

Estudos e Pareceres de

Direito Privado

Com remissões ao novo Código Civil
(Lei n. 10.406, de 10-1-2002)

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP

Estudos e Pareceres de
**Direito
Privado**

2004



8. (PARECER) A LESÃO COMO VÍCIO DO NEGÓCIO JURÍDICO. A LESÃO ENTRE COMERCIANTES. FORMALIDADES PRÉ-CONTRATUAIS. PROIBIÇÃO DE *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E RATIFICAÇÃO DE ATOS ANULÁVEIS. RESOLUÇÃO OU REVISÃO POR FATOS SUPERVENIENTES. EXCESSIVA ONEROSIDADE, BASE DO NEGÓCIO E IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

CONSULTA

1. McDonald's Comércio de Alimentos Ltda., por intermédio do escritório Lima Gonçalves, Jambor, Rotenberg & Silveira Bueno — Advogados, consulta-nos sobre ação ordinária que lhe é movida por Marinho & Reimberg Ltda., na Comarca de Natal, Rio Grande do Norte, versando sobre contrato de franquia, em que é franqueada a autora e franqueadora, a consulente. Existe, coligado à franquia, contrato de locação, eis que o imóvel em que a autora exerce suas atividades de franqueada pertence à McDonald's.

2. A inicial é extensa — 52 páginas e 166 itens — e termina com três grupos de pedidos que a autora formula “em caráter sucessivo”, “consoante sejam acolhidas as respectivas causas de pedir” (fls. 49). Essas causas de pedir, sempre nos termos do libelo (fls. 49/51), são as que seguem; a primeira é “lesão no contrato de franquia (itens 48/92 desta petição)” e tem os pedidos assim expressos: “A) declarar a abusividade das cláusulas do contrato de franquia e de locação, celebrados entre as partes, que fixaram aluguel do imóvel em 19,5% das vendas brutas da demanda, seja pela lesão

enorme, seja pelo caráter exagerado da vantagem da McDonald's, seja pela destruição da base do negócio decorrente de fatos supervenientes; conseqüentemente, B) proceder à integração do contrato de franquia, a fim de mantê-lo em vigor, expurgando apenas o excesso representado pelo percentual cobrado a título de aluguel, o que deverá ser feito por meio da revisão das referidas cláusulas contratuais, de acordo com o que vier a ser determinado pela perícia, fixando-as em bases contratuais que permitam ao franqueado obter retorno de seu investimento no prazo indicado pela franqueadora, que é de 5 anos".

3. O segundo grupo de pedidos tem como causa de pedir a "falta de entrega da Circular de Oferta de Franquia (itens 94/103 desta petição) e veiculação de informações falsas (itens 114/131 desta petição)". Os respectivos pedidos são, cumulativamente: "C.1) anular o contrato de franquia existente entre a autora e a ré, tendo em vista a falta de entrega da Circular de Oferta de franquia (art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.955/94), bem como na veiculação de informações falsas na documentação que antecedeu à contratação (art. 7º da Lei 8.955/94), e, conseqüentemente, C.2) condenar a ré à devolução à autora de todas as quantias que ela lhe houver pago, ou a terceiros indicados pela McDonald's, mormente ao CITIBANK, a título de taxa de filiação e *royalties*, e outros valores a serem apurados em liquidação, devidamente corrigidos pela variação da remuneração básica dos depósitos de poupanças (Lei n. 8.955/94, art. 4º, parágrafo único); C.3) condenar a ré ao pagamento de perdas e danos à autora (art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.955/94, parte final), correspondentes aos períodos, desde a sua inauguração, nos quais esta última teve fluxo de caixa negativo. Essas perdas e danos devem corresponder ao valor, em cada mês, do fluxo de caixa negativo, monetariamente corrigido com base na variação do IGP-M ocorrida entre o último dia de cada mês e a data do seu efetivo pagamento".

4. Finalmente, a terceira causa de pedir está assim expressa: "impossibilidade no cumprimento do contrato de franquia (itens 132/148 desta petição)". O respectivo pedido é: "D) não sendo acolhidos os pedidos anteriores, requer a autora se digne V. Exa. declarar a resolução do contrato de franquia e seus acessórios, declarando extintas todas as obrigações da autora perante a ré".

5. Pede a consulente nosso parecer sobre o valor jurídico da argumentação do libelo.

PARECER

I — A ALEGAÇÃO DE LESÃO. SEU NÃO-CABIMENTO NA RELAÇÃO ENTRE PRESTAÇÃO E CONTRAPRESTAÇÃO DE CONTRATO ENTRE COMERCIANTES

6. Foi com espanto que vimos, em ação sobre relação contratual de franquia, obviamente entre dois comerciantes, ambos no pleno exercício de sua atividade profissional e visando lucro, ação judicial fundamentada na figura da lesão. A primeira *causa petendi* culmina com o pedido de declaração de abusividade da cláusula contratual dita lesiva. A argumentação fere o bom senso: além disso, há, hoje, *lei expressa*, não mencionada pela autora, vedando a alegação de lesão entre comerciantes.

7. A autora, nesse passo, realiza omissão inconcebível. Não é que, como assevera, o Código Civil simplesmente não incluiu a lesão entre as hipóteses possíveis de nulidade, anulabilidade ou rescisão e que outras leis o fizeram, etc. etc.¹ O ponto é que a lesão, sabidamente, do ponto de vista histórico e dogmático, não é admissível nas relações comerciais normais (de comerciante com comerciante). Hoje, há lei expressa; antes dela, porém, já nosso Código Comercial, lei antiga mas ainda em vigor², tendo em vista a lesão típica (a de compra-e-venda), vedava a lesão, de modo expresso, nas relações entre comerciantes (art. 220): “A rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todas comerciantes; salvo provando-se erro, fraude ou simulação”.

8. No mesmo sentido, o art. 344 do Código Comercial espanhol dispõe: “No se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión; pero indemnizará daños y perjuicios el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal”. E Portalis, no “Discurso Preliminar”, de apresentação do Código Civil francês, escrevia: “Jamais se admitiu, no comércio, a ação rescisória por lesão além da metade do justo preço, porque a mobilidade dos bens comerciais, os riscos, as incertezas, os casos fortuitos que envolvem as operações de comércio, não comportariam essa ação” (“Jamais on

1. O novo Código Civil disciplina a lesão no art. 157.

2. Com a vigência do novo Código Civil (art. 2.045) estará revogada a Primeira Parte do velho Código Comercial.

n'a admis, dans le commerce, l'action rescisoire pour lésion d'outre-moitié du juste prix, parce que la mobilité des objets commerciaux, les risques, les incertitudes, les cas fortuits qui environnent les opérations du commerce, ne sauraient comporter cette action") (*Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code Civil*, Paris, Livr. de Firmin Didot Frères, 1855, t. 1^o, p. 20).

9. Quando nos referimos à lei expressa e à omissão da autora, que parece ter ignorado a legislação vigente, queremos significar a Medida Provisória n. 2.089, cuja publicação originária (sob n. 1.820) foi feita em 5 de abril de 1999 (portanto, mais de um ano antes da inicial). Essa MP (que, de n. 1.820, passou a n. 1.914, depois, a n. 1.965, e hoje tem o n. 2.089) foi republicada 23 vezes e introduziu, de *forma direta*, a lesão no direito civil (direito comum); antes dela, cumpre dizer que somente se poderia admitir a lesão no direito civil indiretamente, isto é, ou por meio da Lei de Economia Popular, lei penal, ou por meio do Código de Defesa do Consumidor, lei especial — mas, repetimos, a MP n. 2.089 ressaltou, ao introduzir a lesão no direito civil, a situação das relações comerciais. Transcrevemos: art. 1^o “São nulas de pleno direito as *estipulações usuárias*, assim consideradas as que estabeleçam: I — nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverão o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal ou, na hipótese de já em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido; II — *nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte*, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido. Parágrafo único. Para a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas”. A lesão, na relação contratual de prestação e contraprestação, entre comerciantes, como se lê (art. 1^o, n. II), está excluída.

10. Diante do texto legal, seria o caso de repetirmos, com os antigos professores que, abusando do latim, diziam: *legem habemus*, “temos lei” e, concluíam, “portanto, *tollitur quaestio*”, “acabou-se a questão”. Todavia,

embora não pretendamos seguir, aqui, a praxe, que parece estar se generalizando, de preencher laudas e laudas com o óbvio, convém não encerrar a questão abruptamente e explicitar a razão pela qual a lei evita aplicação da lesão em algumas situações, especialmente na relação contratual entre comerciantes.

11. A autora (fls. 14, item n. 49) escreve: “Inicialmente refutada no Código Civil brasileiro, a teoria da lesão como defeito do negócio jurídico sempre teve seu ingresso em nosso ordenamento jurídico sustentado pela doutrina nacional, em consonância com o que ocorre no direito comparado”. Há, aí, vários enganos: quer no devir histórico do ordenamento brasileiro, quer no dos ordenamentos estrangeiros, a figura da lesão, desde seu surgimento, apareceu e desapareceu muitas vezes; é ela o caso ideal para os autores evocarem a imagem literária da célebre fênix, ave fabulosa da tradição egípcia, que vivia muitos séculos e, queimada, morria, para depois renascer das próprias cinzas. A lesão não existia no direito romano pré-clássico, é duvidoso que existisse no direito romano clássico e existia no direito romano pós-clássico e justiniano. Teve seu campo de aplicação ampliado durante a Idade Média, tanto no direito canônico quanto no direito comum — neste, com os glosadores. Durante a Renascença, em movimento inverso, sofreu processo de limitação de seu âmbito. Na França, teve sua aplicação ainda mais reduzida durante o Iluminismo e desapareceu totalmente durante a Revolução; em seguida, reapareceu, novamente sob forma reduzida, no *Code*. Na Península Ibérica, desapareceu no *Fuero Juzgo*, mas reapareceu nas Ordenações. O liberalismo econômico, finalmente, foi contra ela e, hoje, novamente, em movimento pendular, tem sua aplicação muito defendida, ainda que com restrições.

12. No caso do direito comercial, deixando de lado os casos excepcionais de aplicação desse direito às relações em que um dos pólos não é comerciante e pensando somente nos casos, como o examinado, *nos quais ambas as partes são comerciantes*, é de bom-senso, já que os negócios mercantis são onerosos e neles ambas as partes visam ao lucro, que não se admita a lesão. A interferência do Estado, por meio do juiz, nas relações contratuais, revendo os valores de prestação e contraprestação, deturparia a natureza da livre iniciativa. Não há, aqui, o que consta do CDC, isto é, a presunção de fragilidade do consumidor diante do fornecedor (art. 4º, I, *verbis*, “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”), ou o que está na MP n. 2.089, isto é, a “vulnerabilidade da parte” (art. 1º, acima transcrito). O caso dos autos é, aliás, sob esse aspecto

de não-vulnerabilidade, paradigmático: a autora, empresa comerciante, se queixa de ter investido U\$ 600.000 (seiscentos mil dólares) — importância que certamente não a coloca entre os hipossuficientes. É a própria Constituição da República que, no mesmo dispositivo — art. 170 —, ao determinar a proteção do consumidor, fragilizado diante do empresário (detentor dos meios de produção e comercialização), garante a livre iniciativa entre os empresários (art. 170, *caput*).

13. O contrato de franquia traz vantagens e desvantagens para ambas as partes, como qualquer contrato sinalagmático, e, tendo em vista sua função (causa final), ele é útil para a sociedade como um todo. Se alguém, ao inventar uma nova técnica de produção ou fornecimento de serviços boa para o público em geral, tivesse, para difundi-la ao Mundo, de contar somente com sua própria atividade e com seu capital exclusivo, sem contratar terceiros, sua invenção, saindo de uma pequena cidade americana, depois de um século, ainda não teria chegado a Natal (no Rio Grande do Norte) ou na África do Sul. Graças à franquia, isso se faz quase imediatamente, com inegáveis vantagens sociais. É por isso que a Constituição garante, como um dos pilares da República — princípio fundamental (art. 1º, IV) —, o *valor social da livre iniciativa*.

14. Insistamos: se o sistema econômico adotado no Brasil fosse o sistema comunista, que substitui a iniciativa privada, vá lá que o Estado proibisse o *livre* exercício da atividade comercial. Mas não é esse o caso. A atividade comercial integra — e integra de modo substancial — a *livre* iniciativa, cujo valor social é, hoje, constitucionalmente reconhecido; é princípio fundamental da República. A atividade mercantil se funda no caráter profissional do comerciante; este, é de supor, ao se lançar em seus empreendimentos, para obtenção de lucro, há de ter a capacidade mínima para fazer os seus contratos e administrar os seus negócios. É isso que explica a vedação da lesão objetiva, “entre profissionais”, como dizem os autores europeus.

15. Para os contratos em geral, a lei que regula a lesão é, atualmente, a MP n. 2.089, e não o Código de Defesa do Consumidor. O art. 29 desse Código permite a extensão de várias regras dos Capítulos V e VI do Título I à situação de vulnerabilidade em que pode estar alguém que não seja consumidor (nesse ponto, não há o que objetar às várias citações de comentaristas do CDC); pode haver desequilíbrio abusivo, entre direitos e deveres contratuais, até mesmo nos acordos de profissionais. O que, porém, não era apropriado, ainda antes da MP n. 2.089, era a *aplicação específica da lesão*

à relação de prestação e contraprestação nos contratos entre comerciantes, eis que a lesão versa sobre *desequilíbrio econômico* entre prestação e contraprestação (não é *desequilíbrio de direitos e deveres*) e, nesses casos, tendo em vista o que deixamos escrito acima, sobre o caráter especulativo da atividade profissional mercantil, a lesão não tem sentido. Tudo fica evidente quando, por exemplo, a autora (cf. pedido transcrito no item n. 2 deste parecer) pede ao juiz para alterar o contrato, fixando novas bases, “que permitam ao franqueado obter retorno de seu investimento” no prazo de 5 anos! Ora, ora, isto significa que a autora pretende que o juiz mude as regras do jogo, e retire de campo tantos jogadores do time adversário quantos forem necessários para que ela marque o gol que não conseguiu no tempo regulamentar!

16. Embora não seja o caso examinado, é importante salientar ainda dois pontos. O primeiro é que as cláusulas abusivas, em princípio, se referem a *desequilíbrio de direitos e deveres*, e não a *desequilíbrio econômico*, — entre outras razões porque prestação e contraprestação não são frutos de mera adesão, e sim de reflexão e deliberação das partes. A Diretriz 93/13 da União Européia é clara. Veja-se também o art. 1.469 *bis* e compare-se com o 1.469 *ter*, n. 2, ambos do Código Civil italiano: art. 1.469 *bis*: “No contrato concluído entre o consumidor e o profissional, que tem por objeto cessão de bens ou prestação, consideram-se vexatórias as cláusulas que, malgrado boa-fé, determinam, a cargo de consumidor, *desequilíbrio de direitos e deveres derivados do contrato*” (“Nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore *squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”). Art. 1.469 *ter*, n. 2: “A avaliação do caráter vexatório da cláusula não diz respeito à determinação do objeto do contrato *nem à adequação do correspectivo dos bens e serviços*, desde que esses elementos estejam individualizados de modo claro e compreensível” (“La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell’oggetto del contratto, né all’adeguatezza del *corrispettivo dei beni e dei servizi*, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”). No mesmo sentido, o *Code de la Consommation* francês: art. L. 132-1 (1ª alínea): “Nos contratos concluídos entre profissionais e não profissionais ou consumidores, são abusivas as cláusulas que têm por objeto criar, em detrimento do não-profissional ou consumidor, um *desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes no contrato*” (“Dans les contrats conclus entre professionnels et

non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*). Art. L. 132-1 (7^a alínea): “A apreciação do caráter abusivo das cláusulas no sentido da 1^a alínea não se refere nem à definição do objeto principal do contrato *nem à adequação do preço ou de remuneração do bem vendido ou do serviço oferecido*” (“L’appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l’objet principal du contrat *ni sur l’adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert*”). Até mesmo no direito brasileiro, em que há confusão entre desequilíbrio econômico e desequilíbrio de direitos e deveres, as duas hipóteses, *in concreto*, não podem ser tratadas da mesma forma. Além disso, insistamos: hoje, com a vigência da MP n. 2.089, *nenhum* contrato em que não há consumidor está, sob o aspecto da lesão, submetido ao CDC (esses contratos ou estão sob a MP n. 2.089 ou sob a legislação comercial).

17. O segundo ponto é que a lesão supõe, ainda que de forma implícita, que o lucro ou vantagem excessivos sejam obtidos, como dispõe a MP n. 2.089, de alguém em situação de vulnerabilidade; essa situação, em alguns países, vem com as palavras “explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem” (art. 282^o do Código Civil português)³. Veja-se também o BGB, § 158, 2^a alínea, fonte de vários outros diplomas legislativos. Ora, em se a escrever que, desde o início, as condições do negócio não lhe permitiram obter lucro.

18. Sobre a lesão, creio que o exposto é suficiente. Em seguida, de modo algo incoerente — afinal, a lesão foi dita originária —, a autora sustenta onerosidade excessiva da prestação por “*fatos supervenientes*” e necessidade de revisão judicial (fls. 25, itens 76 a 94). Esse ponto, tendo em vista o que foi alegado como terceira causa de pedir (impossibilidade de cumprimento), por semelhança de tema (alteração, posterior ao contrato, das circunstâncias), preferimos tratar sob uma única rubrica, mais adiante.

3. O novo Código Civil usa as expressões “premente necessidade” e “inexperiência” para caracterizar a lesão (art. 157).

II — O PEDIDO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO DE FRANQUIA POR FALTA DE ENTREGA DA CIRCULAR DE OFERTA E POR PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES FALSAS. PROIBIÇÃO DE *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E RATIFICAÇÃO DE ATOS ANULÁVEIS

19. Naturalmente, não compete a nós examinar a matéria de fato sustentada pela autora (ou seja, se houve, ou não, entrega da Circular de Oferta e se foram falsas, ou não, as informações prévias). Limitamo-nos, pois, sobre esse tópico, a considerações de ordem jurídica; desse ponto de vista, importa saber que o sócio majoritário da autora, segundo informa, tem também outra franquia da consulente na mesma cidade de Natal. A franquia, objeto da ação, é um *drive thru*, isto é, permite o acesso de carro, enquanto a outra, anterior no tempo, é em um *shopping center*. Esta, a mais antiga, dá lucro, enquanto a outra, a mais nova, dá prejuízo — naturalmente, a ação somente diz respeito à última. Quando o Sr. Adelino Marinho, sócio majoritário da autora soube que a McDonald's tinha intenção de abrir novo restaurante em Natal, o *drive thru*, ele apresentou-se como franqueado (ou o novo negócio lhe foi oferecido) e constituiu ele nova empresa para a franquia em causa. Em suas palavras (item 19): “O restaurante explorado pela demandante consiste em um *drive thru* no bairro Barro Vermelho, e foi aberto ao público em 18 de novembro de 1998. *Ao longo destes 18 meses o restaurante só deu prejuízo*” (reforço gráfico da autora). E, mais adiante (item 25): “Registre-se, desde logo, que a McDONALD'S, em um ano e meio, jamais apresentou qualquer censura à forma de operação empregada pela autora, e por seu sócio majoritário, Adelino Marinho. Muito pelo contrário, *atribuiu a ele menções honrosas em seus relatórios esporádicos* (índices de excelência de 93% na visita de 29/7/99 e de 83% na visita de 08/02/00 — docs. 7/8), tanto assim que lhe ofereceu a operação dessa segunda loja em Natal, explorada pela autora. Isso quer dizer que, se o negócio vem se mostrando ruinoso à franqueada, tal não se deve a qualquer falha que a McDONALD'S pudesse imputar-lhe” (reforço gráfico da autora). E (itens 30 e 31): “Mas se o negócio era realmente ruinoso *ab initio*, por que, então, o sócio da autora, Adelino Marinho — que é sócio de outra sociedade que explora o restaurante McDONALD'S no Shopping Center — teria aceito ingressar neste novo empreendimento? Em realidade, o sócio da autora foi praticamente constrangido a aceitar esse negócio, eis que a McDonald's já havia decidido, *sem consultá-lo*, pela abertura de uma nova loja em Natal, na forma do *drive thru* (reforço gráfico da autora). (*omissis*). A McDONALD'S

entendia que o franqueado Adelino Marinho podia assumir a segunda loja, seja porque tinha — e tem — nível excelente de operação, seja porque a outra loja, do Natal Shopping Center — explorada por ele, mas através de outra sociedade, a Marei de Alimentos Ltda. —, gerava, na época, lucro razoável”.

20. Acresce a isso que todo franqueado faz uma espécie de estágio ou treinamento na McDonald's antes de iniciar as atividades. Ainda nas palavras da autora (item 7): “Para se tornar um franqueado McDONALD'S o candidato precisa ser aprovado em um curso de treinamento por ela ministrado, e ter capital equivalente a US\$ 500.000,00, que é o custo mínimo para se montar um novo restaurante. Deste valor, a McDONALD'S exige que o candidato disponha de pelo menos 40%, ou seja, US\$ 200.000,00, sendo-lhe oferecido financiamento bancário através de linhas de crédito exclusivas para esse fim. (*omissis*). Ao oferecer um restaurante a um franqueado já aprovado no seu treinamento, a McDONALD'S elabora uma planilha de custos denominada “P&L” (sigla que designa “profit and loss”, ou em vernáculo, “lucros e perdas”), na qual ela *indica* o faturamento desse restaurante — em se tratando de um restaurante já existente —, ou apenas *estima* esse faturamento, se se trata de uma loja nova, como era o caso da autora. Em cada “P&L” a McDONALD'S faz a indicação de todos os custos do franqueado com a operação daquele restaurante — os “controláveis” e os “não controláveis” (cf. item 9, *supra*) —, levando em consideração o faturamento já existente (loja em funcionamento), ou estimado (loja nova), pode, obviamente, variar em função das próprias condições do mercado, ou da forma de operação do restaurante” (itens 10 e 11).

21. Do exposto nos dois itens anteriores, depreende-se, com clareza, que a alegação de não-recebimento da Circular de Oferta e de informações corretas, no caso da franquia *drive thru*, ainda que seja alegação verdadeira (o que não sabemos), não tem o condão de permitir a anulação da franquia. Por força da existência da franquia anterior e por força da continuidade das relações entre as partes durante um ano e meio, as eventuais falhas estariam supridas. A autora está indo contra fato próprio; é *venire contra factum proprium*. “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível” (Menezes Cordeiro). A autora, quanto à franquia mais antiga, que lhe dá lucro, nada alega sobre a falta da Circular, e quanto à franquia mais nova, que lhe traz prejuízo, pede

anulação por não-recebimento dela! Esse comportamento dúplice é inadmissível; contraria a cláusula geral da boa-fé. Há poucos anos, um homem casado deu fiança, para um contrato de locação, em que era locatária uma sociedade constituída por sua mulher; posteriormente, esta pleiteou em juízo a nulidade da fiança por falta de outorga uxória. Os tribunais, como é lógico, não se ativeram à falta de formalidade cujo fim fora atingido por outros meios. “Fiança — Outorga uxória — Ausência — Sociedade locatária composta por esposa do fiador — Validade da garantia. Mostra-se válida a fiança prestada por homem casado, ainda que sem outorga uxória, uma vez que esta se subentende por se tratar de garantia em favor da própria esposa, sócia de empresa locatária de imóvel. 2º TACIVIL — Ap. s/Ver. 465.121 — 10ª Câ. — Rel. Juiz Euclides de Oliveira — J. 19.09.1996. Anotação da Comissão. No mesmo sentido: 2º TACIVIL — Ap. c/Ver. 432.596 — 6ª Câ. — Rel. Juiz Paulo Hungria — j. 31.05.1.995” (AASP, *Bol.* n. 1979). A analogia é clara: o sócio majoritário, o verdadeiro franqueado, com todo o conhecimento que tem, devido às atividades na primeira franquia (da qual não se queixa), sustenta falhas formais na segunda franquia. É puro *venire contra factum proprium*: sustenta posição jurídica em contradição com o comportamento anterior.

22. O direito positivo brasileiro admite plenamente a proibição do “*venire contra factum proprium*”. Na venda a contento, por exemplo, o comprador, que paga o preço, já não pode recusar a coisa, a pretexto de que não lhe agrada (art. 1.146 do Código Civil): “Se o comprador não fizer declaração alguma dentro no prazo, reputar-se-á perfeita a venda, quer seja suspensiva a condição, quer resolutive, *havendo-se, no primeiro caso, o pagamento do preço como expressão de que aceita a coisa vendida*”⁴.

23. Além disso, e principalmente, a continuidade das relações entre as partes, durante um ano e meio, também leva à mesma proibição de *venire contra factum proprium*, mas, desta feita, justamente sobre a *anulabilidade* dos atos jurídicos — a regra dos arts. 4º, parágrafo único, e 7º da Lei n. 8.955 de 1994, em que se baseia a autora, prevê a anulabilidade. Ora, o Código Civil (art. 150) veda o querer se valer de eventuais vícios do contrato, indo contra atividades anteriores, desenvolvidas no espírito de admissão de sua validade. Os atos de cumprimento do contrato valem como sanção do vício e ratificação do ato: “É escusada a ratificação expressa, quando a

4. O novo Código Civil disciplina a venda a contento, juntamente com a venda sujeita a prova, nos arts. 509 a 512, e não possui disposição semelhante à do texto.

obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vício que a inquinava”⁵.

24. Acreditamos, diante dos claros termos da lei, cujo artigo transcrito consagra princípio ético que se enraíza fundo na justiça das relações pessoais, que o pedido de anulação, por eventual falta de entrega da Circular de Oferta e de informações corretas, não deverá prosperar.

III — A RESOLUÇÃO OU REVISÃO POR FATOS SUPERVENIENTES. EXCESSIVA ONEROSIDADE, BASE DO NEGÓCIO E IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

25. A primeira tentativa de explicar a resolução ou a revisão dos contratos de execução periódica ou diferida no tempo, por força de alteração das circunstâncias iniciais sob as quais as partes acordaram, se prende à teoria da cláusula *rebus sic stantibus*. A idéia da cláusula surgiu no século XII, com os canonistas, e foi difundida, no direito comum, por Bártolo, no século XIV; a partir daí, generalizou-se no mundo ocidental, mas jamais se obteve uma caracterização teórica pacífica: nunca se decidiu se estavam a supor uma cláusula fundada na vontade das partes, ou, ao contrário, uma determinação legal porque as partes nada convencionaram. Essa dúvida, entre a vontade das partes e a lei, terminou por empurrar o jurista moderno a novas tentativas de elaboração teórica. Sem pretender ser exaustivo, vale lembrar que surgiram: 1) a teoria da imprevisão, na França; 2) a da excessiva onerosidade, na Itália; 3) a teoria da pressuposição, na Alemanha; 4) a da base do negócio, no mesmo país. Além dessas, houve outras explicações, como a da cláusula geral de boa-fé, a da equidade, etc.

26. A autora, na verdade, a propósito de fatos supervenientes, faz ape-
lo às teorias acima numeradas como 2 e 4. Senão vejamos, começando pela
da excessiva onerosidade. Essa excessiva onerosidade não pode ser a inici-
al (que seria, então, a mesma da lesão), e sim há de ser a resultante de fatos
posteriores à conclusão do contrato. Esses fatos devem ser, antes de mais
nada, extraordinários e imprevisíveis. O art. 1.467 do Código Civil italiano
dispõe: “Nos contratos de execução continuada ou periódica ou de execu-
ção diferida, se a prestação de uma parte se tornou excessivamente onerosa
pela ocorrência de acontecimentos *extraordinários e imprevisíveis*, a parte

5. Art. 174 do novo Código Civil.

que deve essa prestação pode pedir a resolução do contrato, com os efeitos estipulados no art. 1.458” (“Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti *straordinari e imprevedibili*, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’articolo 1.458”) (reforços gráficos nossos). O libelo não sustenta que as ocorrências supervenientes tenham sido extraordinárias e imprevisíveis. Sobre imprevisibilidade, especialmente, mantém silêncio significativo; em nenhum momento, referiu-se à teoria mais difundida entre nós, a da imprevisão. Isso se explica porque os fatos supervenientes sustentados pela inicial são justamente os *previstos* no contrato; do próprio libelo, consta, por exemplo (item 79): “o que interessa é a constatação objetiva de que *fatos supervenientes* (no caso, a não-obtenção do faturamento estimado) tornam a obrigação excessivamente onerosa”. Ora, o “faturamento estimado” indica fato previsível, e *previsto!* E mais adiante (item 133): “No caso, esses *fatos supervenientes* seriam representados pela falta de afluência de público nos patamares estimados pela ré, que proporcionaria faturamento anual para a autora de US\$ 2,4 milhões de dólares”. De novo, os “patamares estimados” indicam fato previsível, e *previsto*.

27. Por outro lado, é verdade que, pelos termos do art. 6º, V, do CDC, o pressuposto da imprevisibilidade não é exigido para o consumidor, mas esse artigo não se aplica às relações entre profissionais. De qualquer forma, há ainda outras exigências para os fatos supervenientes, além do seu caráter extraordinário e imprevisível; é que esses fatos não hão de ser relacionados com as partes, isto é, devem ser extrínsecos, objetivos e, principalmente, devem estar *fora dos riscos contratuais*, fora da álea contratual. O próprio art. 1.467 do Código Civil italiano, em sua 2ª alínea, dispõe: “A resolução não pode ser pedida se a onerosidade sobrevinda *entra na álea normal do contrato*” (“La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’*alea normale del contratto*”).

28. “O fato também não pode estar contido dentro da álea normal do contrato. Cada contrato tem, dentro de si, uma certa carga de incerteza e é para se resguardar desta variabilidade inerente a todo negócio que se firma um contrato. Esta faixa variável é que se denomina álea, ou seja, o risco natural a cada contrato que deve ser suportado pelo contratante prejudicado e que há, até mesmo, naqueles contratos com prestações certas e definidas. Caso o fato superveniente contenha-se na álea normal da contratação, a parte não poderá eximir-se do cumprimento alegando a imprevisão, pois

estaria a furtar-se de algo que é inerente ao pacto” (Luís Renato Ferreira da Silva, *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 114).

29. Num contrato sinalagmático, especialmente entre profissionais, cada parte sabe que corre riscos; segue-se daí que o dano deve ser sofrido na esfera jurídica em que se verifique (teoria dos riscos): *casum sentit dominus* ou *the loss lies where it falls*. Muitas vezes, o lucro de uma parte é a perda da outra; imaginar que a comunidade de interesses, existente num contrato de trato sucessivo, como a franquia, leve, especialmente entre empresários, a fazer desaparecer completamente a situação inversa de conflito de interesses é, como já se disse, “jusromantismo”. Tanto existe comunidade de interesses como conflito de interesses, e é o contrato, um “programa” acertado entre as partes, que distribui os riscos imaginados. Os fatos alegados pela autora estão dentro dos riscos contratuais, tornando inaplicável a resolução ou a revisão contratual por excessiva onerosidade.

30. Nos itens 141/143 e, depois, ao final, no pedido “A”, a autora traz também à colação a teoria da base do negócio, tal qual formulada por Larenz. Antes de mais nada, cumpre dizer que a teoria da base do negócio não tem a menor correspondência no direito positivo brasileiro; é somente uma referência teórica que aparece em alguma doutrina, quando trata da alteração das circunstâncias que cercam o contrato. É somente uma “teoria”.

31. A base do negócio, inicialmente, prevista por Oertmann (1921), em conceituação exclusivamente subjetiva, foi reformulada por vários autores, até chegar ao esquema de Larenz, em livro de leitura desagradável, escrito em 1951, logo depois da colaboração desse jurista com o nazismo. Na caracterização de Larenz, a base do negócio pode ser utilizada em dois sentidos, subjetiva e objetiva, como dá conta a citação de Orlando Gomes, feita pela autora. O importante, porém, é que essa mera teoria é, hoje, considerada uma “fórmula vazia” e está abandonada na própria Alemanha. “No seu esquematismo claro, a construção de Larenz é pouco satisfatória, tendo merecido uma crítica generalizada. De entre as várias censuras que lhe têm sido dirigidas, salienta-se a principal: a ‘base objetiva’ só pode ser determinada com recurso ao próprio contrato, à sua interpretação e, logo, à vontade das partes, uma vez que a estas compete determinar o tipo de equivalência existente entre a prestação e a contraprestação e, de igual modo, firmar a margem do risco que considerem aceitável, enquanto que o escopo contratual é, por definição, função de cada contrato e das vontades nele corporizadas; na ‘base subjectiva’, o recurso a intenções e a pressuposições comuns das partes torna-se impraticável sem a introdução de critérios

objectivos. Pode considerar-se que a construção de Larenz está abandonada na sua terra de origem” (Antonio Menezes Cordeiro, “Da alteração das circunstâncias”, separata dos *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1997, p. 29).

32. Com isso, passemos à derradeira causa de pedir do libelo e seu respectivo pedido. Alega a inicial impossibilidade da prestação, e pleiteia a resolução do contrato. A autora, depois de tanto insistir na “onerosidade excessiva”, num *tour de force* verbal, procura transformar essa “dificuldade” em “impossibilidade”. Cita o art. 879 do Código Civil, que nada determina sobre dificuldade: somente dispõe sobre impossibilidade. O texto é claro: “Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação: se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos”⁶.

33. Afirmando que a palavra “impossibilidade” não está empregada no sentido filosófico, a autora, novamente sem provar como “dificuldade” se transforma em “impossibilidade”, usa a autoridade de Pontes de Miranda (item 138) para dizer o óbvio, ou seja, que a impossibilidade, no caso, é a superveniente (evidentemente, porque, se fosse impossibilidade inicial, o contrato seria nulo, e não resolúvel — art. 145, II, do Código Civil⁷). Em seguida, cita Agostinho Alvim, tomando o trecho onde lhe interessava e interrompendo a transcrição nas mesmas condições. Infelizmente, o texto é longo, mas o pensamento completo do autor é o seguinte: “Outra questão importante, nesta matéria, reside em saber se a escusa supõe impossibilidade absoluta de cumprir a obrigação, ou se basta uma dificuldade fora do comum. *Geralmente se diz, e com razão, que a dificuldade de cumprir a obrigação não exonera o devedor.* Ainda que seja com sacrifício e aumento de ônus, terá ele que cumpri-la, e só se exonerará se lhe não for isto possível. Todavia, há certas dificuldades que quase podem ser consideradas como impossibilidade, tal o aumento de ônus que o cumprimento da obrigação acarretaria ao devedor. E neste caso elas não podem deixar de constituir escusa legítima. MENDES DE ALMEIDA, no seu *Auxiliar jurídico*, p. 535, ao mencionar os axiomas e brocardos de direito, extraídos da legislação, consigna este: ‘Difícil. O que é muito difícil, é como impossível. Ord. L. Tít. 1 § 8º e Tít. 60 § 3º e Alv. De 22 de junho de 1768 *in princ.*’. Todavia, *é necessário muito cuidado para não transformar simples dificuldade em*

6. Art. 248 do novo Código Civil.

7. Art. 166, II, do novo Código Civil.

caso fortuito. Já vimos sustentar, ao nosso ver erroneamente, que, de um modo geral, a crise econômica, quando aguda, constitui caso fortuito. As dificuldades que surgem imprevistamente no mundo dos negócios, como, p. ex., o repentino retraimento dos Bancos, a brusca mudança de orientação financeira, por parte do governo, etc., nada disso escusa o devedor. Casos há, porém, que não configuram a impossibilidade absoluta e nem por isso, deixam de produzir aquela dificuldade que equivale ao impossível. Suponha-se que alguém, obrigado a despachar grande quantidade de mercadorias, vê-se diante de uma greve de ferroviários. Se lhe for possível enviar as mercadorias por estrada de rodagem, a isso está obrigado, ainda que o ônus seja maior, ou muito maior. Todavia, se não houver serviço regular por estrada de rodagem, não está ele obrigado a adquirir caminhões, ou a fretá-los de particulares, a qualquer preço. Não resta dúvida que, em casos assim, poder-se-ia dizer que não se caracterizou a impossibilidade de cumprimento, tomada a palavra ao pé da letra. Mas a diligência a que está obrigado o devedor, se, por um lado, impõe-lhe a obrigação de suportar maior ônus do que o esperado, não lhe impõe, todavia, a obrigação de arruinar-se. Acerca disso, vêm, muito a propósito, as palavras de GRISOSTOMI (...): 'A lei obriga a um certo grau de providência, de diligência; além desse grau, não há mais responsabilidade; está-se no campo do caso fortuito'. Em tal caso, o devedor não incorre em mora. Mas a exoneração só se dá quando a dificuldade assumo o aspecto de impossibilidade, como no caso que figuramos, ou outros semelhantes, que exigiram do devedor uma providência fora do comum, ou sacrifícios insuportáveis. É matéria de fato, sujeita ao prudente arbítrio do juiz" (*Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Jur. e Univ. Ltda., 1965, n. 207, p. 313) (reforços gráficos nossos).

34. Das longas exposições da inicial, conclui-se, com clareza, que a grande reclamação da autora é de onerosidade excessiva. A alegação da "impossibilidade" entrou no libelo, por força da linguagem, porque não é o caso, evidentemente. Por outro lado, como hipótese de onerosidade excessiva, como já vimos, a lei não favorece as teses da autora, eis que os fatos supervenientes nem eram extraordinários e imprevisíveis, nem, o que é importante, estranhos aos riscos estipulados no contrato.

CONCLUSÃO

35. Em síntese: a inicial da autora juridicamente não se sustenta. A lesão, por desequilíbrio entre prestação e contraprestação, não é instituto

que, pelo direito positivo vigente, tenha cabimento no vínculo contratual entre comerciantes. A falta de entrega da Circular de Oferta e de informações corretas, se fato verdadeiro, não poderia, *in casu*, levar à anulação do contrato, tendo em vista o comportamento da empresa franqueada e de seu sócio principal, que não podem agir contra fato próprio nem pleitear vício de contrato que espontaneamente, por um ano e meio, cumpriram. Finalmente, os alegados fatos supervenientes eram fatos ordinários, previsíveis e relacionados com os riscos do contrato, sendo, pois, insuficientes para pedido de revisão ou resolução. É o nosso parecer. s. m. j.

São Paulo, 18 de janeiro de 2001.