de previsão legal específica quanto à prevenção e repressão de cláusulas abusivas em contratos não abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor não pode dar causa à omissão da prestação da tutela jurisdicional. Neste sentido, entendemos perfeitamente possível a aplicação, senão das normas, ao menos dos princípios decorrentes da Lei nº 8.078/90, há muito já consagrados em nosso ordenamento jurídico. Para tanto, deverá o magistrado, a teor do disposto nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, lançar mão da analogia, atendendo sempre aos fins sociais a que a lei, ou princípio legal, se destina e à

concretização do bem comum.

III.5. A Abusividade da Cláusula de Resilitória Condicionada ao Deferimento da Concordata do Franqueado.

Diante de dispositivo contratual determinante da rescisão do contrato de franquia empresarial na oportunidade em que ao franqueado seja deferido o favor legal da Concordata, nos termos do Decreto-lei nº 7.661/45, necessário fazer-se, inicialmente, algumas considerações acerca das razões apresentadas por ambas as partes contratantes para a afirmação ou negação de sua eficácia.

Justificam os franqueadores a imposição desta espécie de cláusula sob o argumento de que, pela própria peculiaridade do sistema de *franchising* — diga-se, o uso comum da marca ou patente objeto do contrato, que por vezes ocasiona confusão perante o público consumidor quanto às pessoas do franqueado e do franqueador —, as conseqüências do deferimento da concordata de um de seus franqueados trazem-lhes incontáveis prejuízos de ordem econômica e moral.

Ainda que diferenciado do instituto da falência, cuja decretação deveria, pelo menos em tese, restringe-se àqueles devedores desonestos e de má-fé, o instituto da concordata acarreta uma série de constrangimentos ao devedor que se utilizou deste favor legal. Sobre ele recairão, invariavelmente, a má fama pelo adiamento do cumprimento de suas obrigações e a perda de crédito no mercado em que desenvolve suas atividades, pois a concordata induz na confissão do estado de

insolvabilidade da empresa. Neste sentido, pauta-se o comportamento do franqueador pela seguinte premissa: havendo confusão, por parte do público consumidor, entre as pessoas do franqueador e do franqueado, pode-se considerar que as ilações do deferimento da concordata deste último acabarão por se estender à pessoa do franqueador, e num segundo momento aos demais franqueados; sendo assim, é preciso que se combata a contaminação do sistema de *franchising* através da imediata rescisão contratual, quando verificado o deferimento do favor legal.

De outro lado apresentam-se os interesses dos franqueados, os quais, atingidos pela infelicidade e por contingências econômicas, surpreendem-se com seu estado de insolvabilidade, recorrendo às vias judiciais a fim de que lhes sejam deferidos os benefícios da concordata, nos termos do Decreto-lei nº 7.661/45.

Defendem-se, pois, da pretensão rescisória do franqueador, que lhes é imposta coercitivamente já no ato da assinatura do contrato de franquia, sob o argumento de que de nada lhes adiantará o deferimento da concordata — favor legal direcionado à recuperação da empresa, calcado fundamentalmente na dilação dos prazos de cumprimento de obrigações anteriormente assumidas —, caso lhes seja retirado o direito de uso da marca ou patente disponibilizados pelo franqueador. E fortalecem sua defesa, alegando que, na quase totalidade dos casos, a empresa franqueada é constituída com o fim específico de integrar um sistema de *franchising*. Portanto, o aviamento de que é possuidora vincula-se diretamente à franquia obtida; o uso da marca de seu franqueador exerceu, durante toda a sua existência, papel fundamental na formação de tal patrimônio.

Parece claro, sob esse prisma, que a inclusão de cláusula rescisória condicionada ao deferimento da concordata do franqueado jamais poderá ser traduzida como manifestação livre e correta de sua vontade. Afinal, é inadmissível que após a realização de consideráveis investimentos para a formação de sua empresa, deseje o franqueado, por mera liberalidade, rescindir o contrato de franquia na oportunidade em que se vê em dificuldades econômicas e em que o Estado-juiz defere-lhe o favor legal da concordata. Sendo assim, frente às suas argumentações, pode-se adotar a premissa: a cláusula resilitória que se condiciona ao deferimento da concordata do franqueado aniquila as possibilidades de recuperação de sua empresa, não se coadunando com a vontade real do mesmo, caracterizando-se, neste sentido, a abusividade de mencionado dispositivo.

III.6. A Relação Econômica entre Franqueador e Franqueado.

Como se pode perceber através das argumentações trazidas à tona por franqueados e franqueadores, para defesa de seus interesses particulares no que tange à inclusão de cláusula resilitória nos contratos de franquia empresarial, o desequilíbrio existente entre as partes é evidente. Ambas contratam uma parceria comercial onde uma cede marca, serviços ou tecnologia, enquanto a outra investe, se expande, conquista mercados; e num dado momento, por capricho ou interesses comerciais escusos e pessoais, rescinde-se o contrato, sufocando deliberadamente a parte mais frágil da relação contratual.

A natureza especialíssima da relação contratual estabelecida, que se caracteriza pela total dependência econômica dos franqueados em relação a seus franqueadores, aponta para a busca de soluções jurídicas capazes de afastar a resilição do contrato de franquia empresarial, imediatamente posterior ao deferimento da concordata. Tratando-se este de um ato ilegal, injusto, imoral e iníquo, cuja conseqüência impreterível traduz-se no sufocamento da empresa dependente, que fica sem condições de sobreviver porque não pode, de uma hora para outra, ajustar-se a uma nova e inesperada realidade, há que se combater veementemente sua vigência.

A irrevocabilidade dos contratos geradores de vínculo de subordinação e dependência, não fosse preceito de ordem lógica, de adoção imposta por elementares regras de direito mercantil — dentre elas, a da preservação da empresa — é princípio adotado, largamente, pelo direito positivo brasileiro.

A exemplo disso, tem-se, no sistema jurídico nacional, como em todas as nações civilizadas, admitido expressamente a existência de relações contratuais, cuja resolução só pode se dar por justa causa, seja o contrato por prazo determinado ou indeterminado. É o caso do contrato de trabalho, da locação, do contrato de seguro, do contrato de concessão para revenda de veículos, e outros que pelas suas características afastam os obsoletos princípios clássicos da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, que vêm sofrendo restrições cada vez maiores em face dos notórios interesses sociais em jogo, por meio da intervenção do Estado nas relações contratuais.

Destacam-se, em todas essas relações contratuais, a magnitude dos investimentos da parte serviente, com a aquisição de equipamentos e construção de instalações adequadas, o treinamento e a contratação de pessoal especializado, a permanente vigilância da parte dominante, que tudo decide, fiscaliza, impõe e determina, quanto à política de preços, seleção de matérias e tudo mais, além de outras notas típicas, que convencem da existência de um negócio que não pode ser atirado na vala comum, impondo tratamento especial e diferenciado.

III.7. O Conflito entre a Ordem Pública e as Disposições de Caráter Privado

A concordata, instituto já explorado no Capítulo II deste trabalho, deve ser entendida como a prestação de tutela jurisdicional específica voltada a socorrer o devedor infeliz e de boa-fé que, em situação de insolvabilidade, requer o deferimento do favor legal. Seu deferimento, sendo a mesma remissória ou dilatória, implica assim na substituição das partes — devedor e credores — pelo Estado-juiz, o qual, juntamente como o comissário constituído, velará pelo fiel cumprimento dos termos propostos pela concordatária.

Conforme também já exposto anteriormente (item II.5), a sentença proferida em processos de concordata traz consigo peculiaridades que merecem especial destaque. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a tutela jurisdicional requerida é prestada *ad initio*, logo após verificado o cumprimento dos requisitos de concessão prescritos no Decreto-lei nº 7.661/45. A prestação estará

completa desde então, restringindo-se a atividade judicial posterior à garantia de seu cumprimento. Portanto, atos que desvirtuem determinações contidas na sentença concessiva da concordata, desvirtuarão não só o trâmite processual, mas sobretudo os efeitos da *coisa julgada*, que se operam *erga omnes*.

De outra forma, a sentença concessiva da concordata dá início ao prazo para a manifestação dos interessados. Daí conclui-se que, deferido o favor legal e operada a coisa julgada, não mais será permitido a terceiros interferir, por vias extrajudiciais, no cumprimento das condições dilatórias ou remissórias judicialmente estabelecidas, uma vez que aos mesmos são deferidos meios legais específicos para a defesa de seus direitos (v. g., através da impugnação e habilitação de créditos).

Esta “interferência extrajudicial” ocorre, sem sombra de dúvida, na hipótese de instituição de cláusula contratual resilitória condicionada ao deferimento da concordata do franqueado. Afinal, o franqueador, terceiro estranho à lide, por determinação arbitrária e unilateral e com fundamento em hipotéticos danos morais e econômicos advindos do estado de direito constituído sobre seu franqueado, acaba por ocasionar a inoperância da sentença concessiva do favor legal.

Neste sentido, vale lembrar o ensinamento do professor JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM:

“Porque a eficácia natural da sentença atinge terceiros, e não a coisa julgada, estes podem insurgir-se contra ela, demonstrando sua injustiça e ilegalidade. Os terceiros podem opor-se à sentença, mas

tão-somente, aqueles terceiros que sofram um prejuízo jurídico e não os que, em razão dela, sofram um prejuízo prático ou econômico."⁵⁷

É patente a abusividade da cláusula contratual estudada, tanto em relação ao franqueado, do qual é retirado o direito à recuperação de sua empresa, quanto à própria sociedade, a qual tem na atividade do Estado-juiz a última realização do Direito, com a aplicação das normas e princípios vigentes ao caso concreto.

Se a ordem pública aponta para a necessidade de conservação das atividades empresarias, como fator de estabilidade econômica e social⁵⁸, deferindo ao devedor infeliz e de boa-fé um tratamento diferenciado, capaz de possibilitar-lhe a recuperação econômica, por que então permitiria o ordenamento jurídico a sobreposição do interesse particular do franqueador sobre os interesses sociais em voga? Ainda mais quando aquele interesse fere frontalmente uma decisão judicial, já transitada em julgado.

*"Nessa perspectiva deve surgir, então, a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva corresponde à própria negação da tutela a que o Estado se obrigou quando chamou a si o monopólio da jurisdição, pois o processo deve ser visto como uma espécie de contrapartida em que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela."*⁵⁹

Necessário se faz o combate ao assolamento dos interesses públicos,

⁵⁷ in *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 371.

⁵⁸ Tanto que no projeto da nova lei falimentar, em trâmite no Congresso Nacional, dá-se maior ênfase ao processo de recuperação da empresa — já não mais denominado de concordata. Procura-se aumentar o leque de benefícios oferecidos pelo favor legal, tais como a dilação dos prazos de pagamento (os dois anos atuais passariam para cinco anos) e outros.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 66.

diante de disposições particulares arbitrárias, mediante a garantia da efetividade do exercício das funções administrativa, legislativa e judiciária do Estado Moderno.

III.8. O Controle Judicial da Cláusula de Resilição Contratual Condicionada ao Deferimento da Concordata do Franqueado.

A análise das formas de controle judicial de cláusulas abusivas, especialmente no que se refere àquela que determina a resilição do contrato de franquia empresarial na oportunidade em que ao franqueado sejam deferidos os benefícios da concordata, requer que se façam ainda algumas considerações acerca da atuação do Estado perante o Direito Falimentar.

Atribui a lei brasileira, ao juízo competente para o processamento da concordata, caráter universal. Deferido o favor legal, chama-se a um só órgão da jurisdição a competência para o julgamento de todas as lides que envolvam diretamente os interesses da empresa concordatária (salvo raras exceções), com o fim de garantir-se a efetividade da prestação da tutela jurisdicional, ou seja, a recuperação do devedor infeliz e de boa fé. Ao magistrado é dado, então, substituir-se às partes para que, na defesa de seus interesses, e utilizando-se do poder coercitivo que lhe é inerente, fazer com que os termos da moratória sejam fielmente obedecidos por todos os seus subordinados.

Com relação à atuação jurisdicional do Estado, para a qual se procura

garantir a efetividade, encontra-se na doutrina o seguinte ensinamento⁶⁰ :

“A afirmação de que através da jurisdição o Estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a idéia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade).”

Pelo que foi até aqui estudado, não restam dúvidas de que a rescisão do contrato de franquia, como fator de “quebra” dos franqueados que a ela se sujeitam, afronta não só princípios de ordem material, mas também a princípios processuais como o respeito à coisa julgada e a inafastabilidade do Judiciário. Afinal, através desta espécie de cláusula contratual retira-se, por vias tortuosas e estranhas ao procedimento falimentar, a eficácia da prestação jurisdicional oferecida pelo Estado.

Neste sentido, ante a verificação da rescisão contratual, ou na iminência de sua ocorrência, dispõem as partes (devedor e credores) de incidentes processuais — tais quais as ações cautelares inominadas ou ações declaratórias com pedido de antecipação de tutela — aptos a provocar a declaração de nulidade de mencionadas cláusulas.

A intervenção estatal sobre as disposições contratuais firmadas entre particulares, requer, assim, o controle eficaz das cláusulas abusivas, fundado nos

⁶⁰ CINTRA, A. C. Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*, p. 127.

princípios e diretrizes contidos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor — ainda que seus dispositivos não sejam diretamente aplicáveis aos contratos de franquia empresarial.

O controle a que se refere o parágrafo anterior não é apresentado — em especial por juristas estrangeiros (v. g., italianos) — somente em seu sentido negativo, de declaração de nulidade de cláusulas abusivas, mas também e principalmente no sentido positivo, como o poder do Estado de determinar as cláusulas que lhe pareçam adequadas aos fins econômicos perseguidos pelos contratantes.

É SÉRGIO MAIORCA⁶¹ quem arremata tal raciocínio, asseverando que:

“(...) esta forma de controle judicial, em que o ato do juiz produz, sempre, um mero efeito ‘negativo’, consistindo em uma pura e simples declaração de ‘ineficácia’ da cláusula vexatória, tem, nos atuais sistemas normativos, acrescida (...) a possibilidade de intervenção ‘positiva’ do juiz quanto ao conteúdo do contrato de adesão. (...) o juiz não deve limitar-se a excluir do contrato a cláusula abusiva, tendo o poder de reconstruir o regulamento contratual, de modo que seja alcançado um arranjo harmônico dos interesses em jogo por meio da adaptação das determinações contratuais ao caso concreto.”

Para MASSIMO BIANCA⁶², a intervenção estatal se faz em nome do

⁶¹ Tradução livre do original italiano (In *Contratti Standard*, p. 663):

“... a queste forme di controllo giudiziale, ove il provvedimento del giudice produce, pur sempre, un mero effetto ‘negativo’, consistendo in una pura e semplice declaratoria di ‘inefficacia’ delle clausole vessatorie, taluni recenti sistemi normativi aggiungono (...) la possibilità di interventi ‘positivi’ del giudice in merito al contenuto del contratto di serie. (...) il giudice non deve limitarsi ad escludere del contratto le clausole abusive, avendo il potere di ricostruire il regolamento contrattuale, in modo che sia raggiunto un armonico assetto degli interessi in giuoco tramite l’equo adattamento delle determinazioni contrattuali al caso concreto.”

⁶² Tradução livre do original italiano (In *Diritto Civile*, p. 370):

“l’ordinamento non può rimanere indifferente di fronte al fenomeno delle condizioni generali poichè l’incontrollato potere di manipolazione dei rapporti contrattuali non è casuale ed episodico, ma

princípio constitucional da igualdade (entre nós insculpido no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), pois “o ordenamento não pode permanecer indiferente frente ao fenômeno das condições gerais, uma vez que o descontrolado poder de manipulação das relações contratuais não é casual e episódico, mas caracteriza desde já toda a atividade empresarial que exprime uma situação de desigualdade sócio-econômica”, sendo o controle substancial (isto é, relativo ao teor do contrato) indispensável “contra o abusivo agravamento da posição do contraente débil”.

Exatamente para impedir o injustificável agravamento da situação de desequilíbrio, torna-se necessária a chamada *intervenção judiciária positiva*, nos moldes preconizados pela doutrina mais moderna e já adotada, como se registrou, no ordenamento jurídico das nações mais evoluídas, a fim de que se conceda ao contratante fraco meios para a sua subsistência.

Estar-se-á garantindo, sem dúvida, com este entendimento, a supremacia dos interesses públicos sobre aqueles meramente privados, assim como o equilíbrio entre as partes contratantes, cujos efeitos traduzem-se na estabilidade e no crescimento econômico, almejados pela sociedade como um todo.

caratterizza ormai tutta l'attività imprenditore ale ed esprime una situazione di desigualinaza socio-economica” e “contro l'abusivo aggravamento della posizione del contraente debole”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se, nesta monografia, chamar a atenção dos leitores para as desigualdades originadas da adoção de cláusulas contratuais impostas, unilateralmente, por agentes que detêm capacidade econômica muito superior àqueles com os quais contratam, evidenciando-se a afronta consubstanciada por tais dispositivos perante a Constituição Federal de 1988, a legislação ordinária e os Princípios Gerais do Direito, e apontando-se para a necessidade premente do controle legislativo e, principalmente, judicial destas espécies de “acordo”.

Limitando-se à análise da cláusula resilitória condicionada ao deferimento da concordata do franqueado, foram analisados aspectos destacados do sistema de *franchising* e do instituto da concordata, em consonância com as mais novas tendências doutrinárias e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras, através dos quais se demonstrou o caráter adesivo dos contratos de franquia empresarial. Nele, relacionam-se partes economicamente díspares, o que dá margem à imposição de cláusulas desvantajosas à parte mais frágil da relação contratual, como é o caso do dispositivo estudado.

As conseqüências advindas da cláusula resilitória da franquia, cuja

aplicação inviabiliza a concretização dos fins a que se destina a concordata, qual seja a recuperação da empresa economicamente debilitada, caracterizam, sem sombra de dúvida, sua abusividade. Neste sentido, contraria princípios constitucionais (enumerados nos artigos 3º, 5º e 170) e legais (presentes, v. g., no Código de Defesa do Consumidor) vigentes, sendo também ilegal, pela contrariedade ao disposto no artigo 165 do Decreto-lei nº 7.661/45, e ilegítima, por não traduzir a vontade real do franqueado, ao qual são impostas as condições gerais do negócio.

Diante de tais assertivas, é imperioso concluir que incide sobre a hipótese de neutralização dos efeitos da concordata, evidente interesse público, direcionado à conservação das atividades empresariais. Não se quer com isso, pôr fim à chamada liberdade de contratar, mas sim questionar a abrangência deste princípio em face da impossibilidade de atos jurídicos capazes de, por suas drásticas conseqüências, porem fim a núcleos empregadores e recolhedores de tributos.

A intervenção estatal, neste ponto, será imprescindível. Em um primeiro momento, deverá o Judiciário atuar tanto no sentido negativo, quanto positivo, negando vigência à cláusula resilitória da franquia condicionada ao deferimento da concordata do franqueado, ou mesmo determinando ao franqueador que, em obediência ao juízo universal da concordata, preste assistência técnica ao concordatário, auxiliando-o assim na superação da crise financeira atravessada. E finalmente, acompanhando a dinâmica jurisprudencial, caberá ao Legislativo descrever as hipóteses de intervenção nas relações privadas contratuais, garantindo

definitivamente a supremacia dos interesses públicos sobre os impulsos privados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*. 4ª ed (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, 317 p.
- . *O Novo Direito Falimentar: nova disciplina jurídica da crise econômica da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, 243 p.
- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência de Concordata*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, 515 p.
- ALTERNI, Atílio Aníbal. *Os Contratos de Consumo e as Cláusulas Abusivas*, em *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 15, pp. 5-19, jul/set.1995.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. (atual.). Rio de Janeiro: Forense, 1995, 395 p.
- BESSONE, Darcy. *Intituições de Direito Falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1995, 368 p.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Tít. III. Milano: Giuffrè, 1984.
- BITTAR, Carlos Alberto (coord.) - GARCIA JÚNIO, Ary Barbosa - FERNANDES NETO, Guilherme. *Os Contratos de Adesão e o Controle de Cláusulas Abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, 121 p.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 7661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências. Publicada no Diário Oficial da União, suplemento, de 15 de março de 1974, obedecendo aos termos do artigo 20 da Lei nº 6014, de 27 de dezembro de 1973, que determinou fosse a lei de falências republicada.

BRASIL. Lei nº 8131, de 24 de dezembro de 1990. Dá nova redação aos artigos 144, 159, 163 e 210 do Dec. lei nº 7661, de 23 de junho de 1945 (Lei de Falências). Publicada no Diário Oficial da União, de 26 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*) e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União, de 16 de dezembro de 1994.

BRASIL. Projeto de lei nº 4376/93, em trâmite na Câmara dos Deputados Federais. Regula a recuperação e a liquidação judicial de atividades econômicas e dá outras providências. Substitutibo do Relator Osvaldo Biolchi, terceira versão preliminar, de 23 de novembro de 1995.

BULGARELLI, Waldírio. *Direito Empresarial Moderno*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, 447 p.

———. *Franchising (Franquia)*, em *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 1986.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo - GRINOVER, Ada Pellegrini - DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed (rev. e atual.). São Paulo: Malheiros, 1994, 358 p.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. *Moderno Dirigismo Econômico e Direito Contratual*, em *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 686, pp. 7-11, dez.1992.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1993, 489 p.

FARIA, S. Soares de. *Da Concordata Preventiva da Fallencia*. São Paulo: Saraiva,

1932, 263 p.

HENZ, Luiz Antonio Soares. *A Vontade na Formação dos Contratos e nas Manifestações Unilaterais*, em *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 125, pp. 59-65, jan/mar.1995.

LACERDA, J. C. Sampaio de. *Manual de Direito Falimentar*. 13ª ed. (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, 450 p.

LO CASCIO, Giovanni. *Il Concordato Preventivo*. Milano: Giuffrè, 1976, pp. 1-9.

LOBO, Jorge. *Contrato de "Franchising"*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 91 p.

———. *Contrato de Franchising*, em *ADV Advocacia Dinâmica - Informativo*, boletim semanal nº 43, ano 16, 1996, pp. 540-541.

———. *Direito Concursal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, 345 p.

MACEDO, Eliane Harzheim. *Contrato de Adesão. Controle Judicial dos Contratos de Consumo*, em *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 5, pp. 99-118, jul/set.1995.

MAIORCA, Sergio. *Contratti Standard*, em *Novíssimo Digesto Italiano*. Vol. II, appendice, UTET, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, 94 p.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 13ª ed. (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Forense, 1995, 542 p.

MARTINS-COSTA, Judith. *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*, em *Revista de Direito Civil Imobiliário Agrário e Empresarial*, São Paulo, vol. 59, pp. 19-38, jan/mar.1992.

- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. Vol. VIII. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, 631 p.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I (arts. 1º ao 45). 3ª ed. (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Forense, 1995, 497 p.
- . *Tratado de Direito Privado*. Vol. XXX. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, 461 p.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de Falência e Concordata*. 6ª ed. (rev. e atual.). Rio de Janeiro: Forense, 1995, 890 p.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*. Vol. I. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, 2 Vol.
- . *Curso de Direito Falimentar*. Vol. II. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, 2 Vol.
- SILVA, Cristiano Socas. *A Franquia & Concordata*, em *Diário Indústria e Comércio*, publ. 17.11.95, p. A3.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. São Paulo: Atlas, 1993, 111 p.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 3ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.
- VIVANTE, Cesare. *Instituições de Direito Comercial*. 3ª ed. Traduzida por J. Alves de Sá sobre a décima edição. São Paulo: C. Teixeira, 1928, pp. 325-333.